



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2016-041

The Masha Krupp Translation
Group Ltd.

c.

Agence du revenu du Canada

*Ordonnance et motifs rendus
le mercredi 17 octobre 2018*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
CONTEXTE	1
DEMANDES DE PRODUCTION	2
La demande de l'ARC en vue d'obtenir une ordonnance de production.....	2
La demande de MKTG en vue d'obtenir une ordonnance de production	4
INDEMNITÉ	7
Questions essentielles et aperçu de la décision	7
Question A : fondement des revenus (valeur du contrat attribué, valeur du contrat précédent ou travail effectué jusqu'à présent).....	8
Question B : méthode fondée sur les revenus moins les dépenses, sur les marges bénéficiaires observées dans l'industrie ou l'entreprise, ou sur un critère correspondant à une marge bénéficiaire raisonnable	11
Question C : coûts à déduire	15
Question D : indemnité pour les dépenses requises pour limiter les dommages-intérêts.....	21
Question E : nombre de soumissionnaires potentiels pour calculer la perte d'opportunité.....	24
Question F : prime pour la valeur temporelle de l'argent	27
CONCLUSION	28

EU ÉGARD À une plainte déposée par The Masha Krupp Translation Group Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.);

ET À LA SUITE DE la décision et de la recommandation du Tribunal canadien du commerce extérieur rendues le 15 mars 2017.

ENTRE**THE MASHA KRUPP TRANSLATION GROUP LTD.****Partie plaignante****ET****L'AGENCE DU REVENU DU CANADA****Institution fédérale****ORDONNANCE**

Par les présentes, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande à l'Agence du revenu du Canada de verser une indemnité de ██████ \$ à The Masha Krupp Translation Group Ltd., somme qui représente le tiers des profits qu'elle a perdus correspondant à la valeur des services achetés par l'Agence du revenu du Canada aux termes du contrat découlant de la demande de propositions de la mi-octobre 2016 à janvier 2018 inclusivement.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande également à l'Agence du revenu du Canada de verser une indemnité additionnelle de ██████ \$ à The Masha Krupp Translation Group Ltd. pour atténuer les coûts associés à ses pertes.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande également à l'Agence du revenu du Canada de payer des intérêts sur chacune des sommes susmentionnées (calculés séparément) conformément à la disposition du contrat sur les intérêts découlant de la demande de propositions, au moyen de la méthode proposée par l'Agence du revenu du Canada dans sa lettre déposée le 4 juin 2018.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande également à l'Agence du revenu du Canada de verser une indemnité à The Masha Krupp Translation Group Ltd. pour chaque mois à partir de février 2018 jusqu'à ce qu'un nouveau contrat soit adjugé, calculée de la manière suivante : ██████ p. 100 des paiements de l'Agence du revenu du Canada à CLS Lexi-tech Ltd. aux termes du contrat découlant de la demande de propositions, par mois, divisés par trois.

Rose Ritcey

Rose Ritcey

Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. Le 15 mars 2017, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a rendu sa décision dans la présente instance et a conclu que la plainte de The Masha Krupp Translation Group Ltd. (MKTG) concernant une demande de propositions (DP) (invitation n° 1000329852) publiée par l'Agence du revenu du Canada (ARC) pour des services de traduction et de révision était en partie fondée. Le Tribunal a recommandé de lancer un nouvel appel d'offres. Le Tribunal a également recommandé à l'ARC de verser une indemnité à MKTG pour perte d'opportunité (c'est-à-dire le montant correspondant au profit qu'elle aurait raisonnablement réalisé divisé par le nombre de soumissionnaires ayant satisfait aux critères obligatoires de la DP), pour la période débutant à l'adjudication du contrat (à CLS Lexi-tech Ltd. (CLS)) jusqu'à ce qu'un nouveau contrat soit adjugé.

2. La tâche du Tribunal consiste à fixer le montant de l'indemnité que l'ARC versera à MKTG conformément à la décision susmentionnée, ainsi qu'à exposer les motifs de sa décision concernant les demandes de production de documents présentées par les parties, lesquelles sont décrites ci-dessous¹.

CONTEXTE

3. Le Tribunal a rendu sa décision sur le bien-fondé de la plainte de MKTG le 15 mars 2017 et a publié l'exposé des motifs de sa décision le 20 mars 2017.

4. Dans sa décision, le Tribunal a recommandé que les parties négocient le montant de l'indemnité et leur a accordé 40 jours pour remettre un calendrier approximatif du déroulement de la procédure du nouvel appel d'offres ainsi qu'une date approximative pour l'achèvement des négociations. À trois reprises (le 24 avril 2017, le 27 juin 2017 et le 21 août 2017), les parties ont informé le Tribunal qu'elles étaient toujours en train de négocier le montant de l'indemnité. Le 11 janvier 2018, MKTG a déposé une lettre informant le Tribunal que le 22 novembre 2017 la Cour d'appel fédérale avait rejeté la demande de l'ARC visant le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal, mais que les parties étaient dans une impasse en ce qui a trait au montant de l'indemnité.

5. Le 23 janvier 2018, l'ARC a demandé que le Tribunal, en vertu du paragraphe 23.1(1) des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*², ordonne à MKTG de produire des exemplaires de a) ses déclarations de revenus telles qu'elles ont été produites pour la période de 2012 jusqu'à maintenant, et b) ses états financiers vérifiés pour la même période. À titre subsidiaire, si les états financiers vérifiés ne sont pas disponibles, l'ARC a demandé la production des états financiers non vérifiés pour la même période.

6. Le 31 janvier 2018, MKTG a déposé ses observations dans lesquelles elle s'opposait à la demande de production. Selon MKTG, l'ARC n'avait pas suffisamment motivé sa demande et les documents relevés par l'ARC n'avaient aucun lien avec et n'étaient pas nécessaires pour la décision du Tribunal concernant l'indemnité.

7. Le 5 février 2018, le Tribunal a fourni aux parties un exemplaire de son exposé des motifs sur l'indemnité publié le 29 décembre 2017 dans le dossier n° PR-2015-051 (*Oshkosh Defense Canada Inc. c.*

1. Les pages citées renvoient à la version PDF (et non à la version papier) des pièces et des observations déposées auprès du Tribunal, laquelle comprend une page couverture ajoutée par le greffe du Tribunal. Par exemple, la page 3 des observations confidentielles de MKTG déposées le 6 mars 2018 correspond à la page 2 de 18 de la version papier des observations.

2. *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, DORS/91-499 [Règles].

Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)³, qui n'avait pas encore été publié sur le site Web du Tribunal, et a accordé à chacune d'elles l'occasion de présenter d'autres observations sur tout aspect de cette décision qui pourrait présenter un intérêt pour la demande de production.

8. Les 13 et 20 février 2018 respectivement, l'ARC et MKTG ont présenté d'autres observations fondées sur la décision *Oshkosh*.

9. Le 21 février 2018, le Tribunal a rendu une ordonnance dans laquelle il a accueilli la demande de production de documents présentée par l'ARC, pour des motifs qu'il communiquerait plus tard.

10. Le 28 février 2018, MKTG a déposé ses déclarations de revenus et ses états financiers non vérifiés. Le 1^{er} mars 2018, le Tribunal a communiqué les déclarations de revenus et les états financiers au conseiller juridique de l'ARC.

11. Le 6 mars 2018, MKTG a déposé ses observations sur le montant de l'indemnité.

12. Le 6 avril 2018, l'ARC a déposé ses observations en réponse sur le montant de l'indemnité, à la suite d'une prorogation du délai qu'elle avait demandée (avec le consentement des parties) et qui lui a été accordée par le Tribunal le 3 avril 2018.

13. Le 12 avril 2018, MKTG a sollicité une ordonnance enjoignant l'ARC de produire divers documents liés au troisième soumissionnaire. Le 19 avril 2018, l'ARC a déposé une lettre dans laquelle elle s'opposait à la demande dans son ensemble. Le 24 avril 2018, MKTG a déposé sa réponse aux arguments de l'ARC. Le 26 avril 2018, le Tribunal a rendu une ordonnance dans laquelle il rejetait la demande d'ordonnance de production présentée par MKTG, pour les motifs qu'il communiquerait plus tard.

14. Le 1^{er} mai 2018, MKTG a déposé sa réponse aux observations de l'ARC sur le montant de l'indemnité déposées le 6 avril 2018.

15. Le 10 mai 2018, le Tribunal a demandé aux parties de présenter d'autres renseignements et documents sur certaines questions concernant le montant de l'indemnité. Le 4 juin 2018, les parties ont déposé leurs observations en réponse à la lettre du Tribunal. Le 11 juin 2018, les parties ont déposé leurs réponses aux observations faites de part et d'autre.

16. Le 3 juillet 2018, le Tribunal a demandé à MKTG de lui fournir d'autres renseignements et documents. Le 13 juillet 2018, MKTG a déposé sa réponse, à laquelle l'ARC a répliqué le 20 juillet 2018.

DEMANDES DE PRODUCTION

La demande de l'ARC en vue d'obtenir une ordonnance de production

Position des parties

17. En demandant à MKTG de lui communiquer ses déclarations de revenus et ses états financiers, l'ARC a fait valoir que ces documents présentaient un intérêt pour évaluer les revenus et les dépenses que MKTG avait engagées pour fournir ses services de traduction au cours de la période la plus récente, y compris lorsqu'elle a fourni ces services à l'ARC dans le cadre d'un contrat précédent.

3. *Oshkosh Defense Canada Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (29 décembre 2017), PR-2015-051 (TCCE) [*Oshkosh*].

18. MKTG s'est opposée à la production de ces documents, soutenant que les seuls renseignements pertinents pour calculer la perte de profit étaient les revenus qu'elle aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé et les frais variables encourus pour réaliser ces revenus. Elle affirmait que ses déclarations de revenus et ses états financiers révélaient des renseignements financiers agrégés qui n'avaient aucun rapport avec la présente décision. MKTG faisait également valoir que l'ARC disposait déjà de meilleurs éléments de preuve, soit les revenus liés à des services de traduction dans le cadre d'un contrat précédent, le travail effectué par CLS jusqu'à présent, ainsi que les dépenses de MKTG (détaillées dans des factures et d'autres éléments de preuve qui ont été transmis à l'ARC au cours des négociations sur le montant de l'indemnité) sur lesquelles reposaient les dépenses globales figurant dans les états financiers.

Analyse

19. Pour qu'une partie puisse obtenir une ordonnance de production du Tribunal, elle doit démontrer que les renseignements et les documents demandés sont pertinents quant à un litige et que la demande n'impose pas un fardeau disproportionné aux autres parties ou au Tribunal en temps et en argent⁴. De plus, comme les parties n'ont pas un droit général à la communication de la preuve devant le Tribunal, la demande ne doit pas être formulée uniquement dans l'espoir de découvrir des éléments de preuve⁵. La demande de l'ARC répondait à ces conditions.

20. En ce qui concerne la pertinence, dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a conclu que le « calcul des profits perdus n'est pas simplement (ni même principalement) un exercice d'expertise comptable »; en fait, « un pourcentage de marge bénéficiaire nette raisonnable devrait être estimé d'après des données historiques ou qualitatives sur les taux de marge bénéficiaire nette (et non brute) observés dans l'entreprise et dans le secteur d'activité pour des biens ou services similaires »⁶. Ainsi, comme nous en discuterons plus loin, bien que la méthode de calcul fondée sur les revenus moins les dépenses fournisse généralement la meilleure estimation des profits perdus, il ne s'agit pas des seules données pertinentes. Il est également utile de se fonder sur d'autres types de données plus générales pour mesurer ou vérifier la fiabilité de la méthode de calcul fondée sur les revenus moins les dépenses, ainsi que le caractère raisonnable de la marge bénéficiaire dans son ensemble. Les déclarations de revenus et les états financiers peuvent servir à cette fin en fournissant au Tribunal une meilleure vue d'ensemble, surtout lorsque, comme en l'espèce, une partie importante des affaires de la partie plaignante comprend des services de traduction offerts à l'ARC dans le

4. Dans des décisions antérieures, le Tribunal a affirmé qu'il « incombe [...] aux parties de produire tous les documents pertinents qui sont nécessaires pour permettre au Tribunal de statuer correctement sur la plainte ». *Stenotran Services Inc. et Atchison & Denman Court Reporting Services Ltd. c. Service administratif des tribunaux judiciaires* (24 juillet 2014), PR-2013-046 (TCCE) au par. 78. Cette norme relative à « la nécessité et la pertinence » concerne l'obligation de communication proactive à laquelle les parties doivent s'acquiescer au début de l'examen; elle ne vise pas à limiter le genre de documents dont les parties peuvent demander la production ultérieurement.

5. Voir par exemple *Enterasys Networks of Canada Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (10 septembre 2010), PR-2010-004 et PR-2010-006 (TCCE) au par. 70 (le Tribunal « ne permettrait pas à des parties plaignantes d'avoir accès à des documents lorsque le seul objectif consiste à trouver des éléments de preuve pouvant être utilisés à l'appui d'une plainte. [...] [L]a simple inclusion d'allégations générales dans une plainte ne donne pas à la partie plaignante un droit d'accès illimité à des documents en possession d'institutions fédérales. Cela permettrait des "expéditions de pêche" pour recueillir des renseignements dans les dossiers des institutions fédérales. ») Auparavant, cette méthode a été principalement appliquée aux parties plaignantes qui demandaient à des institutions fédérales de produire des documents durant un examen; en l'espèce, le Tribunal applique ce critère de la même manière à l'ARC.

6. *Oshkosh* au par. 71.

cadre de contrats précédents⁷. En effet, les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal prévoient précisément que la partie plaignante doit joindre à ses observations sur l'indemnité « les états financiers, les rapports, les dossiers, les prévisions et les autres renseignements ou données économiques nécessaires pour justifier le montant de l'indemnité demandée par la partie plaignante »⁸. Par conséquent, ces documents sont pertinents et la demande ne constituait pas une tentative d'obtenir à tout hasard d'autres renseignements.

21. En ce qui concerne la proportionnalité, MKTG n'a pas fait valoir qu'il serait difficile de produire ces documents. Il s'agit de documents fiscaux et comptables conservés par la plupart des entreprises dans le cours normal des affaires. Par conséquent, la demande de l'ARC n'était pas non plus disproportionnée.

22. Par conséquent, comme l'ARC répondait à toutes les conditions pour obtenir une ordonnance de production, le Tribunal a accueilli sa demande.

La demande de MKTG en vue d'obtenir une ordonnance de production

Position des parties

23. Dans sa demande en vue d'obtenir une ordonnance de production, MKTG sollicitait les documents suivants :

- a. la soumission du troisième soumissionnaire;
- b. la grille d'évaluation consensuelle du troisième soumissionnaire relativement aux critères cotés;
- c. toutes les grilles d'évaluation individuelles relativement aux critères obligatoires et aux critères cotés;
- d. toute la correspondance entre l'ARC et le troisième soumissionnaire qui n'avait pas déjà été produite;
- e. toute la correspondance interne et externe de l'ARC faisant référence au troisième soumissionnaire.

24. À l'appui de sa demande, MKTG faisait valoir que la position de l'ARC selon laquelle le troisième soumissionnaire avait présenté une soumission recevable contredisait les renseignements que lui avait fournis ██████████ de l'ARC lors de la réunion de compte rendu. MKTG faisait valoir que le troisième soumissionnaire ne devait être considéré comme un soumissionnaire susceptible d'être retenu que s'il répondait aux critères obligatoires, aux critères cotés et aux conditions préalables à l'attribution du contrat. MKTG faisait également valoir qu'elle avait besoin des feuilles d'évaluation individuelle parce que la grille d'évaluation consensuelle fournie par l'ARC n'était pas datée et qu'il y avait des divergences entre les grilles d'évaluation individuelle et les grilles d'évaluation consensuelle de MKTG et de CLS lors de leurs évaluations.

25. L'ARC s'est opposée aux demandes de MKTG. Elle a indiqué que le Tribunal avait affirmé dans sa décision que le succès potentiel d'un soumissionnaire serait évalué uniquement en tenant compte du respect des critères obligatoires – par conséquent, les grilles d'évaluation relatives aux critères cotés n'étaient pas

7. Observations confidentielles de MKTG, déposées le 6 mars 2018, à la p. 16, vol. 4A.

8. *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* (2014) [*Lignes directrices*], art. 4.1.1, en ligne : http://www.citt-tcce.gc.ca/fr/Procurement_compensation_guidelines_f.

pertinentes. Les grilles d'évaluation individuelle n'étaient pas non plus pertinentes puisque le respect des critères reposait uniquement sur les grilles d'évaluation consensuelle. L'ARC soutenait également que la correspondance demandée n'était pas pertinente puisque la conformité était évaluée sur la foi de la soumission du troisième soumissionnaire telle qu'elle avait été déposée, et non sur la correspondance entre elle-même et le troisième soumissionnaire.

26. En ce qui concerne la soumission du troisième soumissionnaire, l'ARC soutenait qu'elle n'avait trouvé aucune décision où le Tribunal avait ordonné que la soumission d'un tiers soit communiquée à l'étape de la détermination de l'indemnité. En outre, les *Lignes directrices* indiquent que l'indemnité est calculée selon « le nombre de soumissionnaires potentiels », ce qui correspond en l'espèce, selon le Tribunal, au nombre de soumissionnaires ayant satisfait aux critères obligatoires. L'ARC faisait également valoir qu'ordonner la production ajouterait une complexité inutile à l'instance, prendrait du temps et pourrait nécessiter la participation du troisième soumissionnaire.

27. En réponse, MKTG a affirmé que le Tribunal, au paragraphe 84 de sa décision, avait tiré une conclusion de fait que seuls deux soumissionnaires (MKTG et CLS) avaient présenté des soumissions recevables et qu'ainsi, dans la mesure où l'ARC avait adopté une position différente à l'étape de la détermination de l'indemnité, MKTG avait le droit d'obtenir des renseignements qui lui permettraient, à elle et au Tribunal, d'évaluer si le troisième soumissionnaire était en bonne position pour obtenir le contrat. MKTG a affirmé que ses demandes étaient étayées par le fait que, dans sa plainte initiale, elle avait relevé des irrégularités et des contradictions entre les grilles d'évaluation individuelle et la grille d'évaluation consensuelle de CLS relativement aux critères cotés; par conséquent, elle était fondée à vouloir confirmer si ces irrégularités avaient entaché la soumission du troisième soumissionnaire également. Enfin, MKTG soutenait que le fait de ne pas ordonner la production de ces documents violerait l'équité procédurale parce qu'elle serait privée de renseignements nécessaires pour répondre aux allégations de l'ARC.

Analyse

28. Comme expliqué ci-dessus, pour qu'une partie puisse obtenir une ordonnance de production du Tribunal, elle doit démontrer que les renseignements et les documents demandés sont pertinents quant à un litige, que la demande est proportionnée, et que la demande ne constitue pas simplement une tentative d'obtenir à tout hasard d'autres renseignements.

29. S'agissant de la demande en vue d'obtenir la grille d'évaluation consensuelle relativement aux critères cotés, le Tribunal a déjà statué dans sa décision que la *seule* question pertinente pour déterminer le dénominateur de la perte d'opportunité est le respect des critères obligatoires. Puisque seuls les critères obligatoires sont pertinents, la grille d'évaluation consensuelle relativement aux critères cotés ne tend pas à démontrer (ou à réfuter) tout fait pertinent en litige; par conséquent, la demande pour obtenir ce document ne répondait pas à l'exigence de la pertinence.

30. Les feuilles de notation individuelle ne sont pas non plus pertinentes quant à la question dont est saisi le Tribunal. Dans les cas où la notation est faite par consensus, la note concertée est traitée comme la note finale aux fins de l'évaluation de la proposition – en effet, la DP indiquait précisément qu'un « comité formé de représentants de l'ARC évaluera les propositions [...] »⁹. De plus, les feuilles de notation individuelle relativement aux critères cotés ne sont pas pertinentes puisque le Tribunal a déjà statué que le succès potentiel d'un soumissionnaire aux fins de l'indemnité sera déterminé en fonction des critères obligatoires, puisque c'est lors de l'évaluation des critères cotés qu'il y a eu manquement. S'agissant des

9. Pièce PR-2016-041-01 à la p. 48, vol. 1.

feuilles de notation individuelle relativement aux critères obligatoires, MKTG soutenait qu'il pouvait y avoir des divergences ou des irrégularités en raison d'erreurs qu'elle aurait relevées dans les feuilles de notation individuelle et consensuelle de CLS. Toutefois, à titre de question préliminaire, la décision du Tribunal ne faisait aucunement mention de telles divergences ou irrégularités. En outre, MKTG n'a mentionné aucune jurisprudence ni aucun ouvrage de référence à l'appui de son argument selon lequel une erreur dans l'évaluation devrait être inférée simplement en raison d'une divergence entre les notes individuelles et la notation consensuelle (ce à quoi il faut s'attendre dans un comité). Les cours de justice ont confirmé les décisions dans lesquelles le Tribunal a rejeté les plaintes où la preuve démontrait que les notes individuelles étaient simplement le « point de départ » de la discussion et du débat et que, à ce titre, il est raisonnable que les notes consensuelles « n'aient pas toujours correspondu aux moyennes ou aux médianes des notes individuelles »¹⁰. Elles ont également conclu que « l'écart par rapport aux cotes individuelles moyennes » n'est pas, en soi, une raison « suffisante pour établir l'existence d'une injustice »¹¹. En l'espèce, nul ne conteste que la notation individuelle est autre chose que le point de départ de discussions et de débats qui allaient déboucher à l'étape de la notation consensuelle. Par conséquent, MKTG n'a pas démontré que les feuilles de notation individuelle ont une quelconque pertinence, même pour ce qui est des critères obligatoires.

31. En ce qui concerne les demandes en vue d'obtenir la correspondance entre l'ARC et le troisième soumissionnaire, MKTG n'a pas expliqué pourquoi ces documents sont pertinents ou aideraient le Tribunal à déterminer si la troisième soumission satisfaisait aux critères obligatoires. L'évaluation du respect des critères obligatoires dans une DP est fondée sur un examen objectif de la proposition présentée par un soumissionnaire; la correspondance interne et externe de l'ARC ne joue aucun rôle dans ce processus d'évaluation. En effet, l'ARC a déjà produit les renseignements nécessaires pour établir que la troisième soumission satisfaisait aux critères obligatoires, à savoir la grille d'évaluation consensuelle¹². MKTG n'a relevé aucune irrégularité dans ce document pour étayer sa position selon laquelle il est nécessaire d'examiner la correspondance, mis à part le fait que la grille d'évaluation consensuelle n'est pas datée. Toutefois, le Tribunal souligne qu'aucune des feuilles d'évaluation consensuelle n'est datée ou ne comporte même de lignes pour y inscrire la date.

32. Le seul élément que MKTG donne à l'appui de sa position selon laquelle le troisième soumissionnaire n'était pas conforme est une déclaration qui aurait été faite par un agent de l'ARC durant la réunion de compte rendu de MKTG, selon laquelle seuls deux soumissionnaires étaient conformes¹³. Toutefois, même si l'on accepte que l'ARC a fait une telle déclaration, il ne s'ensuit pas que la proposition du troisième soumissionnaire ne respectait pas les critères obligatoires. En effet, le représentant de l'ARC aurait pu qualifier la proposition de « non conforme », même si elle satisfaisait aux critères obligatoires, si le soumissionnaire n'avait pas réussi à atteindre la note minimale exigée pour l'évaluation des critères techniques cotés¹⁴. Rien ne démontre que l'ARC a précisément affirmé que le troisième soumissionnaire ne

10. *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. La Société canadienne des postes*, 2015 CAF 272 (CanLII) au par. 83.

11. *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2014 CF 933 (CanLII) au par. 151.

12. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, onglet 4 (protégé), vol. 4A.

13. Observations confidentielles en réponse de MKTG déposées le 1^{er} mai 2018; déclaration sous serment de Masha Krupp, en date du 1^{er} mai 2018, aux par. 20-21, vol. 4B.

14. Dans les motifs à l'appui de sa décision, le Tribunal a fait remarquer que le troisième soumissionnaire « aurait présenté une soumission irrecevable » (par. 84). Il s'agissait d'une inférence fondée sur le fait que, bien que trois soumissions aient été reçues et évaluées, le RIF ne faisait référence qu'à une seule autre proposition conforme, soit celle de CLS. Pièce PR-2016-041-11 aux par. 15 et 21-22, vol. 1A. Le Tribunal a également souligné que, « [c]ompte tenu de la preuve au dossier, le Tribunal n'est pas en mesure de déterminer si le troisième soumissionnaire a été éliminé en raison de son défaut de satisfaire aux critères obligatoires ou de son défaut d'atteindre la note de passage de 70 % à l'égard des critères cotés ». Contrairement à ce qu'affirme MKTG, en faisant ce commentaire, le Tribunal n'a pas conclu que seuls deux soumissionnaires étaient conformes.

satisfaisait pas aux critères obligatoires. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal a donc conclu que les documents demandés n'étaient pas pertinents.

33. Enfin, en ce qui concerne la demande pour obtenir la soumission du troisième soumissionnaire, accéder à cette demande élargirait et compliquerait indûment la portée de la procédure de détermination de l'indemnité. MKTG n'a relevé aucune décision où le Tribunal a déjà accueilli (ni même examiné) une telle demande. Les conséquences sur les examens du Tribunal en matière d'indemnité seraient énormes si chaque partie plaignante pouvait, de plein droit, exiger la communication complète des propositions de tous les autres soumissionnaires qui ont été évaluées simplement pour présenter des observations sur le dénominateur qu'il convient d'appliquer pour calculer l'indemnité pour perte d'opportunité. Ainsi, les parties, les conseillers juridiques et le Tribunal pourraient consacrer le double du temps, des dépenses et des efforts (si ce n'est pas plus) à tenter de régler les litiges en matière de contestation d'appel d'offres. De plus, cela obligerait vraisemblablement le Tribunal à donner au troisième soumissionnaire la possibilité d'intervenir dans l'instance et de présenter des observations. Toutefois, le processus contradictoire pourrait être sévèrement atténué parce que le troisième soumissionnaire, même s'il s'agirait de la personne la mieux positionnée pour défendre sa proposition, aurait peu d'intérêt à consacrer du temps et de l'argent à participer à l'instance. Bien que dans certains cas, un examen de la décision d'une institution fédérale sur la conformité d'un autre soumissionnaire puisse être justifié lors d'un examen en matière d'indemnité, en l'espèce, MKTG n'a pas expliqué pourquoi le Tribunal devrait prendre une telle mesure extraordinaire; elle n'a démontré aucune preuve d'irrégularité, d'incohérence, de tenue inadéquate de dossiers, de mauvaise foi ou de tout autre motif justifiant un examen de la décision de l'ARC relative à la conformité, comme le démontrent la feuille de notation consensuelle et le courriel envoyé au troisième soumissionnaire. Il s'ensuit que la demande n'est pas compatible avec le mandat du Tribunal d'accorder une indemnité en temps opportun, efficace et accessible. Par conséquent, le Tribunal a rejeté la demande en vue d'obtenir la proposition du troisième soumissionnaire au motif qu'elle n'est pas pertinente et qu'elle est disproportionnée.

INDEMNITÉ

Questions essentielles et aperçu de la décision

34. L'essentiel du litige entre les parties concernant l'indemnité comprend six questions distinctes :

1. Les revenus doivent-ils être fondés sur la valeur estimée du contrat attribué telle qu'elle a été publiée, sur les revenus qu'a réalisés MKTG dans le cadre d'un contrat antérieur avec l'ARC, ou sur les services acquis par l'ARC auprès de CLS aux termes du contrat actuel?
2. La méthode utilisée pour calculer les profits doit-elle être fondée sur les revenus moins les dépenses, sur les marges bénéficiaires observées dans l'entreprise ou dans l'industrie, ou sur un critère correspondant à une marge bénéficiaire raisonnable?
3. Quelles catégories de coûts doivent être déduites des revenus pour déterminer le montant de l'indemnité versée à MKTG?
4. MKTG doit-elle être indemnisée pour les dépenses qu'elle a engagées pour minimiser ses dommages-intérêts?
5. Quel doit être le dénominateur pour calculer la perte d'opportunité, c'est-à-dire que la perte de profit estimée de MKTG doit-elle être divisée par un (si elle était le seul soumissionnaire conforme), par deux (si CLS était également conforme) ou par trois (si MKTG, CLS et le troisième soumissionnaire étaient tous conformes)?
6. Le montant de l'indemnité doit-il comprendre une prime pour la valeur temporelle de l'argent?

35. L'examen relatif à l'indemnisation a pour objet de déterminer le montant de l'indemnité au moyen d'une méthode transparente qui est simple mais juste, qui peut être appliquée sur la foi d'une preuve fiable ou d'hypothèses qui peuvent être raisonnablement étayées, et qui est vérifiable par les parties opposantes et le Tribunal d'une manière non contraignante.

36. En l'espèce, comme il est exposé en détail ci-dessous, le Tribunal a décidé que la méthode la plus juste pour déterminer le montant de l'indemnité à verser à MKTG est la suivante :

- Déterminer les revenus que MKTG aurait réalisés aux termes du contrat si sa proposition avait été retenue en appliquant le prix indiqué dans la soumission de MKTG au volume de travail que l'ARC a donné à CLS aux termes du contrat actuel.
- Déterminer la perte de profit au moyen d'un cadre fondé sur les revenus moins les dépenses, s'appuyant principalement sur les états financiers de MKTG durant la période où elle était fournisseur de services de traduction à l'ARC. Les dépenses à déduire comprennent celles qui ont un lien avec le contrat de l'ARC en litige.
- Comme trois soumissionnaires satisfaisaient aux critères obligatoires, le montant définitif de l'indemnité à verser à MKTG sera fondé sur sa perte de profit divisée par trois, étant donné qu'elle avait une chance sur trois d'obtenir le contrat.
- Conformément aux *Lignes directrices* du Tribunal, le Tribunal recommande également que MKTG reçoive une indemnité correspondant à la valeur temporelle de l'argent. Le Tribunal est d'avis que la méthode de calcul indiquée dans la lettre de l'ARC du 4 juin 2018 est adéquate, particulièrement parce qu'elle repose sur les modalités de la DP.

Question A : fondement des revenus (valeur du contrat attribué, valeur du contrat précédent ou travail effectué jusqu'à présent)

Position des parties

37. MKTG soutient que le montant des revenus doit être fondé sur la valeur du contrat attribué telle qu'elle a été publiée (8 630 000 \$ pour les deux premières années).

38. L'ARC, quant à elle, fait valoir que le montant des revenus doit être fondé sur le volume de travail que l'ARC a acquis dans le cadre du contrat découlant de la DP. L'ARC allègue que, conformément aux principes généraux énoncés dans la décision *Oshkosh*, le montant des revenus doit être calculé selon les modalités de la DP et de la proposition financière de MKTG. Dans le cas qui nous occupe, cela signifie qu'il faut calculer les revenus en fonction du volume de travail effectué dans le cadre du contrat subséquent (mesuré en nombre de mots) multiplié par le tarif au mot indiqué dans la proposition de MKTG. Comme tous les travaux de l'ARC ont été effectués par CLS, l'ARC propose de multiplier le volume de travail attribué à CLS par les tarifs de la soumission de MKTG pour la période débutant au moment où CLS a commencé à exécuter le contrat (octobre 2016) jusqu'à la date où un nouveau contrat sera adjugé. L'ARC propose que le montant de l'indemnité soit calculé pour les mois suivant janvier 2018 jusqu'à ce qu'un nouveau contrat soit adjugé en répétant le calcul avec les données mensuelles de CLS relatives au compte de mots multipliées par le tarif de la soumission de MKTG et tout autre pourcentage de marge bénéficiaire que le Tribunal fixera en définitive.

39. MKTG soutient que recourir au prix du contrat attribué tel qu'il a été publié est conforme aux décisions en matière de marchés publics, qu'il se peut que ce prix ne soit pas le prix maximal puisque des modifications pourraient faire en sorte qu'un plus grand volume de travail soit attribué, et que MKTG a fixé

son prix de soumission pour la DP en partie sur la foi de son expérience acquise dans le cadre du contrat qu'elle avait précédemment conclu avec l'ARC, y compris la valeur annuelle en dollars. MKTG souligne également que le volume de travaux de traduction qu'elle a effectués dans le cadre de ses contrats avec d'autres ministères fédéraux a atteint la valeur des contrats telle qu'elle avait été publiée. Ainsi, selon MKTG, il n'est pertinent pour l'ARC de faire référence à la valeur minimale du contrat dans la DP que dans des circonstances exceptionnelles.

40. À titre subsidiaire, MKTG fait valoir qu'il serait plus fiable de se fonder sur ses revenus antérieurs pour calculer la perte de revenus que sur le compte de mots actuel de CLS. MKTG soutient que dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a évité de se fonder sur des données courantes et s'est plutôt fondé sur les attentes des parties au moment où elles présentent leur soumission. Elle allègue également que l'ARC n'a pas expliqué pourquoi le volume de mots de CLS est inférieur à celui de MKTG dans le cadre du contrat précédent. Elle suppose que cela peut être attribuable à l'absence de personnel suffisant ayant la cote de sécurité de niveau secret.

Analyse

41. La décision *Oshkosh* énonce le principe que le Tribunal ne devrait pas accorder une indemnité pour des biens ou services qui n'ont pas été achetés par le gouvernement puisque ceux-ci pourraient ne jamais être acquis; ainsi, accorder une indemnité à l'égard de ces biens ou services pourrait donner lieu à un gain fortuit pour la partie plaignante. Au paragraphe 100 de la décision *Oshkosh*, le Tribunal a expliqué ce qui suit :

Dans ce contexte, le Tribunal considère qu'il se doit, pour des raisons de principe, de faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire avant de se lancer dans un examen des faits pour déterminer la possibilité que des options soient exercées ou non. Dans le contexte de la passation d'un marché militaire d'une durée potentielle de 20 ans et d'une valeur de près d'un milliard de dollars, pareil examen est nécessairement spéculatif, compte tenu des sommes en jeu et des changements de gouvernement qui sont sans doute à prévoir au cours de la période. Par ailleurs, un tel examen empièterait de façon injustifiée sur les compétences et les délibérations du gouvernement dans un domaine hautement sensible – comme en fait foi la demande d'*Oshkosh* à l'égard d'éventuels documents confidentiels du Cabinet. Un tel examen pourrait être nécessaire si le Tribunal n'avait pas le pouvoir de formuler une recommandation adaptée, et notamment d'accorder une indemnité devant être versée lorsque les options seront exercées, le cas échéant. Or, tel n'est pas le cas. Au contraire, le risque a entièrement trait au fait de rendre maintenant une décision prématurée, mais définitive, concernant l'inclusion ou la non-inclusion des options.

42. Bien que le litige en l'espèce concerne les revenus prévus pendant la durée d'un contrat plutôt que les revenus prévus après coup selon les options exercées, le principe demeure le même : la partie plaignante ne devrait pas recevoir une indemnité pour des biens ou services que le gouvernement n'a pas acquis. Dans la décision *Oshkosh*, on ne pouvait savoir si les biens et services seraient réellement acquis; par conséquent, le Tribunal a subordonné son indemnité aux options qui seraient en fait exercées. En l'espèce, cette partie de l'indemnité concernant les travaux futurs doit également être subordonnée au volume réel de services acquis auprès de CLS jusqu'à ce que le nouveau contrat soit adjugé après l'appel d'offres.

43. Les arguments sur lesquels se fonde MKTG pour recourir à la valeur du contrat attribué telle qu'elle a été publiée ou à la valeur de ses volumes précédents plutôt qu'au volume réel des travaux commandés par le gouvernement sont erronés. Dans l'arrêt invoqué à l'appui de la proposition selon laquelle la valeur du contrat attribué telle qu'elle a été publiée est la mesure qu'il convient d'appliquer pour calculer la perte de profit, la Cour suprême du Canada fait simplement observer que le montant des dommages-intérêts qui doit

être accordé normalement, en vertu de la common law, est « le prix indiqué au contrat »¹⁵. Ce n'est pas la même chose que la valeur du contrat telle qu'elle a été publiée, qui constitue simplement une estimation publiée par une institution fédérale sur le site Web officiel du gouvernement en matière d'appel d'offres (achatsetventes.gc.ca) conformément aux accords commerciaux. Il ne s'agit pas d'un engagement qui lie en droit le gouvernement et l'adjudicataire du contrat ou toute autre personne. Pareil engagement se trouve exclusivement dans la DP et dans tout contrat subséquent.

44. En l'espèce, la DP prévoyait expressément que le gouvernement n'était pas obligé d'attribuer un volume de travail supérieur à la valeur minimale du contrat. Contrairement aux observations de MKTG, les clauses relatives à la valeur minimale du contrat sont pertinentes. Elles sont essentielles à la formation du contrat A dans le contexte des marchés publics en établissant la valeur des travaux faisant l'objet de la soumission. En fait, ce sont les modalités de la DP et ses documents connexes (modifications, questions et réponses, etc.) qui définissent la portée de l'attente des parties. Les renseignements privés sur lesquels s'est fondée MKTG pour fixer le prix de sa soumission, soit ses revenus et ses coûts antérieurs, ne font pas partie du contrat A ou du contrat B ni de l'attente des parties, et ne concernent qu'une seule partie.

45. Dans la décision *Oshkosh*, la distinction entre les « attentes des parties » au moment de la soumission et les « données courantes » concerne la question factuelle de l'évaluation d'une marge bénéficiaire raisonnable, et non la question juridique de la responsabilité aux termes de la DP. Les déclarations du Tribunal étaient fondées sur l'observation selon laquelle la preuve concernant les attentes d'une partie avant la date de clôture des soumissions (relativement, par exemple, aux analyses préparées au moment de la soumission pour calculer le prix de la soumission et la marge bénéficiaire prévue)¹⁶ peut être plus authentique et objective que les données courantes (préparées à des fins judiciaires longtemps après la période de soumission dans le cadre d'un examen relatif à l'indemnisation) appliquées à des hypothèses sur la manière dont la partie plaignante aurait exécuté le contrat si celui-ci lui avait été adjugé¹⁷.

46. Les arguments de MKTG concernant la différence entre les volumes antérieurs et actuels de l'ARC (ou les volumes des ministères dans le cadre d'autres marchés) ne sont pas non plus pertinents. Pour la même raison énoncée dans la décision *Oshkosh* que le Tribunal ne tente pas de prévoir la valeur des options ou d'autres travaux futurs, il n'enquête pas non plus sur la raison pour laquelle le volume actuel de travail acquis diffère des volumes acquis dans le cadre de contrats antérieurs. L'exercice tiendrait entièrement de la conjecture et nécessiterait une enquête sur les pratiques de gestion des contrats des institutions fédérales. Une telle enquête ne fait probablement pas partie de la compétence du Tribunal et, quoi qu'il en soit, va bien au-delà du mandat tel qu'il a été prévu par le législateur, soit d'instruire et de trancher des litiges avec célérité à titre d'adjudicateur quasi judiciaire. Comme le Tribunal l'a expliqué dans la décision *Oshkosh*, ses procédures et recours judiciaires offrent un complément à ceux déjà prévus en common law relativement à des actions pour marché public vicié fondées sur le droit des contrats, et non à faire double emploi avec ceux-ci. Si un fournisseur veut obtenir une indemnité sur la foi d'autre chose que les travaux réellement acquis par le gouvernement, il doit la demander, s'il le peut, auprès d'une autre instance.

47. À l'onglet 8 de ses observations, l'ARC a présenté un tableau sommaire démontrant (pour la période du 16 octobre 2016 au 31 janvier 2018) le nombre de mots (selon le tarif majoré, régulier ou urgent) commandé par l'ARC pour les services de traduction et de révision chaque mois, et les revenus que MKTG aurait réalisés en fonction des prix indiqués dans sa soumission. Les revenus pour la période totale, après

15. *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58 (CanLII) au par. 73.

16. Voir par exemple *Rockwell Collins Canada Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (28 mai 2018), PR-2017-006 (TCCE) [*Rockwell Collins*] aux par. 41-42.

17. *Oshkosh* au par. 143.

impôts, totalisent ██████████ \$¹⁸ ou ██████████ \$ par mois¹⁹. Le Tribunal estime qu'il s'agit de la somme qui correspond aux revenus que MKTG a perdus dans le cadre du contrat actuel, jusqu'au 31 janvier 2018. Le Tribunal convient avec l'ARC que les revenus peuvent être calculés pour les mois suivant janvier 2018 jusqu'à la date où un nouveau contrat sera adjudgé en répétant le calcul au moyen des données mensuelles de CLS relatives au compte de mots multipliées par le tarif indiqué dans la soumission de MKTG.

Question B : méthode fondée sur les revenus moins les dépenses, sur les marges bénéficiaires observées dans l'industrie ou l'entreprise, ou sur un critère correspondant à une marge bénéficiaire raisonnable

Position des parties

48. MKTG soutient que le Tribunal doit adopter la méthode fondée sur les revenus moins les dépenses pour calculer la perte de profit. Selon MKTG, le Tribunal dispose d'une preuve crédible et concrète des coûts sous la forme de son expérience à titre de titulaire, pendant plusieurs années, d'un contrat précédent avec l'ARC pour des services de traduction. Par conséquent, il est inutile de se fonder sur des données plus généralisées et de haut niveau comme la rentabilité globale de l'entreprise ou de l'industrie, ou de recourir à un critère correspondant à une marge bénéficiaire raisonnable.

49. L'ARC s'oppose à la méthode de calcul fondée sur les revenus moins les dépenses, au motif que les parties ne s'entendent pas sur les éléments de coût en particulier qui doivent être correctement attribués au contrat de l'ARC s'il avait été adjudgé à MKTG, et que cette façon de faire mènerait au genre d'enquêtes interminables et improductives évitées par le Tribunal dans la décision *Oshkosh*. L'ARC propose plutôt que le Tribunal reconnaisse une marge bénéficiaire nette de ██████████ p. 100 basée sur un rapport d'Industrie Canada publié en 2006 portant sur la rentabilité de l'industrie canadienne de la traduction et la rentabilité globale de MKTG fondée sur ses états financiers pour la période de 2012 à 2017.

50. En réponse, MKTG allègue que, dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a reconnu que la méthode fondée sur les revenus moins les dépenses demeure le cadre type pour évaluer le montant de l'indemnité et que l'on peut y déroger uniquement lorsque la preuve et les observations nécessaires pour effectuer un tel calcul sont inaccessibles ou inapplicables. En l'espèce, en revanche, MKTG a été le titulaire du contrat pendant plusieurs années et possède les données nécessaires pour estimer de manière objective et pratique quelles auraient été ses dépenses si le contrat lui avait été adjudgé.

51. MKTG soutient que, si le Tribunal choisit de recourir à un critère correspondant à une marge bénéficiaire raisonnable, la marge appropriée est de ██████████ p. 100, et non de ██████████ p. 100. MKTG affirme que le point de référence de 10 p. 100 utilisé dans la décision *Oshkosh* concernait des biens, et non des services spécialisés. MKTG a un niveau de productivité supérieur à la moyenne en raison de ses investissements dans la technologie et parce que son entreprise et ses employés comptent 12 ans d'expérience. Le rapport d'Industrie Canada invoqué par l'ARC est désuet. Enfin, MKTG soutient qu'il serait erroné de se fonder sur ses états financiers puisqu'ils reflètent d'autres contrats et d'autres coûts, y compris des décisions portant sur la planification fiscale, des dons de bienfaisance et la rémunération des cadres supérieurs, qui n'ont aucun rapport avec l'espèce.

18. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, p. 6 et onglet 8, vol. 4A.

19. Somme divisée par 15,5 mois (période du 16 octobre 2016 au 31 janvier 2018).

Analyse

52. La décision *Oshkosh* n'affirme pas que la preuve de la perte de profit liée aux travaux effectivement commandés doit être écartée. Elle indique seulement que d'autres éléments de preuve peuvent être utiles pour compléter ou vérifier une telle preuve et, si nécessaire, peuvent servir de substitut lorsque cette première preuve n'est pas facilement accessible, crédible ou étayée. L'indemnité pour perte de profit demeure, en premier lieu, fondée sur les profits attendus relativement au contrat en cause tel qu'il est régi par les modalités des documents de l'appel d'offres. En droit, rien ne permet au Tribunal de calculer, lorsqu'une meilleure preuve est raisonnablement accessible, le montant de l'indemnité uniquement en fonction de la rentabilité globale de l'entreprise de la partie plaignante, laquelle est attribuable à une multitude de facteurs qui n'ont absolument aucun lien avec la procédure de passation du marché public en litige. En effet, cela priverait les fournisseurs potentiels dont la rentabilité globale de l'entreprise est faible ou nulle d'obtenir la réparation pécuniaire appropriée lorsque la procédure de passation d'un marché public a été menée en violation des accords commerciaux.

53. En outre, la décision concernant la méthode de calcul à adopter n'est pas strictement binaire. Même lorsqu'il choisit la méthode fondée sur les revenus moins les dépenses pour estimer la perte de profit, le Tribunal tient également compte des éléments de preuve plus généraux dont il est question dans la décision *Oshkosh* pour évaluer le bien-fondé de la marge bénéficiaire en résultant, puisqu'un chiffre très élevé ou très faible peut donner à penser que la méthode de calcul fondée sur les revenus moins les dépenses n'est pas fiable²⁰.

54. Dans le cas qui nous occupe, la pertinence et l'utilité des données sur les coûts sont élevées puisque celles-ci sont disponibles pour plusieurs années grâce aux dossiers bien tenus de MKTG à titre de fournisseur de services de traduction pour l'ARC. De plus, à l'exception des coûts de la main-d'œuvre, l'analyse proposée par MKTG est valide puisqu'elle estime les dépenses en répartissant les dépenses antérieures globales de l'entreprise au prorata en fonction de la proportion de revenus attribuable durant ces périodes au travail de l'ARC, qui est relativement stable d'année en année.

55. Là où l'analyse de MKTG échoue, toutefois, est dans son estimation des coûts de la main-d'œuvre si elle avait obtenu le contrat avec l'ARC. L'estimation fournie pour les coûts de la main-d'œuvre (qui, [REDACTED])²¹, consiste en une analyse de la capacité dans laquelle des membres non identifiés du personnel de MKTG ont désigné des employés qui auraient été affectés au contrat avec l'ARC, et ont ensuite assigné un pourcentage d'affectation à chaque ressource, indiquant combien d'heures (et d'argent) celles-ci consacraient au travail de l'ARC. La propriétaire de MKTG a ensuite examiné l'analyse de la capacité et a modifié les pourcentages d'affectation au besoin sur la foi de son expérience et de son opinion.

56. Le Tribunal estime que cette méthode est obscure et a donc fait parvenir la demande suivante à MKTG dans une lettre datée du 10 mai 2018 :

Veuillez expliquer en détail la méthode utilisée par MKTG pour calculer l'estimation du pourcentage d'heures de travail que les membres nommés du personnel auraient consacré au contrat conclu avec l'ARC, qui figure à la pièce 1 de la déclaration sous serment de David Mirsky en date du 6 mars 2018. Cette explication devrait fournir plus de détail que ce qui se trouve dans la déclaration sous serment de Masha Krupp en date du 6 mars 2018.

[Traduction]

20. *Oshkosh* au par. 148; *Rockwell Collins* au par. 48.

21. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, onglets 14-18, vol. 4A.

57. Dans une déclaration sous serment supplémentaire, la propriétaire de MKTG a affirmé que les pourcentages qu'elle a attribués étaient fondés sur ses nombreuses années d'expérience dans l'industrie de la traduction et sur le travail qu'elle a effectué dans le cadre de son contrat précédent avec l'ARC. Elle a attribué un pourcentage à chaque employé en fonction des quatre grands domaines de spécialité de l'ARC, des champs de compétence de ses traducteurs, et d'un nombre minimal anticipé de deux millions de mots à traduire par mois²². Elle a également affirmé que son attribution fondée sur le compte de mots anticipé lui a permis de déterminer les coûts de la main-d'œuvre qui ont servi de fondement à son prix par mot et que, étant donné que les volumes antérieurs correspondaient à la valeur du contrat telle qu'elle avait été publiée, elle était d'avis que ses hypothèses étaient raisonnables²³.

58. Le Tribunal ne remet pas en question que l'estimation des coûts de la main-d'œuvre établie par la propriétaire de MKTG a été faite de bonne foi. Toutefois, son estimation n'est pas fondée sur une méthode qui est transparente, reproductible ou vérifiable. Elle consiste en une tentative d'estimer les coûts de la main-d'œuvre le plus précisément possible, mais sans se fonder sur des éléments de preuve, des données ou des documents indépendants et quantifiables.

59. MKTG aurait pu produire la preuve du compte de mots moyen par employé et ensuite étayer son analyse de la capacité au moyen d'une méthode qui lie le compte de mots moyen par employé au compte de mots par mois commandé par l'ARC. Cela ne nécessitait pas de consultations d'experts ou de données approfondies. Même un calcul approximatif raisonnable aurait renforcé la fiabilité de l'analyse de la capacité²⁴. Or, MKTG n'a fourni aucune preuve créée au moment de la soumission pour démontrer comment elle a estimé ses coûts et sa rentabilité prévue pour établir ses prix. Pour le Tribunal, ce genre de preuve courante est le plus utile en raison de son authenticité²⁵.

60. En outre, l'analyse de la capacité diverge de la propre méthode privilégiée par MKTG pour calculer les autres coûts, dans laquelle, plus simplement, elle 1) relève les coûts provenant (apparemment)²⁶ des registres des dépenses actuelles figurant dans ses livres comptables et 2) les répartit en fonction du ratio entre les revenus de MKTG découlant du contrat conclu précédemment avec l'ARC et ses revenus totaux pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2016 (la dernière année où MKTG a travaillé dans le cadre du contrat qu'elle a conclu avec l'ARC).

61. MKTG n'a initialement pas expliqué pourquoi elle a adopté une méthode différente pour estimer les coûts de la main-d'œuvre par rapport aux autres types de coûts. Lorsqu'on lui a demandé, MKTG a affirmé que les coûts de la main-d'œuvre doivent être traités différemment parce qu'ils sont plus importants et plus complexes; par conséquent, le Tribunal devrait s'en remettre à l'analyse de la capacité préparée par MKTG, qui représente une équipe conforme à la soumission de MKTG. Toutefois, MKTG n'a présenté aucun élément de preuve courante pour démontrer que l'équipe dont elle s'est servie dans son analyse de la capacité était en fait l'équipe dont elle s'était aussi servie pour déterminer le prix de sa soumission. En outre, la propriétaire de MKTG reconnaît dans sa propre déclaration sous serment supplémentaire que les coûts de la main-d'œuvre auraient diminué « proportionnellement à la diminution du volume de travail » [traduction]

22. Déclaration sous serment supplémentaire de Masha Krupp, en date du 4 juin 2018, aux par. 5-8, vol. 4B.

23. *Ibid.* au par. 9.

24. Voir par exemple le tableau à la pièce A (protégée) de la déclaration sous serment de Masha Krupp en date du 1^{er} mai 2018, vol. 4B, démontrant la productivité de ses meilleurs traducteurs par compte de mots.

25. Voir *Rockwell Collins* au par. 48.

26. Le Tribunal a demandé la source des dépenses non liées à la main-d'œuvre de MKTG figurant dans ses deux demandes de renseignements, mais les réponses de MKTG n'étaient pas claires. Il semble que le comptable de MKTG a obtenu les articles de dépenses mensuelles à partir des registres comptables de MKTG, c'est-à-dire que ces chiffres correspondent aux dépenses mensuelles courantes, et non antérieures.

(comme le démontre le compte de mots attribué à CLS par opposition au compte de mots antérieur)²⁷. En effet, sa prétention selon laquelle elle a minimisé les coûts de sa perte en faisant des mises à pied et du recyclage professionnel corrobore le fait que MKTG avait la souplesse de réduire proportionnellement les coûts de la main-d'œuvre selon ce qui est nécessaire pour pallier une baisse du volume de travail. Qui plus est, dans l'analyse de la capacité, les coûts de la main-d'œuvre sont sensiblement inférieurs à ceux reflétés dans les états financiers antérieurs pour la période pendant laquelle MKTG était titulaire du contrat avec l'ARC.

62. Selon les propres calculs de MKTG, durant l'exercice financier qui s'est terminé le 31 mars 2016, █ p. 100 de ses revenus provenaient du contrat qu'elle avait précédemment conclu avec l'ARC²⁸. Dans sa lettre du 10 mai 2018, le Tribunal a demandé à MKTG de lui fournir une estimation révisée des dépenses qu'aurait engagées MKTG si elle avait obtenu le contrat actuel avec l'ARC en se fondant sur le travail effectué par CLS en nombre de mots. Comme nous l'avons déjà dit, le volume de mots de CLS représente environ un tiers²⁹ de moins que le volume antérieur de MKTG – ainsi, on s'attendrait à ce que le pourcentage des revenus diminue, passant de █ p. 100 à environ █ p. 100³⁰. En comparant les revenus qu'aurait réalisés MKTG dans le cadre du contrat actuel avec l'ARC au cours du dernier exercice financier (provisoire) pour la période du 1^{er} avril 2017 au 31 janvier 2018, le comptable de MKTG estime qu'ils correspondraient à █ p. 100 des revenus totaux de MKTG. Selon ce calcul, il soutient qu'il est raisonnable d'estimer que MKTG aurait engagé █ p. 100 de ses dépenses actuelles si elle avait obtenu le contrat avec l'ARC³¹.

63. Par conséquent, le Tribunal estime que █ p. 100 est un point de référence raisonnable pour estimer *toutes* les dépenses de MKTG dans le cadre du contrat actuel avec l'ARC.

64. En ce qui concerne la source des coûts de la main-d'œuvre et d'autres types de coûts auxquels ce point de référence de █ p. 100 sera appliqué, il semble que MKTG, comme nous l'avons déjà mentionné, a fondé son analyse sur ses dépenses courantes plutôt qu'antérieures. Le Tribunal estime que les dépenses antérieures telles qu'elles sont reflétées dans les états financiers conviennent davantage puisqu'elles correspondent aux dépenses que MKTG a engagées en exécution du contrat qu'elle avait précédemment conclu avec l'ARC. Les dépenses engagées actuellement, en l'absence d'un contrat avec l'ARC, sont moins représentatives.

65. En réponse à la demande de renseignements du Tribunal, MKTG a fait valoir que le Tribunal doit se fonder uniquement sur les dépenses de main-d'œuvre et celles non liées à la main-d'œuvre engagées au cours des trois dernières années durant lesquelles MKTG était titulaire du contrat; or, le Tribunal estime qu'il convient davantage de se fonder sur les cinq derniers exercices financiers pour éviter toute variation non représentative qu'il peut y avoir d'une année à l'autre.

66. Par conséquent, le Tribunal estime que les dépenses de main-d'œuvre et celles non liées à la main-d'œuvre qu'il convient de répartir au prorata sont les moyennes de ces dépenses au cours des cinq dernières années durant lesquelles MKTG a exécuté son contrat avec l'ARC, tirées des états financiers de MKTG pour les exercices financiers de 2012 à 2016.

27. Déclaration sous serment supplémentaire de Masha Krupp en date du 4 juin 2018, au par. 19, vol. 4B.

28. Observations confidentielles de MKTG déposées le 6 mars 2018, à la p. 15, vol. 4A.

29. Déclaration sous serment supplémentaire de Masha Krupp en date du 19 juin 2018, au par. 16, vol. 4B.

30. Déclaration sous serment supplémentaire de Masha Krupp en date du 4 juin 2018, au par. 16, vol. 4B.

31. Déclaration sous serment supplémentaire de David Mirsky en date du 4 juin 2018, aux par. 5-6, vol. 4B (estimation de █ p. 100); et observations confidentielles de MKTG déposées le 13 juillet 2018, à la p. 4 et pièce B, vol. 4B (mettant à jour l'estimation initiale à █ p. 100).

Question C : coûts à déduirePosition des parties

67. L'ARC soutient que, conformément à la décision *Oshkosh*, le Tribunal doit déduire tant les frais fixes que les frais variables pertinents.

68. MKTG soutient que la décision *Oshkosh* est erronée et que le Tribunal ne doit pas déduire les frais fixes non différentiels des revenus pour calculer la perte de profit.

Analyse

69. Dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a conclu que l'indemnité devait être basée sur « le revenu net, plutôt que la marge brute, car ce résultat tient compte d'une déduction appropriée des frais (généraux) fixes [...] raisonnablement attribués au contrat »³².

166. D'abord et avant tout, il s'agit de la marge bénéficiaire retenue par Oshkosh elle-même pour préparer sa proposition en réponse à la DP – et donc la marge qui est directement liée à la soumission, à la concurrence, ainsi qu'aux attentes de l'entreprise. Deuxièmement, la plaignante ne peut réellement exécuter le contrat sans devoir assumer au moins une part de frais généraux, que ces coûts soient différentiels ou non – tout comme elle ne peut devenir le soumissionnaire retenu sans assumer certains frais de préparation d'une soumission. Rien ne permet de justifier qu'une part de ces frais généraux (et la totalité des frais de présentation d'une soumission, d'autant plus qu'une clause de la DP exclut la possibilité de recouvrer ces frais) ne puisse être attribuée aux contrats subséquents. Oshkosh ne prétend pas que tous ses frais généraux sont déjà imputés à d'autres travaux – auquel cas certains coûts différentiels supplémentaires devraient être pris en compte de toute façon. Néanmoins, les pratiques d'indemnisation du Tribunal ne devraient pas faire en sorte que le gouvernement offre implicitement une somme exagérée aux entrepreneurs au regard des frais généraux : en tenant compte de chaque contrat comme un élément différentiel, tous les contrats deviennent différentiels, et aucun ne peut faire l'objet d'une déduction pour frais généraux (selon une allocation raisonnable).

167. Troisièmement, il est vrai que le Tribunal a admis l'exclusion des frais fixes non différentiels par le passé, mais il reprenait alors par défaut la méthode retenue en common law pour le calcul des dommages. Depuis les affaires *Envoy* et *Almon*, toutefois, la Cour fédérale a clairement établi que le Tribunal ne devait pas adopter aveuglément les restrictions imposées en common law. Quatrièmement, même suivant son ancienne façon de faire, le Tribunal reconnaissait qu'il pouvait y avoir des exceptions « dans le cas où un contrat occasionne une forte croissance des revenus, [ce qui fait que] les frais généraux augmentent inévitablement, du moins en ce qui concerne les coûts marginaux, et doivent donc être déduits en conséquence ». La DP concernait des revenus totalisant près d'un milliard de dollars sur 20 ans – il est peu probable qu'il n'y aurait eu aucune hausse marginale des frais généraux en conséquence. Cinquièmement, par le passé, si l'on fait exception des affaires dans lesquelles la plaignante serait autrement retrouvée avec une indemnité nulle, le Tribunal a déduit à la fois les coûts directs et indirects du revenu brut pour calculer la perte de profits, y compris les frais de préparation de la soumission et une portion allouée des frais généraux.

70. La décision *Oshkosh* repose sur un historique solide. En particulier, dans la décision *Antian Professional Services Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, le Tribunal a conclu que « la formule suivante est une formule raisonnable qu'il utiliserait typiquement pour calculer les marges bénéficiaires de fournisseurs de services [...] : recettes du contrat moins les coûts directs du contrat

32. *Oshkosh* au par. 165.

(par exemple fournitures, personnel) moins une part proportionnelle des autres coûts, y compris les coûts de la main-d'œuvre indirecte et les frais généraux totaux, selon les recettes »³³.

71. Le Tribunal ne voit aucune raison de déroger aux décisions *Oshkosh* ou *Antian* en l'espèce. Dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a conclu que le calcul de la perte de profit devait comprendre une déduction appropriée des dépenses nécessaires pour exécuter le contrat. Celles-ci comprennent, par définition, les frais qui doivent être encourus par l'entreprise pour pouvoir exécuter les travaux aux termes du contrat en cause, même s'ils ne sont pas attribuables à ce contrat en particulier. Toutefois, la portée et l'ampleur des déductions pour de tels frais non différentiels varieront selon la nature des biens ou des services achetés et du type de renseignements fournis à l'étape de la détermination de l'indemnité.

72. Les frais qu'il convient de déduire en l'espèce selon le Tribunal sont analysés ci-dessous.

a. Les coûts de la main-d'œuvre

– Position des parties

73. Les coûts de la main-d'œuvre s'entendent des coûts associés aux traducteurs, aux réviseurs, à la gestion et au personnel de soutien requis pour exécuter le contrat, que MKTG a établis au moyen de son analyse de la capacité dont il a été question ci-dessus.

74. L'ARC conteste l'analyse de la capacité, qui n'est pas suffisamment étayée selon elle, pour les motifs exposés précédemment par le Tribunal. Elle soutient que le Tribunal doit plutôt se fonder sur les états financiers, qui détaillent les dépenses associées à la main-d'œuvre dans les catégories « [REDACTÉ] » et « [REDACTÉ] » sous la rubrique « [REDACTÉ] », ainsi que « [REDACTÉ] » et « [REDACTÉ] » sous la rubrique « [REDACTÉ] ».³⁴

75. MKTG répond que les états financiers ne sont pas aussi fiables que son analyse de la capacité parce qu'ils font état de dépenses qui n'ont aucun rapport avec le contrat qu'elle avait conclu avec l'ARC.

– Analyse

76. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que l'analyse de la capacité préparée par le personnel et la propriétaire de MKTG n'est pas fiable ni vérifiable. En l'absence de toute autre preuve relative aux coûts de la main-d'œuvre, il s'appuiera donc sur les catégories de coûts qui figurent dans les états financiers antérieurs de MKTG pour les exercices de 2012 à 2016.

77. Chacun des états financiers comporte une page intitulée « [REDACTÉ] », qui comprend des lignes (du haut vers le bas de la page) pour les éléments suivants : « [REDACTÉ] », « [REDACTÉ] », « [REDACTÉ] », « [REDACTÉ] », « [REDACTÉ] », etc.

78. Les lignes qui présentent un intérêt pour l'examen du Tribunal sont les « [REDACTÉ] » et les « [REDACTÉ] »³⁵. En ce qui concerne les coûts de la main-d'œuvre, les premières

33. (15 août 2007), PR-2006-024 (TCCE) [*Antian*] au par. 17.

34. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, à la p. 15 et à la note 33, vol. 4A.

35. S'agissant de l'état financier de l'exercice de 2016, le deuxième groupe de dépenses est simplement nommé « [REDACTÉ] ».

comprennent des catégories pour la « [REDACTED] » et les « [REDACTED] », et les dernières comprennent des catégories pour les « [REDACTED] » et les « [REDACTED] ».

79. La DP indique expressément qu'il est interdit de sous-traiter tout ou partie des travaux exécutés aux termes du contrat³⁶. Par conséquent, MKTG n'aurait pas pu sous-traiter une partie des travaux de l'ARC et, en conséquence, n'aurait pas pu engager des dépenses dans cette catégorie. En période de fort volume, MKTG avait l'habitude de [REDACTED]. Toutefois, [REDACTED]. Par conséquent, le Tribunal estime que les dépenses de sous-traitance ne doivent pas être déduites lors du calcul de la perte d'opportunité de MKTG.

80. MKTG ne conteste pas que la catégorie « [REDACTED] » contient des renseignements pertinents sur les coûts de la main-d'œuvre. MKTG ne conteste pas non plus les « [REDACTED] » et les « [REDACTED] » en soi – par exemple, son analyse de la capacité comprend [REDACTED]

37.

38.

81. Le Tribunal n'est pas convaincu qu'il doit traiter [REDACTED]. Premièrement, MKTG a elle-même admis que certains de ces coûts sont des coûts de main-d'œuvre, même s'ils se trouvent dans les états financiers sous la rubrique « [REDACTED] ». Deuxièmement, bien que MKTG affirme à juste titre que ce ne sont pas tous ces coûts qui sont attribuables au contrat qu'elle avait précédemment conclu avec l'ARC, certains le sont. MKTG a elle-même indiqué que le point de référence de [REDACTED] p. 100 des dépenses totales attribuables au contrat antérieur avec l'ARC est raisonnable. Le fait que les [REDACTED] puissent avoir été liés à des [REDACTED] n'a aucune importance, puisque la partie plaignante cherche à obtenir une indemnité à titre d'entreprise, et non à titre individuel. Par conséquent, rien ne justifie que le point de référence utilisé pour les autres dépenses ne soit pas également raisonnable pour la rémunération [REDACTED].

82. Si l'on se fonde sur la moyenne des chiffres figurant dans les états financiers pour les années se terminant le 31 mars, de 2012 à 2016, les coûts totaux associés à la main-d'œuvre de MKTG étaient les suivants :

[REDACTED] :	[REDACTED] \$
[REDACTED] :	[REDACTED] \$
[REDACTED] :	[REDACTED] \$
Sous-total :	[REDACTED] \$
Point de référence raisonnable de l'ARC ([REDACTED] p. 100) :	[REDACTED] \$

36. Pièce PR-2016-043-01 à la p. 34 (modification n° 1 de l'invitation à soumissionner, Q7), vol. 1.

37. Observations confidentielles de MKTG déposées le 6 mars 2018, annexe C, déclaration sous serment de David Mirsky en date du 6 mars 2018, au par. 11 et à la pièce 1, vol. 4A.

38. Observations confidentielles en réponse de MKTG déposées le 1^{er} mai 2018, aux p. 9, 14-15, vol. 4B.

83. Par conséquent, le Tribunal conclut que les coûts de la main-d'œuvre attribuables au contrat avec l'ARC, si MKTG l'avait obtenu, totaliseraient [REDACTED] \$ par année ou [REDACTED] \$ par mois.

b. Les coûts associés à la technologie

84. En ce qui concerne les coûts associés à la technologie, la DP exigeait deux solutions de commerce électronique : l'inscription au réseau de fournisseurs Ariba et au tunnel Synergy.

85. MKTG a initialement indiqué (sans élément à l'appui) que le réseau Ariba, un service d'achat et de facturation électroniques, coûtait approximativement [REDACTED] \$ par année³⁹. Elle a plus tard revu ce chiffre à la baisse à [REDACTED] \$ par année et a fourni des factures de 2015 et 2017 démontrant des frais de [REDACTED] \$ et de [REDACTED] \$ respectivement⁴⁰.

86. MKTG a affirmé que le tunnel Synergy, un service spécial de connexion Internet protégée offert par Telus, coûtait [REDACTED] \$ par année ([REDACTED] \$ par mois), montant qui est étayé par un exemplaire de son entente avec Telus de 2015-2016⁴¹.

87. L'ARC n'a pas contesté la validité ou le montant de ces coûts.

88. Les frais d'inscription à Ariba différaient apparemment d'une année à l'autre, possiblement en fonction du nombre de transactions envoyées au moyen du système⁴². La documentation déposée par MKTG correspond à un coût moyen de [REDACTED] \$ par année durant la période où MKTG était titulaire du contrat précédent. Compte tenu de la preuve à l'appui et de l'absence d'opposition, le Tribunal estime que les frais de [REDACTED] \$ par année ([REDACTED] \$ par mois) sont raisonnables. Pour les mêmes motifs, le Tribunal estime que les frais de [REDACTED] \$ par année ([REDACTED] \$ par mois) pour le tunnel Synergy sont raisonnables.

89. Par conséquent, le Tribunal estime que les coûts directs associés à la technologie totalisent [REDACTED] \$ par mois⁴³.

c. Autres coûts

– Position des parties

90. Hormis les « [REDACTED] » et les « [REDACTED] » dont il a été question précédemment, les états financiers de MKTG font état des catégories suivantes sous la rubrique « [REDACTED] »⁴⁴ :

- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;

39. Déclaration sous serment de Masha Krupp en date du 6 mars 2018, au par. 7, vol. 3B.

40. Observations confidentielles de MKTG déposées le 13 juillet 2018, à la p. 6 et aux pièces D-2 et D-3, vol. 4B.

41. *Ibid.* à la p. 6 et à la pièce E.

42. *Ibid.* à la p. 6 et à la pièce D-4.

43. Ces coûts sont les seuls qui ne sont pas assujettis au point de référence de [REDACTED] p. 100, parce qu'ils étaient requis aux termes du contrat précédent avec l'ARC et nous dispositions de leur montant exact.

44. Il s'agit des catégories énumérées dans les états financiers de l'exercice de 2016. Les états financiers pour les autres années sont essentiellement les mêmes, quoique la formulation est quelque peu différente.

- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] »;
- « [REDACTED] ».

91. MKTG affirme que seules les dépenses suivantes sont liées à son contrat précédent avec l'ARC :
[REDACTED]

92. Si le Tribunal refuse d'adopter sa proposition de recourir à un simple taux de référence pour déterminer la perte de profit, l'ARC soutient que, en plus de ce qui précède, le Tribunal doit inclure le loyer, l'amortissement des immobilisations corporelles, les assurances et les services publics.

93. MKTG s'oppose à l'ajout de ces déductions. Elle soutient qu'elle a signé son bail bien avant d'obtenir son premier contrat avec l'ARC; elle s'est engagée à respecter une période de location qui excède la durée du contrat en cause; la DP ne comportait aucune exigence concernant la taille des installations et rien dans son bail n'assigne une partie de ses locaux au contrat avec l'ARC. Par conséquent, la perte du contrat avec l'ARC n'a eu aucune incidence sur le loyer et ce dernier ne doit pas être inclus. L'amortissement est une dépense hors caisse qui n'est généralement pas incluse dans le BAIIA (bénéfice avant intérêts, impôts et amortissements). L'ARC n'a pas exigé que MKTG souscrive une assurance, obtienne une accréditation ou facture des honoraires professionnels. Les dépenses relevant du domaine privé, comme les frais de repas et de représentation ou les frais de publicité, de promotion et de déplacements, n'étaient pas non plus nécessaires.

– Analyse

94. Le Tribunal estime que MKTG a bien déterminé les coûts qui auraient été nécessaires pour exécuter le contrat actuel avec l'ARC.

95. En ce qui concerne le loyer, la DP exigeait que le fournisseur dispose d'installations de travail qui répondaient à certaines exigences de sécurité et autres⁴⁵. Toutefois, elle ne précisait pas les particularités, donc le lien entre les exigences de la DP et le montant du loyer payé par les fournisseurs est faible. Pour le bail de MKTG en particulier, rien ne démontre qu'il a été choisi en fonction du contrat actuel avec l'ARC ou que ce contrat a eu une incidence sur le bail.

96. L'amortissement des immobilisations corporelles s'applique aux dépenses déjà engagées et n'est donc pas touché par la perte du contrat avec l'ARC. Par conséquent, ces frais ne doivent pas être inclus.

97. La DP n'exigeait pas que MKTG souscrive une assurance. Par conséquent, elle ne doit pas être comprise dans le calcul.

98. En ce qui concerne les services publics, le contrat avec l'ARC exigeait que certains services de traduction soient remis d'urgence, mais cela ne signifie pas nécessairement qu'ils devaient être remis durant la nuit ou que le fournisseur soit disponible 24 heures par jour, sept jours par semaine. Dans les questions et réponses de la DP, l'ARC a décrit ainsi l'exigence en matière d'urgence : « Dans des situations exceptionnelles, l'entrepreneur peut être appelé à travailler après les heures de bureau, les fins de semaine ou un jour férié⁴⁶. » La DP indiquait expressément que ces circonstances sont « exceptionnelles ». Le Tribunal estime qu'une telle dépense exceptionnelle ne devrait pas être incluse pour des services publics facturés par le propriétaire à l'égard de travaux exécutés principalement dans le cadre d'autres contrats.

99. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les catégories de coûts additionnels qu'il convient d'ajouter sont les suivantes : [REDACTED] ([REDACTED] \$); [REDACTED] ([REDACTED] \$); [REDACTED] ([REDACTED] \$); [REDACTED] ([REDACTED] \$)⁴⁷; [REDACTED] ([REDACTED] \$)⁴⁸. Lorsqu'ils sont réduits à p. 100 pour tenir compte du point de référence du contrat avec l'ARC, ces coûts totalisent [REDACTED] \$ par année ou [REDACTED] \$ par mois.

Conclusion concernant la marge bénéficiaire

100. Conformément aux conclusions qui précèdent, le Tribunal conclut que la marge bénéficiaire mensuelle sur le contrat actuel avec l'ARC pour MKTG doit être calculée comme suit :

45. Pièce PR-2016-041-01, pièce 1, modification n° 2 de l'invitation à soumissionner à la p. R16 et pièce 3, article 7.7 « Exigences relatives à la sécurité », vol. 1.

46. Pièce PR-2016-041-01 à la p. 30, vol. 1.

47.

48.

[REDACTED] 55.

104. L'ARC allègue que le Tribunal a exclu une telle indemnité dans sa décision sur le bien-fondé de la plainte en concluant que MKTG devait être indemnisée pour sa perte d'opportunité en fonction du taux de profit qu'elle aurait réalisé divisé par le nombre de soumissionnaires ayant satisfait aux critères obligatoires. Ainsi, le Tribunal est désormais *functus officio*. L'ARC fait également valoir que MKTG a réalisé d'autres revenus en raison de ses efforts pour minimiser ses dommages-intérêts. Elle fait enfin valoir que les dépenses ne sont pas étayées.

105. En réponse, MKTG prétend que dans sa décision sur la plainte, le Tribunal n'a pas expressément inclus les dépenses pour limiter ses dommages-intérêts, mais ne les a pas exclues non plus. Toutefois, ces dépenses découlent implicitement de l'analyse fondée sur l'« absence hypothétique » et de l'obligation de minimiser raisonnablement les dépenses dont il est question dans les *Lignes directrices*. MKTG reconnaît que le montant total de l'indemnité pour ses dépenses relatives à la minimisation des dommages-intérêts doit être divisé par le dénominateur choisi par le Tribunal pour perte d'opportunité.

106. Dans sa lettre du 10 mai 2018, le Tribunal a demandé d'autres détails à MKTG concernant son indemnité pour les dépenses relatives à la minimisation, y compris le fondement juridique des indemnités, le nombre de mois de préavis ou de départ que représentaient ces indemnités et la question de savoir si MKTG aurait pu éviter ces indemnités en fournissant des avis de cessation d'emploi à ses employés avant les résultats de la DP.

107. Dans sa déclaration sous serment supplémentaire du 4 juin 2018, qui a ensuite été déposée de nouveau sous une forme révisée le 19 juin 2018, M^{me} Krupp a fourni davantage de détails. [REDACTED]

[REDACTED]. Le contrat subséquent exigeait que MKTG dispose d'un nombre minimal de traducteurs, de réviseurs et un gestionnaire de clients sur place, ayant les cotes de sécurité appropriées avant l'adjudication du contrat. [REDACTED]

108. [REDACTED]

[REDACTED] 56.

[REDACTED] \$⁵⁷.

109. L'ARC répond que, selon la pièce 2 de la déclaration sous serment supplémentaire de M^{me} Krupp, il semble qu'elle soit la seule employée de MKTG puisque le document ne montre que les retenues annuelles relatives au RPC et à l'AI pour elle. Elle objecte également que MKTG n'a pas joint les contrats de travail des employés pertinents pour étayer sa prétention. Pour ce qui est du recyclage, l'ARC objecte que les coûts administratifs internes de cette nature (perte du temps payé aux employés qui aurait pu servir à d'autres fins)

55. Observations publiques de MKTG déposées le 6 mars 2018, annexe A; déclaration sous serment de Masha Krupp en date du 6 mars 2018, aux par. 14-18, vol. 3B.

56. Déclaration sous serment supplémentaire confidentielle de Masha Krupp, en date du 19 juillet 2018, au par. 28, vol. 4B.

57. *Ibid.* au par. 31.

ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation puisqu'il ne s'agit pas d'une dépense réelle. L'ARC fait également valoir que les coûts de minimisation ne doivent être accordés que lorsque le Tribunal recommande le versement d'une indemnité pour perte de profit, et non pour perte d'opportunité, parce que dans ce dernier cas, la partie plaignante n'aurait peut-être pas obtenu le contrat et, en conséquence, n'aurait pas eu droit au remboursement des dépenses attribuables aux mises à pied et au recyclage.

Analyse

110. Le Tribunal conclut que MKTG doit recevoir une indemnité correspondant au tiers de ses dépenses réclamées de ██████ \$ pour les ██████ et de ██████ \$ pour le ██████.

111. Les *Lignes directrices* indiquent clairement que les parties plaignantes ont l'obligation de minimiser leurs pertes, afin que le gouvernement ne soit pas tenu responsable des dépenses qui auraient pu (et dû) être évitées⁵⁸. Cette obligation a pour corollaire que les parties plaignantes auront droit à une indemnité raisonnable pour les frais qu'elles ont encourus pour minimiser les dommages-intérêts. Ce principe a été reconnu par les tribunaux dans le cadre de la passation des marchés publics en common law⁵⁹. Il est compatible avec le rôle du Tribunal dans le contexte d'un examen de la procédure de passation des marchés fédéraux pour veiller à ce que les fournisseurs soient justement indemnisés lorsqu'il y a violation de leurs droits découlant des accords commerciaux⁶⁰. La raison pour laquelle MKTG n'a pas remis un avis de cessation d'emploi avant que les résultats de l'appel d'offres ne soient connus est raisonnable. Compte tenu des exigences particulières de cette DP (qui pourraient fort bien ne pas s'appliquer dans d'autres cas), MKTG aurait pris un risque déraisonnable en remettant à ses employés un avis de cessation d'emploi (dont le but est de leur donner du temps pour se trouver un nouvel emploi), puisque certains de ceux-ci, voire tous, seraient partis au moment où les résultats de la DP ont été dévoilés.

112. La plupart des arguments de l'ARC sont des interdictions légitimes, en théorie, au recouvrement des coûts de minimisation, mais ils ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce. En règle générale, la doctrine de *functus officio* signifie qu'un décideur ou un tribunal ne peut revenir sur sa décision définitive⁶¹. Dans sa décision sur la plainte, le Tribunal n'a pas indiqué si les coûts de minimisation seraient inclus dans le montant de l'indemnité d'une façon ou d'une autre. Les parties n'ont pas présenté d'arguments à ce sujet et cette question n'était pas en litige devant le Tribunal à ce moment-là. Le Tribunal n'a donc rendu aucune décision sur cette question et, par conséquent, la doctrine ne s'applique pas.

113. L'argument de l'ARC selon lequel MKTG a réalisé des revenus supplémentaires en tentant de minimiser ses pertes n'est pas étayé par les faits. MKTG a perdu de façon permanente les revenus associés à ██████ employés. Elle a dû en recycler ██████ autres afin de maximiser leur capacité à gagner un revenu, qui autrement serait perdue. Sans ces ██████ et ces coûts de ██████, ses pertes auraient été supérieures. Par conséquent, en tentant de minimiser ses pertes, elle a rempli ses obligations et a droit à une indemnisation pour couvrir ces coûts.

114. Pour ce qui est des éléments de preuve à l'appui, MKTG a déposé deux déclarations sous serment, y compris des pièces démontrant le salaire annuel de chaque employé ██████, leur nom, leur ancienneté et leur nombre total d'années de service, les semaines de paie tenant lieu de préavis, ainsi que le montant total des indemnités de préavis, de départ et de congé annuel. L'ARC n'a pas contesté le caractère

58. *Lignes directrices* à l'art. 3.2.3.

59. *618369 Alberta Ltd. v. Canadian Turbo (1993) Inc.*, 2004 ABQB 283 (CanLII) au par. 65.

60. *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, [2008] 1 RCF 291, 2007 CAF 176 (CanLII) au par. 29.

61. *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 RCS 848, 1989 CanLII 41 (CSC) à la p. 861.

raisonnable ou la crédibilité de ces éléments de preuve en contre-interrogatoire ou en renvoyant aux lois provinciales en matière de normes d'emploi – elle n'a pas non plus déposé une demande ou une requête en production de quelconques documents. Dans ces circonstances, il était raisonnable pour la partie plaignante de se fonder sur la preuve qu'elle avait présentée⁶².

115. Pour ce qui est de l'argument de l'ARC selon lequel M^{me} Krupp semblait la seule employée de MKTG puisque les retenues relatives au RPC et à l'AI n'apparaissent que pour elle dans la pièce 2 de sa déclaration sous serment supplémentaire du 4 juin 2018, il s'agissait d'une erreur d'écriture qui a été corrigée dans la déclaration sous serment révisée du 19 juin 2018. MKTG a demandé la permission de déposer la déclaration sous serment révisée, demande à laquelle l'ARC a consenti⁶³.

116. En ce qui concerne l'opposition à une indemnisation pour coûts administratifs internes, ce genre de coûts est manifestement recouvrable à titre de frais liés à la préparation de la soumission s'ils sont raisonnables et « reflètent les salaires réels ou les dépenses facturées et n'incluent pas les coûts d'opportunité »⁶⁴. Ils sont réclamés en l'espèce dans le cadre de l'indemnisation, mais il n'existe aucune raison de principe de les traiter différemment : l'autre option de MKTG, au lieu de recycler ses employés, aurait été de les licencier, ce qui aurait engendré des coûts de main-d'œuvre plus élevés pour couvrir les indemnités de départ et de préavis. Les montants réclamés ne sont pas élevés et sont fondés sur des salaires horaires et un temps total consacré raisonnables. Par conséquent, le Tribunal estime qu'ils devraient être compris dans le calcul du montant de l'indemnité.

117. Enfin, en ce qui concerne l'argument de l'ARC selon lequel les coûts de minimisation ne peuvent être accordés qu'en cas de perte de profit, et non en cas de perte d'opportunité, MKTG a reconnu que ces coûts seront divisés par le nombre de fournisseurs potentiels. Par conséquent, cette opposition n'est pas valide.

Question E : nombre de soumissionnaires potentiels pour calculer la perte d'opportunité

118. Comme nous l'avons indiqué précédemment, étant donné que MKTG a reçu une indemnité pour perte d'opportunité, sa perte de profit doit être divisée par le nombre de soumissionnaires conformes, pour tenir compte du fait qu'elle aurait pu obtenir ou non le contrat n'eût été les irrégularités.

Position des parties

119. MKTG soutient qu'elle était la seule soumissionnaire conforme ou, à titre subsidiaire, que seuls CLS et elle étaient conformes. Elle affirme que, par conséquent, le Tribunal doit recommander le versement d'une indemnité pour la totalité des profits perdus ou, à titre subsidiaire, une indemnité correspondant à 50 p. 100 de ses profits perdus.

120. MKTG allègue que CLS ne satisfaisait pas à l'exigence pour l'attribution du contrat d'avoir à son emploi le nombre obligatoire de traducteurs détenant la cote de sécurité de niveau secret; par conséquent, sa soumission n'était pas recevable. MKTG reconnaît qu'il existe une distinction entre les exigences de la DP et une exigence figurant dans le contrat B qui en découle (dans lequel figure cette condition préalable). MKTG reconnaît également que le Tribunal a déjà conclu que ce motif de plainte avait été déposé hors

62. *Rockwell Collins* au par. 42.

63. Lettre de MKTG adressée au Tribunal en date du 21 juin 2018, courriel en pièce jointe de D. Rasmussen à A. Tomkins en date du 15 juin 2018, Objet : MKTG concernant l'ARC – PR-2016-041, vol. 3D.

64. *BancTec (Canada) Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (10 juillet 2001), PR-2000-041 (TCCE) à la p. 2; *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* aux art. 3.5.1 et 3.6.1.

délais. Toutefois, elle allègue que pour déterminer le montant de l'indemnité, le Tribunal doit régler cette question directement sur le fond en vue de déterminer la probabilité de MKTG d'obtenir le contrat.

121. MKTG réitère la preuve sur laquelle elle s'est appuyée dans la décision sur le fond au soutien de sa position selon laquelle CLS ne satisfaisait pas, au moment de l'attribution du contrat, à l'exigence relative à la cote de sécurité. Elle fait observer que le paragraphe 6.1(2) de la DP autorise l'ARC à repousser la date d'attribution du contrat pour permettre au soumissionnaire d'acquiescer le nombre requis de traducteurs ayant la cote de sécurité de niveau secret. Toutefois, elle prétend qu'aucune prorogation n'a été accordée en l'espèce et qu'une telle prorogation aurait été interminable et irréalisable en raison du délai (de 12 à 18 mois) requis à une personne pour obtenir la cote de sécurité de niveau secret.

122. MKTG affirme que le fait que CLS a obtenu le contrat et qu'elle l'exécute de manière continue n'est pas pertinent; si elle ne répond pas aux conditions préalables à l'attribution du contrat, l'attribution et le travail exécuté sont illégaux. Compte tenu de ce qui précède, MKTG soutient que le Tribunal doit suivre le principe énoncé dans la décision *Oshkosh* selon lequel bien que le nombre de soumissionnaires conformes soit habituellement le bon dénominateur pour calculer la perte d'opportunité, « les parties sont libres de présenter tout autre élément qui pourrait, selon elles, aider le Tribunal à établir la probabilité qu'un soumissionnaire eût été retenu. Le but est de faire une évaluation probabiliste reposant sur la preuve et le bon sens. »⁶⁵

123. À titre subsidiaire, MKTG fait valoir que le Tribunal doit diviser la perte de profit par deux au motif qu'il a conclu dans sa décision que seuls deux soumissionnaires (CLS et MKTG) ont présenté des soumissions recevables.

124. L'ARC soutient quant à elle que le Tribunal doit diviser la perte de profit par trois au motif que le Tribunal a conclu dans sa décision que le montant de l'indemnité serait « divisé par le nombre de soumissionnaires ayant présenté des soumissions conformes aux critères obligatoires »⁶⁶. Les critères obligatoires, cotés « corrects ou incorrects » [traduction], se trouvent aux pages 25 à 31 de 99 de la DP. La fiche d'évaluation consensuelle de CLS démontre que les évaluateurs ont déterminé que sa soumission était conforme aux critères obligatoires⁶⁷.

125. L'ARC a qualifié la tentative de MKTG de débattre à nouveau de cette question d'abus de procédure, parce que le Tribunal a déjà rejeté ce motif de plainte au motif qu'il avait été déposé hors délais (puisque'il a été soulevé seulement après le dépôt du RIF). Dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a examiné une tentative similaire d'une partie de débattre à nouveau une question tranchée à l'étape de la détermination de l'indemnité. Le Tribunal a renvoyé à l'arrêt *Danyluk*, dans lequel la Cour suprême du Canada a établi que l'irrecevabilité résultant de la chose jugée s'applique lorsque 1) la même question a été décidée, 2) la décision judiciaire antérieure est définitive et 3) les parties sont les mêmes dans les deux instances⁶⁸. En l'espèce, le motif a déjà été rejeté parce qu'il avait été déposé hors délais; le Tribunal ne s'est pas gardé un quelconque pouvoir discrétionnaire quant à la question de savoir si CLS répondait aux critères obligatoires ou comment l'indemnité devait être déterminée (c'est-à-dire par renvoi aux critères obligatoires uniquement), et les parties sont les mêmes.

65. *Oshkosh* au par. 177.

66. *The Masha Krupp Translation Group Ltd. c. Agence du revenu du Canada* (15 mars 2017), PR-2016-041 (TCCE) aux par. 85 et 95.

67. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, onglet 2, vol. 4A.

68. *Oshkosh* au par. 32 citant *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 RCS 460, 2001 CSC 44 (CanLII) au par. 25.

126. L'ARC soutient que le Tribunal doit conclure qu'en plus de CLS, le troisième soumissionnaire satisfaisait aux critères obligatoires. À l'appui, l'ARC a présenté la fiche d'évaluation consensuelle du troisième soumissionnaire, dans laquelle les évaluateurs ont décrit que tous les critères étaient remplis, ainsi qu'un courriel de l'ARC adressé au troisième soumissionnaire l'informant des résultats du concours⁶⁹.

127. En réponse, MKTG fait valoir que lorsqu'il détermine le montant de l'indemnité, le Tribunal doit se concentrer sur la question de savoir si MKTG aurait obtenu le contrat. Le Tribunal dispose maintenant d'un dossier plus solide que celui dont il disposait au moment où il a enquêté sur la plainte concernant la probabilité que CLS ou l'autre soumissionnaire obtienne le contrat. MKTG soutient que le Tribunal a seulement répondu à la question de savoir si CLS satisfaisait au critère obligatoire n° 4 dans sa proposition pour démontrer comment elle répondrait aux exigences de sécurité, et non aux conditions préalables à l'attribution du contrat. MKTG fait également valoir que le fait que le Tribunal a initialement refusé (pour des raisons de délai) d'examiner si CLS satisfaisait aux conditions préalables en matière de sécurité n'est pas pertinent dans le cadre d'une analyse de l'indemnisation.

128. S'agissant de l'autre soumissionnaire, MKTG affirme qu'il est peu probable qu'il aurait pu satisfaire à la condition préalable exigeant 31 ressources ayant la cote de sécurité de niveau secret. MKTG souligne également que, lors de sa réunion de compte rendu, elle a été informée que seuls deux soumissionnaires étaient conformes.

Analyse

129. Dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal s'est penché sur la même question que celle soulevée en l'espèce. Une partie voulait présenter de nouvelles observations à l'étape de la détermination de l'indemnité sur la foi d'éléments de preuve et d'arguments qui n'avaient pas été présentés en temps voulu à l'étape de l'enquête sur la plainte. Dans la décision *Oshkosh*, le Tribunal a conclu que sa décision antérieure était définitive et qu'il ne pouvait l'examiner de nouveau au motif qu'il était *functus officio*⁷⁰.

130. Le Tribunal ne voit aucune raison de procéder autrement en l'espèce. MKTG n'a présenté aucun argument pour établir une distinction entre la décision *Oshkosh* et l'espèce. Cette décision concernait également des éléments de preuve examinés à des fins différentes (responsabilité versus indemnisation); cependant, pour des raisons d'irrecevabilité résultant de la chose jugée, le Tribunal a refusé de se pencher de nouveau sur la question.

131. Dans sa décision, le Tribunal a statué que MKTG n'avait pas soulevé dans les délais prescrits son motif de plainte concernant le fait que CLS ne répondait pas aux conditions préalables du contrat. Cette décision s'applique tout au long de l'instance, y compris à l'étape de la détermination de l'indemnité. Les différentes étapes d'un examen d'une contestation d'une soumission devant le Tribunal ne sont pas des compartiments étanches, dans lesquels chaque question juridique peut être examinée de nouveau. Au contraire, le cadre législatif et réglementaire ainsi que la jurisprudence visent tous à régler rapidement les litiges afin de minimiser les perturbations des procédures de passation des marchés. MKTG avait connaissance le jour où la décision du Tribunal a été publiée du genre de réparation qu'il avait recommandée. En effet, le Tribunal est tenu par la loi de déterminer la nature de la réparation à accorder dans ses décisions – et non à une date ultérieure. MKTG n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal de diviser l'indemnité pour perte d'opportunité par le nombre de soumissionnaires qui répondaient aux critères obligatoires. Lui permettre de débattre à nouveau la question et de recevoir une nouvelle décision du Tribunal reviendrait à lui accorder une autre chance de solliciter le contrôle judiciaire

69. Observations confidentielles de l'ARC déposées le 6 avril 2018, onglet 4, vol. 4A.

70. *Oshkosh* au par. 37.

plus d'un an après l'expiration du délai initial. Cela serait non seulement injuste, mais risquerait également d'entraver sérieusement les attentes établies des parties et, en particulier, de porter sérieusement atteinte à la capacité des institutions fédérales de déterminer s'il convient d'accepter les recommandations du Tribunal et de prendre des décisions de planification concernant la procédure de passation du marché sur le fondement de celles-ci. Par conséquent, le Tribunal estime qu'il est *functus officio* et qu'il ne peut donc examiner de nouveau ce motif de plainte.

132. En ce qui concerne l'autre soumissionnaire, le Tribunal a décidé, au vu des faits au dossier, que la probabilité d'obtenir le contrat devait être évaluée selon les critères obligatoires, et non selon les critères cotés, parce que ces derniers n'étaient pas fiables en raison des irrégularités relevées dans la procédure. L'ARC a déposé les évaluations des évaluateurs dans lesquelles ils concluaient que l'autre soumissionnaire répondait aux critères obligatoires. Elle a également déposé le courriel de rejet envoyé à ce soumissionnaire dans lequel elle l'avisait que sa soumission n'était pas celle qui avait reçu la meilleure note et lui fournissait sa note totale. Comme discuté plus en détail ci-dessus, MKTG n'a relevé aucun motif pour remettre en question la validité ou l'authenticité de ces documents. Par conséquent, le Tribunal estime que le troisième soumissionnaire répondait aux critères obligatoires de la DP. Ainsi, pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder à MKTG pour perte d'opportunité, le Tribunal divisera par trois.

Question F : prime pour la valeur temporelle de l'argent

Position des parties

133. MKTG soutient qu'elle a droit à une indemnité pour la valeur temporelle de l'argent sous la forme d'intérêts sur les profits perdus qu'elle aurait réalisés d'octobre 2016 jusqu'à ce jour. Elle s'appuie sur l'article 3.1.6 des *Lignes directrices*, qui reconnaît que le Tribunal « peut augmenter le montant de l'indemnité afin de tenir compte de la valeur temporelle de l'argent », ce qui correspond aux intérêts qu'elle aurait reçus en investissant les profits. MKTG propose un taux de 3 p. 100 par année en se fondant sur des décisions antérieures du Tribunal.

134. L'ARC soutient que le Tribunal ne doit accorder que les intérêts conformes aux modalités du contrat subséquent, qui prévoit une méthode de calcul fondée sur des intérêts simples, et non composés.

135. En réponse, MKTG souligne que dans *Systèmes Equinox Inc.*, la Cour d'appel fédérale a expressément conclu que le Tribunal a le pouvoir dans des décisions sur le montant de l'indemnité d'inclure les intérêts avant jugement pour tenir compte de la valeur temporelle de l'argent⁷¹. MKTG affirme qu'en common law, les intérêts composés sont la norme. Elle allègue que les modalités du contrat subséquent ne sont pas pertinentes parce qu'elles concernent les intérêts que les institutions fédérales doivent à un entrepreneur pour comptes en souffrance. À l'heure actuelle, MKTG n'exécute pas le contrat et n'est pas non plus partie à celui-ci; par conséquent, elle n'est pas liée par le contrat.

Analyse

136. Le Tribunal estime qu'un montant doit être inclus dans le calcul de l'indemnité pour tenir compte de la valeur temporelle de l'argent pour perte de profit pour la période d'octobre 2016 jusqu'à la date de la présente ordonnance.

137. Dans une grande mesure, les modalités des documents d'appel d'offres façonnent les modalités de l'indemnisation dans une instance devant le Tribunal. Ainsi, il n'est pas pertinent de se poser la question de

71. *Systèmes Equinox Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CAF 51 (CanLII) au par. 13.

savoir si, en common law, les intérêts composés sont la norme en l'absence d'une modalité à cet égard dans le contrat – en l'espèce, le contrat comporte une disposition sur les intérêts. Il est vrai que MKTG n'est pas liée par les modalités du contrat subséquent, mais sa demande d'indemnisation est fondée sur les accords commerciaux, qui exigent que les institutions fédérales respectent les modalités de leurs documents d'appel d'offres. Le contrat subséquent et toutes ses modalités étaient incorporés dans la DP. Plus important encore, MKTG n'a pas expliqué pourquoi le Tribunal devrait imposer ses propres modalités pour les intérêts avant jugement en remplacement des modalités incluses dans la DP par l'ARC et auxquelles MKTG avait consenti lorsqu'elle a présenté sa proposition.

138. Par conséquent, le Tribunal estime que le montant de l'indemnité doit comprendre un montant pour la valeur temporelle de l'argent en vertu des modalités du contrat découlant de la DP, plus particulièrement en vertu de l'article 17 intitulé « Intérêt sur les comptes en souffrance » des conditions générales 2035 « Conditions générales – besoins plus complexes de services ». Dans sa lettre du 10 mai 2018, le Tribunal a demandé à l'ARC de proposer une méthode pour calculer la valeur temporelle de l'argent en vertu de cette disposition. L'ARC a fourni une méthode dans sa lettre déposée le 4 juin 2018. MKTG n'a soulevé aucune objection à la méthode proposée par l'ARC. Par conséquent, le Tribunal recommande que le montant de l'indemnité comprenne un montant pour la valeur temporelle de l'argent, qui sera calculé conformément à la méthode proposée par l'ARC dans sa lettre déposée le 4 juin 2018⁷².

CONCLUSION

139. Compte tenu de tout ce qui précède, le Tribunal recommande à l'ARC de verser une indemnité de ██████ \$⁷³ à MKTG, somme qui représente le tiers des profits qu'elle a perdus pour la valeur correspondant aux services commandés par l'ARC dans le cadre du contrat découlant de la DP de la mi-octobre 2016 jusqu'en janvier 2018 inclusivement.

140. Le Tribunal recommande également à l'ARC de verser une indemnité additionnelle de ██████ \$ à MKTG pour les frais qu'elle a encourus pour minimiser ses pertes.

141. Le Tribunal recommande également à l'ARC de payer des intérêts sur chacune des sommes susmentionnées (calculés séparément) conformément à la disposition sur les intérêts figurant dans le contrat découlant de la DP au moyen de la méthode proposée par l'ARC dans sa lettre déposée le 4 juin 2018.

142. Le Tribunal recommande également à l'ARC de verser une indemnité à MKTG pour chaque mois de février 2018 jusqu'à ce qu'un nouveau contrat soit adjudgé, calculée de la manière suivante : ██████ p. 100 des versements que l'ARC a effectués à CLS dans le cadre du contrat découlant de la demande de propositions, par mois, divisés par trois.

Rose Ritcey
Rose Ritcey
Membre président

72. Observations non confidentielles de l'ARC déposées le 4 juin 2018, vol. 3D.

73. Calculée comme suit : marge nette mensuelle de ██████ \$ divisée par 3 fois 15,5.