

Ottawa, le mercredi 17 avril 2002

Dossier n° PR-99-051

EU ÉGARD À une plainte déposée par ACE/ClearDefense Inc. 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 SUITE À une décision rendue aux termes des paragraphes 30.15(2), 30.15(3), 30.15(4) et 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* recommandant le versement d'une indemnité en reconnaissance de l'occasion perdue par ACE/ClearDefense Inc. de présenter une soumission recevable et le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation de sa réponse à l'invitation à soumissionner et pour le préparation et le traitement de la plainte.

ORDONNANCE ET RECOMMANDATION

INTRODUCTION

Dans une décision rendue le 30 juin 2000, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a recommandé, aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, que le Musée des beaux-arts du Canada (MBAC) présente au Tribunal une proposition d'indemnité, élaborée conjointement avec ACE/ClearDefense Inc. (ACE), qui tient compte du fait qu'ACE, puisqu'il lui a été impossible de présenter une soumission recevable, a perdu une occasion ainsi que la possibilité de se voir adjudgé le marché de cet appel d'offres et d'en tirer des profits. Aux termes des paragraphes 30.15(4) et 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal a accordé à ACE le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation d'une réponse à l'invitation à soumissionner et pour la préparation et le traitement de sa plainte.

Le 31 juillet 2000, le MBAC a déposé, auprès de la Cour d'appel fédérale, une requête en révision de la décision du Tribunal.

Le 1^{er} août 2000, ACE a soumis au Tribunal sa réclamation de frais, aux montants de 16 709,47 \$ pour les frais de la plainte et de 7 367,91 \$ pour les frais de préparation de la soumission. Le 12 septembre 2000, le Tribunal a avisé les parties qu'il attendrait la décision de la Cour d'appel fédérale avant de poursuivre l'examen de la réclamation de frais.

Le 3 mai 2001, la Cour d'appel fédérale a rejeté la requête en révision². Le 4 juin 2001, le Tribunal a fixé au 4 juillet 2001 la date limite de présentation par les parties d'une proposition élaborée conjointement concernant les frais et l'indemnité. Les parties ont demandé un certain nombre de prorogations du délai de présentation de la proposition conjointe, que le Tribunal a accordées. Le MBAC a demandé des renseignements complémentaires sur la réclamation d'ACE concernant les frais de la plainte et les frais de préparation de la soumission, les 5 juin et 17 et 31 juillet 2001. ACE a déposé des réponses, les 1^{er} et

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

2. *Musée des beaux-arts du Canada c. ACE/ClearDefense*, A-481-00 (CAF).

3 août 2001. Le MBAC a déposé ses derniers commentaires le 31 août 2001. ACE a déposé ses derniers commentaires le 28 septembre 2001.

Le 30 août 2001, le Tribunal a reçu avis que les parties ne pouvaient s'entendre sur une proposition d'indemnité eu égard à l'occasion perdue par ACE de présenter une soumission pour le contrat en cause. Le Tribunal a demandé à ACE de présenter une réclamation d'indemnité, au plus tard le 28 septembre 2001. Le Tribunal a aussi avisé les parties qu'il évaluerait toutes les réclamations après avoir reçu les derniers commentaires sur la réclamation d'indemnité. ACE a déposé une version confidentielle de ses exposés concernant l'indemnité pour perte d'occasion le 28 septembre 2001, et des versions publiques les 15 octobre et 6 novembre 2001. Le Tribunal a fait droit à une demande de prorogation au 26 octobre 2001. Les commentaires du MBAC ont été reçus le 18 octobre 2001, et les derniers commentaires d'ACE ont été fournis le 26 octobre 2001.

FRAIS DE LA PLAINTÉ

ACE a soutenu que la plainte avait exigé une mesure inhabituelle d'attention étant donné les commentaires soumis par deux intervenantes dans le cadre de la procédure d'enquête et étant donné le dépôt, par le MBAC, d'observations supplémentaires sur la réponse d'ACE, ce qui a contraint cette dernière à présenter d'autres observations en réponse. Elle a de plus soutenu que sa réponse avait exigé une longue recherche et des exposés sur les politiques en matière de marchés publics du Secrétariat du Conseil du Trésor.

ACE a réclamé un montant de 14 980 \$ pour les frais juridiques, associés à un nombre total d'heures de 125,7. Ce montant représente 23,9 heures à 200 \$ l'heure pour le conseiller principal, 79,7 heures à 100 \$ l'heure pour le deuxième conseiller, 14,6 heures à 85 \$ l'heure pour le troisième conseiller et moins de 1,0 heure pour un stagiaire en droit³. Elle a aussi réclamé un montant de 963 \$ pour les services d'un représentant⁴ dans le cadre de la procédure portant sur le marché public. Ce montant représente 7,2 heures à 125 \$ l'heure. ACE a aussi réclamé un montant de 766,47 \$ pour les débours liés à sa participation à la plainte.

Le MBAC a soutenu que les taux horaires de 200 \$ et de 100 \$ réclamés par ACE ne sont pas conformes aux *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public* (Lignes directrices sur les frais) du Tribunal et qu'un taux horaire se situant entre 125 \$ et 150 \$ pour le conseiller principal et entre 60 \$ et 85 \$ pour le deuxième conseiller serait davantage indiqué, puisqu'il n'y a pas de raison justifiant un écart au taux horaire établi dans les Lignes directrices sur les frais. Eu égard au représentant d'ACE, le MBAC a soutenu qu'ACE devait avoir droit au taux établi dans les Lignes directrices sur les frais pour un représentant comptant de 0 à 5 années complètes d'exercice, soit 85 \$ l'heure. ACE n'a pas répondu aux commentaires du MBAC.

Le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas de raison qui justifie un écart au taux horaire établi dans les Lignes directrices sur les frais. Le Tribunal accordera donc un taux horaire de 150 \$ pour le conseiller principal, de 85 \$ pour le deuxième conseiller et de 60 \$ pour le troisième conseiller. Eu égard au nombre d'heures réclamées, le Tribunal fait observer que les conseillers semblent avoir réclamé quelques heures

3. Le montant demandé a été de 9,63 \$.

4. Au sens des *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public*, « représentant » s'entend d'une personne qui représente une partie à une procédure portant sur un marché public, mais qui n'est pas avocat. « Procédure portant sur un marché public » s'entend d'une procédure relative à une plainte se déroulant devant le Tribunal.

pour du travail lié à l'indemnité et non seulement à la préparation et au traitement de la plainte. Le Tribunal réduit donc le nombre d'heures réclamées pour le conseiller principal à 22,4 heures et réduit le nombre d'heures réclamées pour le deuxième conseiller à 77,7 heures. Le Tribunal accordera donc des frais juridiques au montant de 11 608,97 \$, ce qui représente 22,4 heures à 150 \$ l'heure pour le conseiller principal, 77,7 heures à 85 \$ l'heure pour le deuxième conseiller et 14,6 heures à 60 \$ l'heure pour le troisième conseiller. La réclamation demeure inchangée pour ce qui concerne le stagiaire en droit. Contrairement à l'affirmation d'ACE selon laquelle le représentant agit en qualité de représentant depuis plus de 16 ans, le Tribunal conclut, à la lumière de la définition du mot « représentant », que le nombre d'années complètes d'exercice de la personne en question en qualité de représentant se situe entre 0 et 5 ans et que le taux horaire de 85 \$ est donc indiqué. Le Tribunal accorde donc un montant de 654,84 \$ pour les frais de représentant. Quant aux débours, à la lumière des documents mis à sa disposition, le Tribunal accorde le plein montant réclamé, soit 766,47 \$. Le montant total accordé pour les frais de la plainte est donc 13 030,28 \$.

FRAIS DE PRÉPARATION DE LA SOUMISSION

ACE a réclamé 7 367,91 \$ pour les frais liés au travail effectué par des cadres et d'autres membres de son personnel relativement à la préparation d'une réponse à l'invitation à soumissionner. ACE a réclamé 3 246,53 \$ pour les frais d'administration et de gestion nécessaires, 3 387,63 \$ pour les traitements et salaires des employés de bureau, 311,86 \$ pour les frais fixes et pour la période visée (loyer pour 14 jours) et 421,89 \$ pour les frais généraux et administratifs.

En ce qui concerne les frais de préparation de la soumission, le MBAC a soutenu que le document portant sur le taux horaire réclamé pour M. Harry Kater, vice-président d'ACE, ne constituait pas une « pièce justificative », prescrite au paragraphe 4.1.2 des Lignes directrices sur les frais, et que le taux horaire n'a pas non plus été justifié par M. Kater. Par conséquent, le MBAC a soutenu que la partie de la réclamation se rapportant à M. Kater devait être rejetée. En ce qui concerne la réclamation de frais fixes et pour la période visée, à savoir le loyer des locaux, le MBAC a soutenu que cette partie de la réclamation devait aussi être rejetée, étant donné l'absence d'élément de preuve du fait que le loyer était exclusivement lié à l'espace utilisé pour la préparation de la soumission. En ce qui concerne la partie de la réclamation visant les « traitements et salaires des employés de bureau », le MBAC a soutenu qu'elle n'était pas accompagnée de pièce justificative relativement aux taux horaires réclamés ou au nombre d'heures consacrées par chaque employé à la préparation de la soumission. De plus, le MBAC a fait observer que certains employés semblent avoir travaillé à la préparation de la soumission après la clôture de l'invitation à soumissionner.

ACE a soutenu que la réclamation est raisonnable et correctement appuyée par des pièces justificatives et que les demandes du MBAC en vue d'obtenir des renseignements complémentaires étaient déraisonnables, imposeraient un fardeau trop lourd et nécessiteraient, dans une mesure excessive, des frais et du temps de travail par le personnel.

Le Tribunal fait observer que les taux horaires de chacun des employés ne sont pas indiqués. Cependant, le Tribunal constate qu'il existe des éléments de preuve, comme les feuilles de présence et des notes manuscrites sur les feuilles de présence qui précisent le travail effectué dans le cadre du projet du MBAC, que les employés d'ACE ont participé à la préparation de la soumission. Le Tribunal acceptera les notes manuscrites sur les feuilles de présence à titre de pièces justificatives prévues au paragraphe 4.1.2 des Lignes directrices sur les frais. Le Tribunal admet que les feuilles de présence donnent une indication raisonnable du temps consacré par chacun des employés à la préparation de la soumission. Même si ACE aurait dû fournir un taux horaire détaillé pour chacun des employés, le Tribunal s'appuiera, en l'espèce, sur

le document intitulé « Frais indirects – traitements et salaires des employés de bureau » [traduction], qui fait état du montant total pour le salaire de chaque employé⁵. Par conséquent, le Tribunal conclut que la réclamation au montant de 3 387,63 \$ pour les « traitements et salaires des employés de bureau » n'est pas excessive et il accordera la réclamation en l'espèce.

Le Tribunal est d'accord avec le MBAC sur l'observation de ce dernier selon laquelle la partie de la réclamation qui se rapporte à M. Kater aurait dû être appuyée par des pièces justificatives. Le Tribunal n'accordera pas le montant de la réclamation qui se rapporte à M. Kater, puisque ACE n'a pas offert de justification raisonnable à son égard, comme des feuilles de présence, des dossiers comptables ou une déclaration signée de M. Kater, comme la déclaration produite à l'égard de M. Peter Fabian, président-directeur général d'ACE, le 31 juillet 2001, dans laquelle M. Fabian a confirmé le nombre d'heures et son salaire, qui auraient pu servir d'éléments probants quant au nombre d'heures consacrées par M. Kater à la préparation de la soumission, ainsi qu'au taux horaire ou salaire.

Le Tribunal est également d'accord avec le MBAC sur le fait que le montant de 311,86 \$ réclamé pour le loyer n'est pas appuyé par des pièces justificatives. Le Tribunal n'accordera pas la réclamation pour le loyer. Le Tribunal accordera le montant de 421,89 \$ demandé pour les frais généraux et administratifs, puisque ACE a produit des factures et des reçus à titre de pièces justificatives, que le Tribunal admet. Par conséquent, le Tribunal accorde à ACE des frais de préparation d'une réponse à l'invitation à soumissionner au montant de 4 146,05 \$. Même si le Tribunal accueille les pièces justificatives soumises, il rappelle aux parties que, si elles veulent être indemnisées, elles devront à l'avenir produire des pièces justificatives suffisamment détaillées à l'appui de leurs réclamations.

INDEMNITÉ EN RECONNAISSANCE D'OCCASION PERDUE

ACE a présenté une réclamation d'indemnité au montant total de 269 057,54 \$, comprenant une indemnité de 195 937,50 \$ en reconnaissance de perte d'occasion et de perte de profits, une indemnité de 70 892,19 \$ pour un certain nombre « d'autres points » et une indemnité de 2 227,85 \$ pour les frais liés à la préparation des exposés d'ACE destinés au Tribunal concernant l'indemnité.

En réponse aux commentaires du MBAC, ACE a réitéré que le Tribunal, dans la décision qu'il a rendue, a envisagé à la fois la perte d'occasion d'ACE et la perte de la possibilité de pouvoir tirer des profits. ACE a aussi présenté des observations sur les dommages-intérêts réclamés pour perte de chiffre d'affaires futur. ACE a présenté sa réclamation en se fondant sur le calcul des profits perdus à son installation immédiate de pose de pellicule sur le verre de fenêtre, la valeur du marché calculée d'après la vente de la pellicule et son installation, ses marges bénéficiaires habituelles et raisonnables, les recettes liées à l'entretien et à la réparation ainsi que le montant des intérêts et des frais. Elle a aussi soutenu que le montant total du prix payé pour le contrat ne devait pas être pris en considération, étant donné que ce dernier n'aurait pas nécessairement été adjugé au soumissionnaire le moins-disant et qu'elle avait au moins autant de chances de remporter le marché que n'importe quel des autres soumissionnaires. ACE a soutenu que, dans des causes précédentes, le Tribunal avait recommandé une indemnité fondée sur le nombre de soumissionnaires concurrents et de soumissions reçues. Selon ACE, étant donné que le MBAC n'a reçu que trois soumissions, à titre de soumissionnaire éventuel, elle avait une chance sur quatre de remporter le contrat. En réponse à l'argument du MBAC selon lequel l'indemnité devait être recommandée d'après la superficie réelle de pellicule de sécurité installée, ACE a avancé le montant de 97 854,32 \$ comme représentant la valeur de l'occasion perdue. En réponse à l'affirmation du MBAC au sujet de l'existence d'une « norme industrielle » relative aux fourchettes de marges bénéficiaires nettes, ACE a soutenu que, en

5. Voir la pièce jointe protégée à la lettre d'ACE du 1^{er} août 2000.

ce qui concernait l'établissement des prix, il n'existait pas de telle norme dans l'industrie. Finalement, ACE a soutenu que le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire, au moment de faire sa recommandation finale, de tenir compte des dépenses supplémentaires dont elle a fait état dans ses exposés.

En réponse à la réclamation d'indemnité, le MBAC a soutenu que le Tribunal devait recommander une indemnité pour perte d'occasion et non une indemnité pour perte de profits. Le MBAC a soutenu qu'ACE n'aurait pas remporté le contrat, puisqu'elle n'a pas présenté de soumission. Il a ajouté que la démarche retenue par le Tribunal pour établir le montant de l'indemnité pour perte d'occasion dans le dossier n° PR-98-050⁶ doit être reprise en l'espèce. Cette démarche consiste à calculer la perte d'occasion en divisant le profit réalisé sur le contrat véritable par le nombre de soumissionnaires. En l'espèce, selon le MBAC, quatre soumissionnaires ont présenté des propositions. Selon cette méthode, l'indemnité est calculée comme étant le quart du profit qu'ACE aurait réalisé, s'il y avait eu profit, si elle avait présenté une soumission à un prix inférieur de un dollar à celui du soumissionnaire retenu. Le MBAC a aussi soutenu que la recommandation au sujet d'une indemnité pour perte d'occasion doit refléter la valeur du contrat qui a de fait été exécuté. Il a soutenu que, eu égard à la nature des marchandises et des services et à l'importance du contrat, y compris l'absence d'un risque, un profit net de 10 à 12 p. 100 de la valeur du contrat constitue une norme raisonnable dans l'industrie. En appliquant la démarche susmentionnée, le MBAC a soutenu que le montant de l'indemnité ne devait pas être supérieur à 10 356,58 \$. Il a aussi soutenu que le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire de réduire le montant de l'indemnité pour perte d'occasion lorsque les éléments de preuve montrent qu'une partie plaignante n'aurait pas remporté le contrat. En l'espèce, le MBAC a soutenu que, à la lumière des prix soumis par ACE à l'appui de sa réclamation d'indemnité, ACE n'aurait pas été retenu à titre d'adjudicataire, puisque son prix était considérablement supérieur au prix soumis dans la proposition financière qui a été retenue. Le MBAC a soutenu que la démarche appliquée par ACE pour déterminer le montant de l'indemnité qu'elle doit recevoir n'était pas compatible avec les principes appliqués par le Tribunal dans le calcul de la valeur de l'occasion perdue. Passant en revue la réclamation d'indemnité relative aux « autres points », le MBAC a soutenu qu'il ne devait être nullement tenu compte de cette réclamation, puisque le contrat effectif ne comprenait pas certains des coûts associés aux services demandés par ACE, et que certains de ces coûts n'étaient pas légitimes ni prévus dans les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* (Lignes directrices sur les indemnités) du Tribunal. Finalement, le MBAC a soutenu que la réclamation se rapportant à des frais juridiques supplémentaires pour du travail exécuté pour la préparation des exposés concernant l'indemnité devait être rejetée.

Le Tribunal a examiné avec soin les exposés et les pièces justificatives. Contrairement aux observations faites par ACE, le Tribunal a recommandé une indemnité en reconnaissance de l'occasion perdue par ACE, puisqu'il lui avait été impossible de présenter une soumission recevable, mais non en reconnaissance de profits perdus. Le paragraphe 3.1.4 des Lignes directrices sur les indemnités prévoit, notamment, qu'« [u]ne indemnité en reconnaissance d'occasion perdue est recommandée dans les circonstances où il est impossible de conclure si le marché aurait été adjugé à la partie plaignante ou s'il aurait été adjugé à un autre soumissionnaire, n'eut été l'infraction du gouvernement. Dans les cas où le Tribunal ne peut conclure que le contrat spécifique aurait été adjugé à la partie plaignante, mais qu'il conclut que ladite infraction a fait perdre à cette dernière l'occasion de participer de façon active ou significative à la procédure de passation du marché public, le Tribunal peut recommander le versement d'une indemnité en reconnaissance d'occasion perdue. » En l'espèce, le Tribunal n'a pas pu déterminer avec certitude si le contrat aurait été adjugé à ACE, n'eut été l'infraction du MBAC. Par conséquent, le Tribunal a recommandé le versement d'une indemnité en reconnaissance d'occasion perdue.

6. *Re plainte déposée par Douglas Bartlett Associates (7 juin 1999) (TCCE).*

Le Tribunal conclut en l'espèce, comme il l'a fait dans le dossier n° PR-99-035⁷, que le calcul de l'indemnité en reconnaissance d'occasion perdue doit d'abord être fondé sur le montant effectif dépensé relativement au contrat et doit tenir compte du nombre de soumissionnaires concurrents pour le contrat. En l'espèce, le MBAC a déclaré que la valeur totale du contrat était de 517 829,96 \$, taxes non comprises. De plus, les éléments de preuve mis à la disposition du Tribunal dans le cadre de sa procédure d'enquête indiquent que le MBAC avait reçu, à la clôture des soumissions, des propositions de quatre soumissionnaires. Bien que le nombre de soumissionnaires semble contesté, ACE n'a pas fourni d'élément probant à l'appui de son affirmation. Par conséquent, le Tribunal retiendra le nombre de soumissionnaires, à savoir, quatre, tel qu'il a été indiqué dans sa décision, et ajoutera ACE, à titre de soumissionnaire éventuel, pour obtenir le nombre de soumissionnaires qui auraient pu se livrer concurrence relativement à ce besoin.

Un certain nombre d'observations ont été avancées relativement au seuil indiqué de profit qu'il convient d'appliquer dans le calcul du montant de l'indemnité accordée en reconnaissance de l'occasion perdue. Le Tribunal n'est pas convaincu par le calcul des profits perdus qu'a fait ACE ni par les éléments de preuve présentés à l'appui de certaines de ces réclamations. Les Lignes directrices sur les indemnités prévoient clairement que les réclamations d'indemnité doivent être accompagnées de données économiques, financières ou autres éléments probants fiables. En l'espèce, le Tribunal aurait accueilli avec satisfaction une indication raisonnable des marges bénéficiaires d'ACE au moyen, par exemple, de contrats d'importance similaire ou d'états financiers pro forma ou vérifiés. Le Tribunal fait observer qu'ACE n'a pas soumis d'autres éléments probants fiables pour répondre à l'observation du MBAC selon laquelle un ratio de marge bénéficiaire de 10 à 12 p. 100 représente une norme raisonnable dans l'industrie. En l'absence de toute autre donnée fiable et étant donné le fait qu'ACE n'a pas réfuté l'affirmation du MBAC selon laquelle la norme industrielle relative à la marge bénéficiaire se situe entre 10 et 12 p. 100, le Tribunal détermine qu'une marge bénéficiaire de 10 p. 100 est raisonnable en l'espèce. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal recommande une indemnité au montant de 10 356,58 \$. Le Tribunal ne voit aucun motif de réduire ce montant.

Pour ce qui concerne la réclamation pour les « autres points », le Tribunal recommandera seulement l'indemnité pour les 93 heures de travail effectué par des « cadres supérieurs » pour la préparation des exposés concernant l'indemnité sur la foi de l'affidavit déposé auprès du Tribunal. Toutefois, le Tribunal conclut que le nombre d'heures réclamées est excessif et réduira ce nombre de moitié, et acceptera donc 46,5 heures. Par conséquent, le Tribunal recommande une indemnité au montant de 2 139,00 \$. De plus, le Tribunal recommande une indemnité pour les frais juridiques supplémentaires engagés relativement à la préparation des exposés concernant l'indemnité, aux taux prescrits, au montant total de 2 119,35 \$. En ce qui concerne les exposés concernant les dommages-intérêts pour perte de chiffre d'affaires futur et pour éventualités, le Tribunal a examiné avec soin lesdits exposés et n'a pas été convaincu par les arguments d'ACE.

7. *Re plainte déposée par M. John C. Luik (28 mars 2000) (TCCE).*

CONCLUSION

Le Tribunal accorde, par la présente, des frais aux montants de 13 030,28 \$ pour la préparation et le traitement de la plainte et de 4 146,05 \$ pour la préparation d'une réponse à l'invitation à soumissionner. De plus, le Tribunal recommande le versement à ACE d'une indemnité au montant de 14 614,93 \$ en reconnaissance de l'occasion perdue et des frais supplémentaires qu'elle a engagés dans la préparation d'exposés concernant l'indemnité. Le Tribunal ordonne au MBAC de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement.

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire