



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

RECOMMANDATION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2011-041

FreeBalance Inc.

c.

Agence du revenu du Canada

*Recommandation et motifs rendus
le mercredi 4 juillet 2012*

TABLE DES MATIÈRES

RECOMMANDATION.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 INTRODUCTION 1

 INDEMNISATION POUR PERTE DE PROFITS..... 2

 MESURE CORRECTIVE..... 3

 Formule de détermination du profit 6

 FRAIS 11

CONCLUSION..... 12

EU ÉGARD À une plainte déposée par FreeBalance 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 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* selon laquelle FreeBalance Inc. soit indemnisée pour perte d'occasion conformément aux *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal canadien du commerce extérieur;

ET À LA SUITE DE l'indication provisoire du degré de complexité de la plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur et de son indication provisoire du montant de l'indemnisation.

ENTRE

FREEBALANCE INC.

Partie plaignante

ET

L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Institution fédérale

RECOMMANDATION

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande par la présente que l'Agence du revenu du Canada verse à FreeBalance Inc. une indemnisation de 194 570 \$, ce qui représente la moitié des profits qu'elle aurait raisonnablement tirés, si elle avait été l'adjudicataire du contrat relatif à l'invitation n° 1000299304.

À la suite de la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur du 24 janvier 2012 d'accorder le remboursement des frais à FreeBalance Inc., le Tribunal canadien du commerce extérieur a révisé son indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte du degré 2 au degré 3, et son indication provisoire révisée du montant de l'indemnisation se chiffre à 4 100 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire révisée du degré de complexité ou à l'indication provisoire révisée du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations au Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach
Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte
Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

INTRODUCTION

1. Dans sa décision rendue le 24 janvier 2012, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) déterminait, aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, que la plainte déposée par FreeBalance Inc. (FreeBalance) était fondée. La plainte concernait un préavis d'adjudication de contrat (PAC) publié par l'Agence du revenu du Canada (ARC) pour la modernisation, dans le cadre d'un marché public à fournisseur unique (invitation n^o 1000299304), de son système de gestion des recettes. Dans le PAC, l'ARC faisait part de son intention d'adjuger un contrat à SAP Canada Inc. (SAP), ce qu'elle a fait en décembre 2011, puisque cette dernière était la seule entreprise capable de satisfaire à ses exigences.

2. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommandait, à titre de mesure corrective, que l'ARC verse à FreeBalance une indemnisation pour perte d'occasion. Les parties disposaient de 40 jours suivant la date de la décision du Tribunal pour s'entendre sur le montant de l'indemnisation, mais elles n'y sont pas arrivées.

3. Par conséquent, le Tribunal doit déterminer le montant de l'indemnisation.

4. Dans le cadre de la présente procédure d'indemnisation, FreeBalance déposait un exposé le 5 avril 2012, dans lequel elle établissait l'estimation provisoire du montant de l'indemnisation à 3 124 250,97 \$².

5. L'ARC déposait son exposé le 18 avril 2012, affirmant qu'aucune indemnisation ne devrait être accordée à FreeBalance³.

6. FreeBalance déposait un mémoire en réponse le 25 avril 2012.

7. Le 30 avril 2012, l'ARC fournissait, à la demande du Tribunal, des renseignements supplémentaires au sujet du contrat. FreeBalance déposait des observations sur ces nouveaux renseignements le 15 mai 2012, y compris une estimation révisée du montant de l'indemnisation s'établissant à 3 384 411 \$⁴, et affirmait également devoir être indemnisée pour la totalité de ses frais aux motifs de la tentative de l'ARC de remettre en litige des questions que le Tribunal avait déjà traitées dans sa décision sur le bien-fondé de la plainte⁵.

8. Le 22 mai 2012, l'ARC déposait une réponse aux observations de FreeBalance. À la même date, l'ARC présentait, avec le consentement du Tribunal, des éléments de preuve à l'égard de l'interface et déposait des renseignements concernant la nouvelle « Norme sur les systèmes de planification des ressources de l'organisation » du Conseil du Trésor (la politique du Conseil du Trésor)⁶. FreeBalance présentait des observations sur ces nouveaux renseignements le 1^{er} juin 2012.

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

2. Observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012 au para. 8, pièce E, dossier administratif, vol. 3.

3. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 21, dossier administratif, vol. 3.

4. Observations de FreeBalance datées du 15 mai 2012, onglet 1A, dossier administratif, vol. 3.

5. *Ibid.* aux para. 16-17, dossier administratif, vol. 3; observations de FreeBalance datées du 1^{er} juin 2012 au para. 9, dossier administratif, vol. 3.

6. Observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012, dossier administratif, vol. 3.

9. Les observations comportent deux affidavits. Le premier est signé par M. Donald D. Gibbons, directeur financier, FreeBalance⁷. Le deuxième est signé par M. Michael Komery, directeur, Division des marchés et de la gestion du matériel, Agence des services frontaliers du Canada (ASFC)⁸. L'affidavit de M. Komery comprend une lettre de M. Marc Lefebvre, directeur, Division des systèmes intégrés, ASFC.

INDEMNISATION POUR PERTE DE PROFITS

10. La *Loi sur le TCCE* et le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁹ ne fournissent que peu de lignes directrices, voire aucune, sur la manière de quantifier l'indemnisation¹⁰. Les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal, révisées en juin 2001, prévoient ce qui suit :

2.2 L'indemnité accordée ne se fonde pas sur des hypothèses ou des conjectures. Le Tribunal reconnaît que, pour préciser le montant de certaines indemnités, il lui sera nécessaire de faire des projections. Cependant, dans tous les cas, les demandes d'indemnité doivent être accompagnées de données économiques, financières ou autres éléments probants fiables.

[...]

3.1.2 Pour déterminer le montant de l'indemnité à recommander, le Tribunal tentera, dans la mesure où il estime indiqué[e] dans les circonstances et compte tenu de toute autre mesure correctrice qu'il a recommandée, de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement.

[...]

3.1.4 Une 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'eût été l'infraction du gouvernement. Dans le 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. Sous réserve de la disposition 3.1.5 ci-après, l'indemnité pour occasion perdue peut aussi être accordée eu égard aux modalités afférentes à toute option de renouvellement pour une période donnée prévue au marché en cause.

3.1.5 Pour évaluer la valeur de l'occasion perdue, le Tribunal peut tenir compte de tous les facteurs qu'il estime indiqués, y compris :

- le nombre de soumissionnaires qui ont présenté des soumissions pour le contrat spécifique;
- le nombre de soumissionnaires dont les soumissions ont été jugées recevables par le gouvernement, lorsqu'un tel renseignement est disponible;
- le degré de probabilité selon lequel, n'eût été l'infraction du gouvernement, le contrat spécifique aurait été adjugé à la partie plaignante.

[...]

7. Observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012, dossier administratif, vol. 3.

8. Observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012, dossier administratif, vol. 3.

9. D.O.R.S./93-602.

10. Le paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE* prévoit simplement que le Tribunal, lorsqu'il détermine que la plainte dans une procédure portant sur un marché public est fondée, peut recommander que soient prises les mesures correctives qu'il juge indiquées, y compris le versement à la partie plaignante d'une indemnisation dont il précise le montant.

3.2.1 Le montant de l'indemnité accordée pour perte de profits ou d'occasion peut être réduit en conformité avec les principes énoncés dans les présentes.

[...]

4.1 Le fardeau de la preuve du bien-fondé d'une demande d'indemnité incombe à la partie plaignante.¹¹

11. Le Tribunal calcule le montant de l'indemnisation pour perte d'occasion en divisant les profits qu'une partie plaignante aurait réalisés relativement à un contrat par le nombre de soumissionnaires potentiels¹². La recommandation qui en découle doit refléter la perte réelle subie en raison de l'infraction du gouvernement, plutôt qu'être une aubaine¹³.

12. FreeBalance affirme devoir être indemnisée pour les dommages causés à l'intégrité du mécanisme d'adjudication¹⁴. Il s'agit d'un facteur dont le Tribunal a tenu compte, en application du paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, pour recommander une indemnisation pour perte d'occasion à titre de mesure correctrice indiquée dans sa décision rendue le 24 janvier 2012¹⁵. Toutefois, le Tribunal n'a pas recommandé d'indemnisation supplémentaire pour préjudice causé à l'intégrité du mécanisme d'adjudication. Dans des causes antérieures, le Tribunal n'a recommandé une telle indemnisation que dans des « circonstances très exceptionnelles » pour représenter l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité du mécanisme d'adjudication et le manque de bonne foi dans l'adjudication du marché public¹⁶. Étant donné qu'aucune indemnisation supplémentaire n'a été recommandée en l'espèce, le Tribunal n'a pas à tenir compte de ce facteur pour déterminer le montant de l'indemnisation pour perte d'occasion.

13. En ce qui a trait au calcul de l'indemnisation pour perte d'occasion, la plupart des renseignements présentés par les parties sont très hypothétiques et sans fondement. Bien que les affirmations non fondées constituent un problème majeur des deux côtés, cela est particulièrement problématique pour FreeBalance, compte tenu que le fardeau de la preuve du bien-fondé d'une demande d'indemnisation incombe à la partie plaignante.

MESURE CORRECTIVE

14. Les parties conviennent que la valeur du contrat que l'ARC a octroyé à SAP, à l'exclusion de la TVH¹⁷, est de _____, dont _____ pour des licences d'utilisation de logiciels et _____ pour l'entretien et le soutien logiciels, pour une période initiale de un an¹⁸. L'ARC peut renouveler le contrat

11. Dans son ordonnance dans *Re plainte déposée par Spacesaver Corporation* (27 avril 1999), PR-98-028 (TCCE) [*Spacesaver*], le Tribunal a déclaré que le fardeau incombe à la partie plaignante de prouver les profits qu'elle aurait pu réaliser et à l'égard desquels elle réclame un dédommagement « [...] suivant la prépondérance raisonnable d'éléments de preuve crédibles ».

12. Voir, par exemple, *Re plainte déposée par Douglas Barlett Associates Inc.* (7 juin 1999), PR-98-050 (TCCE) [*Douglas Barlett*]; voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Cognos Incorporated* (21 juillet 2004), PR-2002-017 (TCCE) [*Cognos*].

13. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Douglas Barlett Associates Inc.* (7 janvier 2000), PR-98-050 (TCCE).

14. Voir les observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012 au para. 44, dossier administratif, vol. 3.

15. *Re plainte déposée par FreeBalance Inc.* (24 janvier 2012), PR-2011-041 (TCCE) [*FreeBalance*] au para. 58.

16. *Re plainte déposée par M. John C. Luik* (28 mars 2000), PR-99-035 (TCCE); *Re plainte déposée par Papp Plastics & Distributing Limited* (31 janvier 2002), PR-2001-038 (TCCE) [*Papp Plastics*].

17. L'indemnité accordée est fondée sur la valeur du contrat proprement dit, à l'exclusion de la TVP et de la TVH. Voir, par exemple, *Re plainte déposée par Wescam Inc.* (19 avril 1999), PR-98-039 (TCCE) [*Wescam*]; voir ordonnance dans *Re plainte déposée par PTI Services* (17 septembre 2002), PR-2001-027 (TCCE) [*PTI*].

18. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 3, dossier administratif, vol. 3; observations de FreeBalance datées du 25 avril 2012 au para. 16, annexe 1, dossier administratif, vol. 3.

jusqu'à concurrence de cinq périodes de un an¹⁹. En outre, [REDACTED]

[REDACTED]²⁰.

15. Par conséquent, FreeBalance ventile sa demande d'indemnisation selon les cinq « éléments » suivants²¹ :

- 1) licences d'utilisation de logiciels achetées pour la période initiale de un an;
- 2) entretien et soutien logiciels associés à ces licences d'utilisation de logiciels;
- 3) entretien et soutien logiciels associés au renouvellement de ces licences d'utilisation de logiciels;
- 4) licences d'utilisation de logiciels supplémentaires achetées au cours de la période de renouvellement;
- 5) entretien et soutien logiciels associés aux licences d'utilisation de logiciels supplémentaires.

16. L'ARC ne conteste pas le fait que le contrat, y compris les options, se compose de ces cinq éléments. Cependant, elle adopte la position selon laquelle aucune indemnisation ne doit être accordée pour ces éléments parce que la politique du Conseil du Trésor qualifie le logiciel d'SAP de « logiciel de choix pour la gestion des finances et du matériel » [traduction] et que, par conséquent, elle constitue un « [...] facteur déterminant de la discussion [...] »²² [traduction]. L'ARC allègue que FreeBalance n'est pas en position de participer à un processus de DP relativement au marché public à fournisseur unique visé étant donné qu'elle ne peut fournir le « logiciel de choix » désigné par la politique du Conseil du Trésor²³, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2012, qui s'applique à tous les nouveaux investissements et mises à niveau²⁴.

17. Toutefois, pour les motifs ci-dessous, le Tribunal conclut qu'une indemnisation doit être accordée relativement aux éléments 1 et 2.

18. L'interprétation que fait l'ARC de la politique du Conseil du Trésor est spéculative. Comme le fait remarquer FreeBalance, la politique du Conseil du Trésor n'indique pas clairement que le logiciel d'SAP est le logiciel de choix, mais plutôt que les cadres supérieurs sont chargés de veiller à ce que les nouveaux investissements « [...] se traduisent par une mise en œuvre de la configuration des produits (SAP) [...] »²⁵ [traduction]. L'ARC est convaincue que cette exigence sous-entend que tous les nouveaux investissements et mises à niveau doivent donner lieu à la mise en œuvre des produits d'SAP. Cependant, la mention d'SAP est vague et n'indique pas expressément que seuls les produits d'SAP peuvent être achetés à l'avenir. Néanmoins, même si la politique du Conseil du Trésor s'applique, le Tribunal est convaincu qu'un processus concurrentiel aurait vraisemblablement été achevé avant qu'elle n'entre en vigueur. L'ARC a rejeté l'énoncé des capacités que présentait FreeBalance le 28 septembre 2011 en réponse au PAC, et la politique est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2012, soit un peu plus de six mois plus tard. Puisque l'ARC considérait l'acquisition urgente²⁶, il semble très peu probable qu'elle aurait pris plus de six mois pour

19. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 3, dossier administratif, vol. 3; observations de FreeBalance datées 25 avril 2012 au para. 16, annexe 1, dossier administratif, vol. 3.

20. Observations de l'ASFC datées du 30 avril 2012 à la p. 2, dossier administratif, vol. 3.

21. Observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012 au para. 7, dossier administratif, vol. 3.

22. Observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012 au para. 10, dossier administratif, vol. 3.

23. *Ibid.*

24. Politique du Conseil du Trésor au para. 1.1.

25. Observations de FreeBalance datées du 1^{er} juin 2012 au para. 29, dossier administratif, vol. 3; voir aussi la politique du Conseil du Trésor au para. 6.1.

26. *FreeBalance* aux para. 4, 55.

publier une DP et pour octroyer un contrat. Par conséquent, le Tribunal est convaincu, du moins en ce qui a trait aux éléments 1 et 2, que la politique du Conseil du Trésor ne fait pas obstacle au versement d'une indemnisation à FreeBalance.

19. Quant à savoir si la politique du Conseil du Trésor empêche actuellement l'ARC de pouvoir renouveler une des licences qu'elle a déjà achetées ou de se prévaloir des options lui permettant d'acheter des licences supplémentaires et d'obtenir des services d'entretien et de soutien logiciels, le Tribunal n'est pas convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l'ARC renouvellera les licences ou se prévaudra des options lui permettant d'acheter des licences supplémentaires et de retenir des services d'entretien et de soutien logiciels pour celles-ci.

20. Généralement, le Tribunal ne recommande pas le versement d'une indemnisation en se fondant sur des renouvellements et des options hypothétiques, comme l'illustrent les causes suivantes :

- Dans le dossier n° PR-2003-070²⁷, le Tribunal a indiqué ce qui suit : « Le droit d'exercer une telle option revient à la Couronne; l'argument de CSI selon lequel, si le contrat lui avait été adjugé, la Couronne aurait exercé son option de renouvellement facultatif n'est que pure hypothèse²⁸. »
- Dans *Cognos*, où la partie plaignante réclamait la valeur réelle du contrat, qui comprenait la licence d'utilisation du logiciel et le soutien et l'entretien pour le logiciel pour un an, en plus des profits perdus pour deux ans supplémentaires de services d'entretien et de soutien logiciels, le Tribunal a refusé de recommander le versement d'une indemnisation pour les deux années supplémentaires parce qu'elles constituaient des « options ».
- Dans le dossier n° PR-99-020²⁹, en réponse à l'affirmation de la partie plaignante selon laquelle le contrat aurait vraisemblablement été prorogé pour une période pouvant atteindre trois ans, le Tribunal n'était « [...] pas convaincu qu'il dev[ait] considérer plus que les deux années initialement envisagées dans la demande de proposition »³⁰.

21. De même, les tribunaux n'accordent pas d'indemnisation pour perte d'occasion à l'égard de la possibilité du renouvellement d'un contrat ou de l'exercice d'une option si, selon la prépondérance des probabilités, il n'y a aucune probabilité raisonnable d'un renouvellement rentable ou d'un « [...] avantage d'une valeur monétaire réelle importante »³¹ [traduction].

22. En ce qui concerne l'élément 3, FreeBalance allègue qu'il doit être présumé que l'ARC renouvellera les services d'entretien et de soutien logiciels relativement aux licences existantes pour chacune des cinq périodes de renouvellement facultatif de un an et que, par conséquent, tous les services d'entretien et de soutien logiciels seront renouvelés. Il ressort du témoignage de M. Gibbons sous forme d'affidavit que le taux de renouvellement est généralement de 95 p. 100 dans la branche de production³². La position initiale de l'ARC était conforme à ce témoignage, indiquant qu'un facteur de réduction de 5 p. 100 par

27. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par CSI Consulting Inc.* (22 mars 2006) (TCCE) [*CSI Consulting*].

28. *CSI Consulting* à la p. v.

29. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par IBM Canada Ltée* (7 septembre 2000) (TCCE) [*IBM*].

30. *IBM* à la p. 5.

31. Voir, par exemple, *Sharab Developments Ltd. v. Zellers Inc.*, 1999 BCCA 39 (CanLII) au para. 36; *Eastwalsh Homes Ltd. v. Anatal Developments Ltd.*, 1993 CanLII 3431 (ON CA); *Kinkel v. Hyman*, 1939 CanLII 7 (SCC) aux pp. 376, 383.

32. Affidavit de M. Gibbons aux para. 24-26, observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012, dossier administratif, vol. 3.

année devait s'appliquer à chacune des périodes de renouvellement facultatif d'un an afin de tenir compte des imprévus et de la possibilité que les cinq options ne soient pas toutes exercées³³, mais l'ARC semble avoir abandonné cette position depuis l'entrée en vigueur de la politique du Conseil du Trésor. En outre, l'ARC a déposé des éléments de preuve qui jettent de sérieux doutes sur la probabilité qu'elle puisse renouveler les licences, sans parler d'acheter des licences supplémentaires et de retenir des services d'entretien et de soutien logiciels. Plus particulièrement, l'ARC fait face à des compressions budgétaires de 143 millions de dollars, et le gouvernement s'oriente vers un modèle de « services partagés » [traduction] pour les applications logicielles³⁴. FreeBalance exprime des doutes quant au fait que ces compressions auraient une incidence sur les systèmes de production de recettes, mais M. Komery indique catégoriquement dans son affidavit « [...] qu'il n'y aura certainement pas de demande future pour obtenir davantage de licences d'SAP au cours des trois prochaines années »³⁵ [traduction]. Dans ces circonstances, l'ARC soutient que l'allégation de FreeBalance selon laquelle il y aura une demande de licences dans l'avenir n'est qu'une simple hypothèse ou conjecture, et le Tribunal en convient³⁶.

23. Dans des circonstances typiques, le témoignage de M. Gibbons à l'égard du taux de renouvellement standard dans la branche de production pourrait être convaincant par rapport à l'élément 3. Cependant, les circonstances sont atypiques, compte tenu du témoignage de M. Komery et du contexte budgétaire actuel. En outre, la politique du Conseil du Trésor, à tout le moins, confirme que le gouvernement tente de normaliser ses systèmes de gestion des finances, du matériel et des ressources humaines et ses fournisseurs, en ce sens qu'elle indique que les objectifs visent à s'assurer que les investissements dans les systèmes de planification des ressources opérationnelles conduisent à l'adoption de configurations normalisées des produits, maximisent les avantages que produisent ces investissements en rationalisant le nombre et la diversité des systèmes d'archivage utilisés grâce à une normalisation accrue et à des économies d'échelle et facilitent la migration des systèmes de technologies de l'information (TI) particuliers aux ministères vers des services partagés³⁷.

24. Étant donné le degré élevé d'incertitude dans le contexte budgétaire et politique actuel, le Tribunal conclut qu'aucune indemnisation ne doit être accordée pour les éléments 3 à 5.

Formule de détermination du profit

25. Ayant déterminé qu'une indemnisation ne doit être accordée que pour les éléments 1 et 2, le Tribunal doit maintenant quantifier cette indemnisation.

26. La formule que le Tribunal applique au calcul d'une indemnisation pour perte d'occasion consiste à diviser les profits que la partie plaignante aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé par le nombre total de fournisseurs potentiels³⁸. Le montant des profits est fondé sur la valeur du contrat moins un dollar parce qu'il est présumé que la partie plaignante aurait présenté une soumission dont le prix aurait été inférieur à celui du titulaire du contrat effectif.

27. Comme indiqué précédemment, l'ARC s'est engagée à payer [redacted] pour les licences d'utilisation de logiciels et [redacted] pour l'entretien et le soutien logiciels connexes.

33. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 4, dossier administratif, vol. 3.

34. *Ibid.*

35. Affidavit de M. Komery au para. 4, observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012, dossier administratif, vol. 3.

36. Observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012 au para. 9, dossier administratif, vol. 3.

37. Politique du Conseil du Trésor au para. 5.1.

38. *Douglas Barlett; Cognos.*

28. FreeBalance affirme que ses profits, si le contrat lui avait été adjugé, peuvent être déterminés en appliquant les marges bénéficiaires suivantes : 87 p. 100 pour les licences d'utilisation de logiciels et 57 p. 100 pour l'entretien et le soutien logiciels. Par conséquent, FreeBalance appliquerait les formules suivantes : $(\text{-----} - 1 \$ \times 87 \text{ p. } 100 = \text{-----}) + (\text{-----} \times 57 \text{ p. } 100 = \text{-----}) = 1\,741\,949 \$$ ³⁹. FreeBalance diviserait ce sous-total par deux, compte tenu qu'il n'y avait que deux fournisseurs potentiels : elle-même et SAP⁴⁰.

29. L'ARC soutient que des marges bénéficiaires beaucoup plus faibles devraient s'appliquer (c.-à-d. tout au plus 3,54 p. 100 pour les licences d'utilisation de logiciels et 23,53 p. 100 pour l'entretien et le soutien logiciels)⁴¹, qu'un montant supplémentaire devrait être déduit pour tenir compte des frais que FreeBalance aurait dû engager pour concevoir, mettre en œuvre et entretenir une interface⁴² et que le dénominateur devrait être 18 plutôt que 2, étant donné qu'il s'agit du nombre de fabricants d'équipement d'origine et de grands fournisseurs de solutions logicielles qui auraient pu soumissionner⁴³.

30. Le Tribunal rappelle que le fardeau de la preuve du bien-fondé d'une demande d'indemnisation incombe à la partie plaignante. Lorsqu'une partie plaignante se fonde sur une formule de détermination du profit pour justifier sa demande d'indemnisation, elle peut étayer ses marges bénéficiaires en présentant, notamment, ses états financiers, ses contrats de taille semblable à celui en question ou une norme de la branche de production⁴⁴. Un témoignage sous forme d'affidavit peut également être utile, surtout celui d'un tiers (comme un comptable externe)⁴⁵.

31. FreeBalance a déposé ses états financiers de 2008, de 2009 et de 2010 de même qu'un affidavit, non d'un tiers indépendant mais de son directeur financier, M. Gibbons. Ce dernier a déclaré que les marges bénéficiaires de 87 p. 100 et de 57 p. 100 sont fondées sur les marges bénéficiaires réelles que FreeBalance a réalisées dans l'exécution d'autres contrats⁴⁶. Cependant, aucun élément de preuve versé au dossier n'étaye cette affirmation. FreeBalance n'a présenté aucun élément de preuve particulier à l'égard d'autres contrats, et M. Gibbons n'a pas fait connaître la façon dont ces marges bénéficiaires ont été calculées, sauf pour indiquer les frais appliqués (les salaires, les avantages et les frais de déplacement par exemple), sans fournir de ventilation pour chacun d'entre eux⁴⁷. Par conséquent, le Tribunal ne peut en aucun cas vérifier les marges bénéficiaires que FreeBalance réclame.

32. De plus, le Tribunal remarque que FreeBalance ne tient pas compte de certains frais. Il est intéressant de remarquer que FreeBalance n'a pas calculé de frais de représentation, de frais de commercialisation, de frais de vente, de frais généraux, de dépenses administratives, de frais d'amortissement ni de frais de recherche et de développement (RD).

39. Observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012 aux para. 31, 39-40, 58, dossier administratif, vol. 3.

40. Observations de FreeBalance datées du 25 avril 2012 aux para. 42, 49, dossier administratif, vol. 3.

41. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 aux para. 9-13, dossier administratif, vol. 3.

42. *Ibid.* au para. 18, dossier administratif, vol. 3.

43. *Ibid.* au para. 17, dossier administratif, vol. 3.

44. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par ACE/ClearDefense Inc.* (17 avril 2002), PR-99-051 (TCCE) [ACE].

45. *Re plainte déposée par Ready John Inc.* (20 juillet 2004), PR-2003-005R (TCCE) [Ready John]; *Cognos*.

46. Affidavit de M. Gibbons au para. 42, observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012, dossier administratif, vol. 3.

47. Observations de FreeBalance datées du 5 avril 2012 aux para. 38-40, dossier administratif, vol. 3.

33. FreeBalance allègue que ses frais de vente et frais généraux et administratifs sont fixes et n'auraient pas augmenté si elle avait soumissionné pour le contrat et l'avait exécuté⁴⁸. Elle affirme que la majeure partie de ses frais de vente et de commercialisation visent à développer de nouveaux marchés et de nouvelles possibilités à l'extérieur du Canada et que la proximité entre son siège social à Ottawa (Ontario) et l'ASFC, ainsi que le fait qu'elle disposait déjà d'outils de commercialisation pour négocier, signifient qu'elle aurait engagé peu de frais de vente et de commercialisation⁴⁹. FreeBalance indique que ses frais de vente et frais généraux et administratifs sont répartis sur l'ensemble de sa clientèle située dans 19 pays⁵⁰.

34. En règle générale, le Tribunal ne déduit pas les frais fixes qu'une partie plaignante aurait engagés de toute façon, peu importe que le contrat lui ait été adjugé ou non⁵¹. Cependant, si un contrat entraîne une hausse importante du revenu, les coûts indirects augmentent inévitablement, du moins progressivement, et doivent donc être déduits en conséquence⁵². En l'espèce, une comparaison du prix du contrat et des états financiers révèle que ce contrat aurait considérablement augmenté le revenu de FreeBalance. Par conséquent, il aurait été indiqué de comptabiliser une augmentation progressive des frais de vente et frais généraux et administratifs.

35. Il peut également être indiqué d'amortir certains frais⁵³. Dans le passé, le Tribunal a indiqué qu'il y avait lieu de tenir compte de l'amortissement du coût de l'équipement, tant qu'il ne s'agissait pas de frais que la partie plaignante *aurait engagés de toute façon, peu importe que le contrat lui ait été attribué ou non*⁵⁴. En dépit de l'affirmation de l'ARC selon laquelle l'amortissement des frais doit être pris en compte dans le calcul des marges bénéficiaires pour les licences d'utilisation de logiciels et pour l'entretien et le soutien logiciels, FreeBalance n'a pas expliqué clairement pourquoi certains frais liés aux biens et à l'équipement n'ont pas à être amortis au cours de la durée de vie des produits en l'espèce⁵⁵.

36. Plus important encore est le fait qu'il semble que FreeBalance ne tienne pas compte de la possibilité qu'elle aurait eu à engager des frais de RD et des frais d'exploitation supplémentaires (comme les salaires, les fournitures, l'acquisition d'équipement et l'amortissement connexes) afin de concevoir, de mettre en œuvre et d'entretenir une interface.

37. FreeBalance soutient que l'hypothèse selon laquelle elle aurait eu à concevoir une interface est sans fondement. FreeBalance s'appuie en partie sur la conclusion du Tribunal dans ses motifs à l'égard du bien-fondé de la plainte selon laquelle elle était « [...] convaincue que sa solution [serait] compatible [...] » et affirmait déjà avoir une interface en état de fonctionner avec le logiciel d'SAP sur le réseau de l'ASFC⁵⁶. FreeBalance insiste sur le fait que le produit qu'elle aurait proposé est compatible avec le logiciel d'SAP et

48. Observations de FreeBalance datées du 25 avril 2012 au para. 33, dossier administratif, vol. 3.

49. *Ibid.* au para. 35, dossier administratif, vol. 3.

50. *Ibid.*

51. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Immeubles Yvan Dumais Inc.* (7 juin 2010), PR-2007-079 (TCCE) [*Immeubles Yvan Dumais*] au para. 70; *Ready John*.

52. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Les Systèmes Equinox Inc.* (1 juin 2011), PR-2006-045R (TCCE); voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Antian Professional Services Inc.* (15 août 2007), PR-2006-024 (TCCE); voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd.* (30 janvier 1997), PR-95-039 (TCCE) [*Conair*]; voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Douglas Barlett Associates Inc.* (7 janvier 2000), PR-98-050 (TCCE).

53. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Bluedrop Performance Learning Inc.* (19 février 2009), PR-2008-017 (TCCE).

54. *Immeubles Yvan Dumais; Ready John*.

55. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 10, dossier administratif, vol. 3.

56. Observations de FreeBalance datées du 25 avril 2012 aux para. 52-53, dossier administratif, vol. 3.

comprend des interfaces prêtes à l'emploi⁵⁷. Toutefois, le Tribunal est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'une interface aurait été nécessaire et que les frais de RD connexes et les frais d'exploitation supplémentaires auraient pour conséquence de réduire la marge bénéficiaire.

38. Même s'il est vrai que le Tribunal a conclu que l'ARC aurait dû appliquer une procédure transparente de passation des marchés publics concurrentielle afin de vérifier l'affirmation de FreeBalance selon laquelle sa solution est compatible, le Tribunal n'a pas tranché la question de savoir si la solution de FreeBalance est compatible ou peut être intégrée aux applications existantes avec ou sans une interface.

39. À cette étape-ci de la procédure, en dépit des affirmations contraires de FreeBalance, l'affidavit de M. Komery indique que le produit de FreeBalance sur le réseau de l'ASFC ne communique pas parfaitement avec l'application existante d'SAP⁵⁸. Ce témoignage est appuyé par une lettre de M. Lefebvre, laquelle indique que l'ARC doit extraire manuellement un dossier de l'application d'SAP et que l'ASFC l'importe ensuite dans le système de FreeBalance⁵⁹. FreeBalance s'est opposé à ce témoignage lors de la plaidoirie⁶⁰, mais n'a présenté aucun témoignage sous forme d'affidavit pour le réfuter, que ce soit de la part de ses ingénieurs logiciels ou de quelqu'un d'autre. En fait, FreeBalance *admet* qu'elle n'aurait pas pu savoir si une interface aurait été nécessaire parce que l'ARC n'a pas expliqué en détail ses exigences techniques dans une DP⁶¹. Les experts, à savoir MM. Komery et Lefebvre, ont exprimé leur avis selon lequel une interface aurait été nécessaire, et le Tribunal admet ces témoignages comme étant véridiques.

40. Par conséquent, le Tribunal est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'une interface aurait été nécessaire et que les frais de RD connexes et les frais d'exploitation supplémentaires auraient pour conséquence de réduire la marge bénéficiaire.

41. En résumé, le Tribunal conclut que FreeBalance n'a pas étayé ses marges bénéficiaires.

42. Dans des causes antérieures dans lesquelles une partie plaignante n'a pas réussi à justifier ses marges bénéficiaires, le Tribunal a appliqué une marge bénéficiaire de 10 p. 100⁶². Dans d'autres causes, il a employé un taux de 15 p. 100⁶³. Cependant, il n'y a pas de « recette empirique » et un autre pourcentage peut être indiqué dans une cause donnée⁶⁴.

43. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut qu'un pourcentage supérieur serait indiqué pour les licences d'utilisation de logiciels et pour l'entretien et le soutien logiciels.

44. L'ARC propose deux possibilités pour le calcul des marges bénéficiaires de FreeBalance, la première consistant à calculer la moyenne des marges bénéficiaires globales de FreeBalance pour 2009 et 2010, comme indiquées dans les états financiers de ces années⁶⁵. Cela se traduirait par une marge bénéficiaire mixte de -----. Le problème de cette méthode est que les marges bénéficiaires globales ne

57. Observations de FreeBalance datées du 1^{er} juin 2012 aux para. 5-7, dossier administratif, vol. 3.

58. Affidavit de M. Komery aux para. 2-3, observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012, dossier administratif, vol. 3.

59. *Ibid.* au para. 2, observations de l'ASFC datées du 22 mai 2012, dossier administratif, vol. 3.

60. Observations de FreeBalance datées du 1^{er} juin 2012 aux para. 12-16, dossier administratif, vol. 3.

61. *Ibid.* au para. 22, dossier administratif, vol. 3.

62. *Spacesaver; ACE; Wescam; PTI; IBM; Papp Plastics.*

63. *Re plainte déposée par IHS Solutions Limited* (8 mars 2004), PR-2003-067 (TCCE); *Re plainte déposée par AppDepot Web Services Inc.* (8 mars 2004), PR-2003-069 (TCCE).

64. Voir ordonnance dans *Re plainte déposée par Huron Consulting* (18 juin 2003), PR-2002-037 (TCCE).

65. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 12, dossier administratif, vol. 3.

font pas de distinction entre les trois sources de revenu de FreeBalance : les licences d'utilisation de logiciels, les services d'entretien et de soutien logiciels et les services de consultation. L'ARC qualifie elle-même cette méthode de « grossière »⁶⁶ [traduction].

45. L'autre suggestion de l'ARC, qui consiste à répartir les dépenses selon chaque secteur d'activité, va dans la bonne direction.

46. Les états financiers de 2010 indiquent que le revenu de FreeBalance a été de [redacted]. De ce montant, [redacted], soit [redacted], provenaient de la vente de licences d'utilisation de logiciels et [redacted], soit [redacted], des « services de soutien technique » [traduction] (c.-à-d. les services d'entretien et de soutien logiciels). L'ARC déduirait de ces sommes un montant calculé au prorata pour les frais d'exploitation⁶⁷.

47. Les états financiers de 2010 regroupent sur la même ligne les frais associés aux services de soutien technique et de consultation. L'ARC affecterait [redacted] de ces frais aux services d'entretien et de soutien logiciels et le reste aux services de consultation, ce qui correspond au rapport entre le revenu tiré des services de soutien technique et celui tiré des services de consultation⁶⁸. L'ARC déduirait ensuite [redacted] du total des frais de vente et des frais généraux et administratifs et de l'amortissement⁶⁹. Le résultat représenterait donc des dépenses totales de [redacted] pour le soutien technique, soit une marge bénéficiaire de [redacted].

48. En ce qui concerne les licences d'utilisation de logiciels, l'ARC déduirait leur coût, auquel elle ajouterait [redacted] du total des frais de vente et des frais généraux et administratifs, de l'amortissement et des frais de RD⁷⁰.

49. Pour les motifs indiqués précédemment, cette méthode peut en quelque sorte exagérer le montant des frais de vente et des frais généraux et administratifs et de l'amortissement. Cependant, parmi les options présentées par les parties, cette méthode représente l'évaluation la plus raisonnable et concrète de la marge bénéficiaire des services d'entretien et de soutien logiciels parce qu'elle se fonde sur les états financiers les plus récents. En outre, toute exagération possible des frais de vente, des frais généraux et administratifs et de l'amortissement est compensée par un facteur représentant les imprévus que le Tribunal pourrait par ailleurs appliquer afin de tenir compte de l'absence des risques normalement associés à l'exécution d'un marché⁷¹.

50. Cela dit, un rajustement est nécessaire relativement aux licences d'utilisation de logiciels. Plus particulièrement, le Tribunal supprimerait les frais de RD. Autrement, les frais totaliseraient [redacted], un montant largement supérieur au revenu tiré de la vente de licences d'utilisation de logiciels, et le Tribunal n'admet pas le fait que FreeBalance aurait déraisonnablement conclu un marché en sachant qu'elle y perdrait de l'argent. Il serait plutôt plus raisonnable de supprimer de l'équation les frais de RD, sachant que la majorité de ces frais ont déjà été engagés pour concevoir la solution existante que FreeBalance aurait proposée.

66. *Ibid.* au para. 14, dossier administratif, vol. 3.

67. *Ibid.* au para. 10, dossier administratif, vol. 3.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. Dans *Conair*, le Tribunal a soustrait un facteur de 10 p. 100 au titre des imprévus afin de refléter l'absence des risques normalement associés à l'exécution d'un marché.

51. Dans le même ordre d'idées, même si le Tribunal conclut que FreeBalance aurait vraisemblablement eu à concevoir, à mettre en œuvre et à entretenir une interface pour le réseau de l'ASFC, l'ARC est d'avis que les coûts pour ce faire auraient plus qu'épuisé les recettes de FreeBalance, et le Tribunal devrait donc une fois de plus présumer que FreeBalance aurait déraisonnablement conclu un marché en sachant qu'elle perdrait de l'argent⁷².

52. Le Tribunal préfère plutôt opter pour l'approche qu'il a utilisée dans *Cognos*, dans laquelle il a conclu que la partie plaignante avait sous-estimé le travail à effectuer, y compris une interface, à l'égard d'un contrat pour la fourniture de licences d'utilisation de logiciels et pour la prestation de services d'entretien et de soutien logiciels. Pour compenser cet écart, le Tribunal avait appliqué un facteur pour imprévus de 50 p. 100.

53. En l'espèce, l'application d'un facteur de 50 p. 100 au titre des imprévus quant aux profits pour la composante logicielle, qui s'élèvent à [redacted] sans les frais de RD, se chiffre à [redacted]. La division de ce montant par le revenu brut de [redacted] donne une marge bénéficiaire de 17,06 p. 100 pour les licences d'utilisation de logiciels.

54. Par conséquent, le Tribunal estime qu'il y a lieu d'appliquer une marge bénéficiaire de [redacted] pour l'entretien et le soutien logiciels et de 17,06 p. 100 pour les licences d'utilisation de logiciels.

55. Pour ce qui est du nombre de soumissionnaires potentiels, le Tribunal convient avec FreeBalance qu'ils sont exactement au nombre de deux. Lorsqu'il est question d'un PAC, comme en l'espèce, les fournisseurs potentiels correspondent au soumissionnaire retenu et aux sociétés qui ont contesté le PAC⁷³. En l'espèce, le dossier indique qu'SAP est la titulaire du contrat et que seule FreeBalance a répondu au PAC ou l'a contesté.

56. Par conséquent, la formule qui doit s'appliquer en l'espèce est la suivante :

$$\frac{(\text{[redacted]} - 1 \$ \times 17,06 \%) + (\text{[redacted]} \times \text{[redacted]})}{2}$$

57. En appliquant cette formule, le Tribunal détermine que le montant de l'indemnisation à accorder est de 194 570 \$.

FRAIS

58. Dans sa décision rendue le 24 janvier 2012, le Tribunal accordait à FreeBalance, aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le remboursement des frais raisonnables qu'elle avait engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. En conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), l'indication provisoire du degré de

72. FreeBalance n'a présenté aucun élément de preuve quant au coût d'une interface. L'ARC soutient que, selon sa division des TI, le coût de conception et de mise en œuvre d'une interface aurait été de 2 369 367 \$, auquel s'ajouterait 818 604 \$ par année pour l'entretien. Observations de l'ASFC datées du 18 avril 2012 au para. 19, dossier administratif, vol. 3.

73. Plus précisément, dans *Cognos* et dans *Re plainte déposée par InBusiness Systems Inc.* (29 novembre 2002), PR-2002-020 (TCCE), qui concernaient deux plaintes distinctes relativement au même PAC, le Tribunal a recommandé que chacune des parties plaignantes reçoive un tiers des profits qu'elle aurait tirés si elle avait soumissionné les travaux à un prix inférieur de un dollar au prix estimatif du contrat.

complexité de la plainte donnée par le Tribunal se situait au degré 2, et son indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffrait à 2 400 \$. Le Tribunal se réservait le pouvoir de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

59. Le Tribunal a procédé à l'évaluation provisoire des frais avant qu'il ne devienne évident que la présente procédure d'indemnisation serait nécessaire.

60. FreeBalance affirme devoir être indemnisée pour la totalité des frais qu'elle a engagés, au motif que l'ARC tente de faire valoir à nouveau son allégation selon laquelle FreeBalance n'aurait pas pu satisfaire à l'exigence de l'ASFC concernant la compatibilité sans être confrontée à des problèmes d'interface⁷⁴.

61. L'ARC n'a fait aucune observation à l'égard des indications provisoires du montant de l'indemnisation données par le Tribunal.

62. La présente procédure fait augmenter les frais et la complexité. Les parties ont présenté plusieurs observations supplémentaires sur la question de l'indemnisation, essentiellement en raison du refus initial de l'ARC de fournir certains renseignements, en particulier au sujet des options du contrat. Le Tribunal est d'avis que la complexité de la question de l'indemnisation a suffisamment accru celle de la procédure.

63. Par conséquent, le Tribunal révisé, par les présentes, son évaluation provisoire du degré de complexité de la présente plainte pour l'établir au degré 3, et son indication provisoire du montant de l'indemnisation est maintenant de 4 100 \$. Les parties sont invitées à présenter des observations supplémentaires à l'égard des frais, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*, avant que le Tribunal ne fixe le montant définitif de l'indemnisation.

CONCLUSION

64. Par les présentes, le Tribunal recommande que l'ARC verse à FreeBalance une indemnisation de 194 570 \$, ce qui représente la moitié des profits qu'elle a perdus en étant privée du contrat en question.

65. À la suite de sa décision d'indemniser FreeBalance rendue le 24 janvier 2012, le Tribunal a révisé son indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte pour l'établir au degré 3, et son indication provisoire révisée du montant de l'indemnisation est de 4 100 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire révisée du degré de complexité ou à l'indication provisoire révisée du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations au Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre président

74. Observations de FreeBalance datées du 15 mai 2012 aux para. 16-17, dossier administratif, vol. 3.