



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE

Dossier n° PR-2002-017

Cognos Incorporated

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Ordonnance rendue
le mercredi 21 juillet 2004*

EU ÉGARD À une plainte déposée par Cognos Incorporated aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET À LA SUITE D'une recommandation, aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, que Cognos reçoive une indemnité d'un montant égal au tiers des profits qu'elle aurait tirés du contrat si elle avait soumissionné les travaux à un prix inférieur de un dollar au prix estimatif du contrat proposé.

ET À LA SUITE D'une décision, aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, d'accorder à Cognos Incorporated le remboursement des frais raisonnables qu'elle avait engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

ENTRE

COGNOS INCORPORATED

Partie plaignante

ET

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

Institution fédérale

ORDONNANCE ET RECOMMANDATION

INTRODUCTION

Dans une décision rendue le 29 novembre 2002, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, a accordé à Cognos Incorporated (Cognos) le remboursement des frais raisonnables qu'elle avait engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15 (3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a recommandé, à titre de mesure corrective, que Cognos reçoive une indemnité d'un montant égal au tiers des profits qu'elle aurait tirés du contrat si elle avait soumissionné les travaux à un prix inférieur de un dollar au prix estimatif du contrat proposé. Le Tribunal a aussi recommandé que les parties, en utilisant ce qui précède comme point de départ, élaborent une proposition conjointe d'indemnité qui tienne compte de ce qui suit : a) la gravité des irrégularités constatées dans la procédure de passation du marché public; b) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante; c) le préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication.

Le 24 décembre 2002, Cognos a soumis au Tribunal deux réclamations de frais différentes, une de 25 180,79 \$ et l'autre de 14 709,77 \$, le premier montant ayant été calculé par application de taux pour les services juridiques qui dépassaient les taux établis par les *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public (Lignes directrices)* du Tribunal. Le 20 décembre 2002, le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) a donné avis au Tribunal qu'il déposerait auprès de la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Le

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].

22 janvier 2003, le Tribunal a donné avis aux parties qu'il attendrait la décision de la Cour d'appel fédérale avant de procéder relativement aux réclamations de frais et d'indemnité. Le 29 octobre 2003, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire². Le 3 novembre 2003, le Tribunal a demandé à TPSGC de déposer ses observations sur les réclamations de frais. Le 19 novembre 2003, TPSGC a déposé ses observations sur les réclamations de frais de Cognos. Le 21 novembre 2003, Cognos a déposé sa réplique à ces observations.

Le 3 novembre 2003, le Tribunal a fixé au 1^{er} décembre 2003 la date limite de présentation par les parties d'une proposition conjointe d'indemnité. Le 1^{er} décembre 2003, les parties ont donné avis au Tribunal qu'elles n'avaient pas pu arriver à une entente sur une proposition d'indemnité à verser à Cognos. Le Tribunal a demandé à Cognos de présenter une réclamation d'indemnité au plus tard le 9 janvier 2004. Le 9 janvier 2004, Cognos a présenté sa réclamation d'indemnité de 1 543 492,79 \$, plus un montant d'intérêt indéterminé. Le 18 février 2004, TPSGC a déposé ses observations sur la réclamation d'indemnité de Cognos. Le 5 mars 2004, Cognos a déposé ses observations finales sur la réclamation d'indemnité. Le 7 mai 2004, le Tribunal a demandé à Cognos de déposer des observations finales supplémentaires. Après avoir obtenu un report du délai, Cognos a déposé les observations supplémentaires le 3 juin 2004.

FRAIS LIÉS À LA PLAINTÉ

Dans son premier mémoire de frais, Cognos a réclamé 24 326,99 \$ (incluant la TPS) pour les frais juridiques pour 102,3 heures. Ce montant représente 65,7 heures au taux horaire de 285,00 \$ pour le conseiller principal, 36,3 heures au taux horaire de 110,00 \$ pour le deuxième conseiller et 0,3 heure au taux horaire de 60,00 \$ pour un assistant juridique. Cognos a aussi réclamé 853,80 \$ (incluant la TPS) pour les débours associés aux services juridiques.

Dans son deuxième mémoire de frais, Cognos a réclamé 13 855,97 \$ (incluant la TPS) pour les frais juridiques pour les mêmes 102,3 heures. Ce montant représente 65,7 heures au taux horaire de 150,00 \$ pour le conseiller principal, 36,3 heures au taux horaire de 85,00 \$ pour le deuxième conseiller et 0,3 heure au taux horaire de 30,00 \$ pour l'assistant juridique. Cognos a aussi réclamé le même montant, soit 853,80 \$ (incluant la TPS), pour les débours associés aux services juridiques.

TPSGC a soutenu qu'il n'y a aucune raison de s'écarter des taux horaires énoncés dans les *Lignes directrices* du Tribunal. Il a soutenu que Cognos n'a droit qu'au taux énoncé dans les *Lignes directrices* et que le nombre d'heures réclamées par les conseillers de Cognos devait être refusé ou réduit considérablement.

En ce qui a trait aux débours, TPSGC a soutenu que la réclamation n'était pas justifiée par des factures, des reçus ou des documents comptables et que les *Lignes directrices* autorisent un montant de 0,10 \$ la copie pour la photocopie à l'interne et non 0,25 \$ la copie, comme il a été réclamé. TPSGC a ajouté que rien ne justifie la réclamation de Cognos de 0,25 \$ la copie, ou le versement à cette dernière d'un tel montant.

Cognos a soutenu que les heures travaillées et les frais réclamés dans son premier mémoire de frais ne sont pas déraisonnables étant donné la complexité de la plainte et le préjudice causé à Cognos et à l'intégrité du mécanisme d'adjudication. En ce qui a trait aux débours pour la photocopie, Cognos a soutenu que le Tribunal avait déjà accordé le remboursement de débours pour la photocopie au taux de 0,25 \$ la copie. D'après Cognos, le taux de 0,10 \$ la copie prévu par les *Lignes directrices* s'applique à la photocopie

2. *Procureur général du Canada c. Cognos Incorporated*, A-720-02 (C.A.F.).

à l'interne. Elle a soutenu que les photocopies faites par les conseillers de Cognos lui avaient été facturées au titre de débours et, de ce fait, qu'elles n'étaient pas assujetties au taux de 0,10 \$ la copie. Cognos a ajouté que ces débours ne sont pas déraisonnables compte tenu du volume de documents qui ont dû être préparés et de l'ampleur de l'effort nécessaire.

Le Tribunal est d'avis que le nombre total d'heures réclamées pour les services juridiques, soit 102,3 heures, n'est pas déraisonnable, étant donné les circonstances particulières de l'espèce. Toutefois, le Tribunal est également d'avis qu'il n'y a pas lieu de s'écarter du taux horaire prévu par les *Lignes directrices*. Par conséquent, le Tribunal accordera un montant de 13 855,97 \$, plus la TPS, pour les frais juridiques, ce qui représente 65,7 heures au taux horaire de 150,00 \$ pour le conseiller principal, 36,3 heures au taux horaire de 85,00 \$ pour le deuxième conseiller et 0,3 heure au taux horaire de 30,00 \$ pour l'assistant juridique.

En ce qui a trait aux débours réclamés, le Tribunal conclut que, à l'exception des frais associés à la photocopie à l'interne, tous les autres frais sont raisonnables et conformes aux *Lignes directrices*. La réclamation de 774,41 \$ pour la photocopie à l'interne est réduite à 309,77 \$ (ce qui représente 0,10 \$ la copie), plus la TPS; le montant total accordé pour les débours est donc de 389,16 \$.

Étant donné ce qui précède, le Tribunal accorde par la présente à Cognos un montant de 14 245,13 \$ au titre de frais pour la préparation et le traitement de la plainte et ordonne à TPSGC de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement.

INDEMNITÉ POUR PERTE D'OCCASION

À la suite de la recommandation du 29 novembre 2002 du Tribunal, Cognos a réclamé 1 543 492,79 \$, plus un montant d'intérêt indéterminé au titre de l'indemnité. Le montant total se calcule ainsi :

1. Profits perdus sur le renouvellement du Système de gestion des détenus (SGD) (correspondant à 1/3 de la perte réelle de profits)	[...]\$
2. Profits perdus pour deux ans de services annuels de soutien et entretien logiciel	[...]\$
3. Indemnité supplémentaire	100 000,00 \$
4. Intérêt sur l'indemnité (du 20 avril au 30 novembre 2002)	[...]\$
5. Intérêt sur l'indemnité (du 30 novembre 2004 à la date du versement)	À déterminer
Total	1 543 492,79 \$ (plus le montant en 5 ci-dessus)

Le poste 1 est fondé sur une estimation de la ventilation des éléments du contrat incluant le permis d'utilisation du logiciel, le soutien et l'entretien logiciel pour un an, et les services professionnels sous forme de ressources internes de Cognos et de ressources externes à contrat. Chacun de ces éléments dégageait une certaine marge bénéficiaire, et ce profit total a été multiplié par 1/3 pour arriver au montant final pour chaque poste.

TPSGC a soutenu que le montant réclamé au titre des profits perdus (poste 1 ci-dessus) était très exagéré. Il a soutenu que les profits perdus sur les marchandises ne sont pas un bon substitut pour déterminer les profits perdus sur les services. Il a soutenu que les coûts auraient été plus élevés et les revenus plus faibles que ceux soumis par Cognos. Par exemple, le préavis d'adjudication de contrat ne contenait pas de demande de soutien et d'entretien et, pourtant, Cognos a inclus un montant pour un an de soutien et entretien pour le logiciel qu'elle a proposé, ce dont, d'après TPSGC, le Service correctionnel du Canada (SCC) n'avait pas besoin. D'après TPSGC, en ajoutant le composant logiciel à sa proposition, Cognos a, d'une manière artificielle et déraisonnable, augmenté le montant des profits qu'elle aurait perdus. De plus, TPSGC a soutenu que le nombre d'utilisateurs qui fonde le prix du permis d'utilisation a augmenté le prix total proposé de son logiciel et, par conséquent, aurait eu une incidence sur le profit global. Relativement aux coûts, TPSGC a soutenu que les coûts de recherche et développement devraient être amortis sur la durée de vie du produit, ce qui aurait pour conséquence de réduire la marge bénéficiaire. D'après TPSGC, le revenu annuel net moyen d'exploitation de 15,2 p. 100 de Cognos représenterait l'estimation la plus objective des profits que cette dernière aurait pu tirer du contrat du SGD.

TPSGC a soutenu que, étant donné le temps qu'elle aurait, selon elle, mis pour compléter les travaux, Cognos aurait été incapable d'exécuter le transfert proposé avec le nombre de personnes qu'elle a proposé. D'après TPSGC, le contrat a de fait été exécuté le 16 août 2002, la période visée par le contrat se terminant le 30 septembre 2003, soit une durée de 58 semaines. TPSGC a soutenu que l'exposé de Cognos s'appuie sur la disponibilité d'un certain nombre de ressources du SCC. TPSGC a cité, à titre d'exemple, les ressources utilisées par Core Software Inc. pour réaliser le véritable projet dans la période de 58 semaines.

TPSGC a soutenu que la réclamation pour les services de soutien et d'entretien logiciel pour deux années supplémentaires ne devrait pas être acceptée puisque le marché public original ne mentionnait ni ne demandait un tel soutien. TPSGC soutient que le renvoi aux « travaux » dans la recommandation du Tribunal n'incluait pas de soutien et entretien. TPSGC a soutenu que la réclamation pour l'intérêt sur l'indemnité ne devrait pas être accordée car Cognos ne l'a pas demandé dans sa plainte, et qu'il n'en est pas non plus fait mention dans la recommandation du Tribunal. Quant aux dommages-intérêts exemplaires réclamés, TPSGC a soutenu que rien en l'espèce ne justifie de tels dommages et, à son avis, TPSGC et le SCC ont agi de bonne foi durant toute la procédure.

TPSGC a soutenu qu'il incombait à Cognos de minimiser les dommages-intérêts et que le Tribunal devrait réduire la réclamation de 30 p. 100 pour prendre en considération tous les imprévus contractuels qui auraient eu un effet dans le sens d'une réduction des profits disponibles pour Cognos dans le cours normal du contrat. TPSGC a soutenu que le montant de l'indemnité à verser à Cognos devrait être de 174 549,18 \$.

Cognos a soutenu que, si le Tribunal devait accueillir la position de TPSGC, cela reviendrait à rendre possible pour TPSGC et le SCC d'acheter d'une manière irrégulière un contrat à fournisseur unique de 174 549,18 \$. Cognos a soutenu que TPSGC n'a pas produit d'élément de preuve pour contester les marges bénéficiaires qui figurent dans les affidavits déposés auprès du Tribunal. En ce qui a trait à la réclamation des profits pour les années supplémentaires de soutien et entretien logiciel, Cognos affirme que la perte de ces profits est raisonnablement prévisible et peut donc faire partie de l'indemnité à verser à Cognos. En ce qui a trait à sa réclamation pour l'intérêt, Cognos a soutenu que, aux termes de l'article 30.15 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal peut recommander toute mesure correctrice qu'il estime indiquée et que, si TPSGC et le SCC n'avaient pas laissé traîner en longueur le règlement de la plainte en cause, l'importance de la question de l'intérêt aurait été moindre.

En ce qui a trait à l'indemnité supplémentaire, Cognos a soutenu que de tels dommages-intérêts supplémentaires refléteraient le préjudice grave subi par Cognos et le préjudice causé à l'intégrité du

mécanisme d'adjudication. Cognos a présenté un certain nombre d'exemples de procédures où des dommages-intérêts exemplaires avaient été accordés. Quant à l'affirmation de TPSGC et du SCC selon laquelle Cognos aurait dû tenter de minimiser les dommages-intérêts, Cognos a soutenu qu'elle s'était efforcée dans toute la mesure du possible de les limiter en tentant d'obtenir que le marché public soit ouvert à la concurrence. Elle a aussi soutenu qu'un élément lié aux imprévus avait déjà été appliqué dans le libellé même de la recommandation puisqu'elle ne reçoit que le tiers des profits qu'elle aurait réalisés.

Le Tribunal traitera en premier lieu des réclamations pour les services de soutien et entretien logiciel compris aux postes 1 et 2 de la réclamation de Cognos. Il convient que ces services devraient être admis pour un an, étant donné l'installation d'un nouveau logiciel. Toutefois, le Tribunal est d'avis que les deux années supplémentaires prévues au poste 2 de la réclamation de Cognos doivent être traitées au titre d'options. De ce fait, le Tribunal ne recommandera pas leur inclusion dans le calcul du montant final de l'indemnité.

En ce qui a trait aux réclamations pour l'intérêt sur l'indemnité, à savoir les postes 4 et 5 de la réclamation de Cognos, la recommandation initiale du Tribunal stipule que Cognos « reçoive une indemnité d'un montant égal au tiers des profits qu'elle aurait tirés du contrat ». L'intérêt n'était pas prévu dans la recommandation et n'a pas été demandé dans le libellé de la plainte. Par conséquent, le Tribunal ne recommande pas le paiement d'intérêt afférent à la réclamation d'indemnité en cause.

En ce qui a trait à la réclamation pour une indemnité supplémentaire, à savoir le poste 3 de la réclamation, le Tribunal ne constate aucun élément probant de mauvaise foi de la part de TPSGC ou du SCC en l'espèce. Le Tribunal est d'avis que les agissements de TPSGC et du SCC sont assimilables à une tentative mal avisée d'exécuter une tâche qu'ils croyaient à tort devoir être exécutée d'une certaine manière et qu'ils étaient profondément déterminés à mener à terme. Même si rien n'indiquait qu'il était urgent de ce faire, TPSGC a adjugé le contrat au milieu de la procédure de la plainte. Le report d'une telle adjudication l'aurait mieux servi. Toutefois, de l'avis du Tribunal, les agissements de TPSGC et du SCC ne justifient pas d'accorder une indemnité supplémentaire ou des frais additionnels. De plus, le Tribunal n'a pas recommandé une telle indemnité.

En ce qui a trait aux marges bénéficiaires associées à certains types d'activité commerciale, le Tribunal ne voit pas pourquoi il mettrait en doute la véracité de l'information présentée par Cognos à cet égard. TPSGC soutient que la marge bénéficiaire devrait être moindre mais, de l'avis du Tribunal, ne réfute pas d'une façon satisfaisante les éléments de preuve déposés par Cognos. Le Tribunal n'est toutefois pas convaincu que Cognos ait attribué dans son estimation un nombre suffisant de ressources pour compléter les travaux. Selon le Tribunal, c'est à cet égard que le risque est le plus grand pour Cognos. Le Tribunal prend note de l'information produite par TPSGC et selon laquelle Cognos aurait vraisemblablement eu besoin d'un plus grand nombre de personnes pour effectuer les travaux de transfert. Le nombre d'employés effectivement retenus par l'adjudicataire du contrat en cause, mais appliqué au délai plus court proposé par Cognos, aurait été deux fois plus grand que celui proposé par Cognos. Même si Cognos possède une connaissance beaucoup plus grande de son propre logiciel et du système conçu par Cognos, il demeure que le processus de Core était automatisé. Le Tribunal fait de plus observer que la proposition de Cognos est fondée sur l'utilisation de membres du personnel du SCC au titre de membres de l'équipe chargée du transfert. Le Tribunal reconnaît que, dans le cours normal des choses, une certaine interaction aurait été nécessaire entre le SCC et Cognos. Toutefois, en envisageant la possibilité que les employés du SCC pourraient ne pas tous être disponibles pour servir Cognos, la taille des ressources en personnel proposées par Cognos pourrait, à cet égard aussi, être sous-estimée. Par conséquent, le Tribunal a ajusté le montant des profits réclamés au poste 1 de la réclamation de Cognos, pour ce qui concerne la composante des services professionnels. L'ajustement apporté par le Tribunal consistait à déterminer les frais pour tous les services

professionnels (c.-à-d. en soustrayant le profit total du prix total proposé pour les services professionnels) puis à majorer ces frais en fonction d'un facteur pour imprévus de 50 p. 100. D'après le Tribunal, ce facteur correspond au niveau de risque important afférent au besoin éventuel de ressources supplémentaires pour compléter les travaux. Le nouveau montant des profits pour la composante des services professionnels au poste 1 a ensuite été déterminé par soustraction des nouveaux coûts du prix total proposé pour ces services professionnels³.

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal recommande que Cognos reçoive une indemnité de 438 853,53 \$, ce qui représente le tiers des profits qu'elle aurait tirés du contrat si elle avait soumissionné les travaux à un prix inférieur de un dollar au prix estimatif du contrat proposé. Ce montant n'inclut pas de profit pour des années supplémentaires de services de soutien et entretien logiciel, d'intérêt ou d'indemnité supplémentaire.

CONCLUSION

Le Tribunal recommande par la présente que TPSGC verse une indemnité de 438 853,53 \$ à Cognos.

Le Tribunal accorde par la présente à Cognos un montant de 14 245,13 \$ au titre de frais pour la préparation et le traitement de la plainte et ordonne à TPSGC de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement.

Richard Lafontaine
Richard Lafontaine
Membre président

Susanne Grimes
Susanne Grimes
Secrétaire intérimaire

3. Le calcul détaillé figure à l'appendice A (protégé).