



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2019-053

SoftSim Technologies Inc.

c.

Ministère des Affaires étrangères,
du Commerce et du
Développement

*Décision et motifs rendus
le jeudi 11 juin 2020*

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| DÉCISION..... | i |
| EXPOSÉ DES MOTIFS | 1 |
| RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ..... | 1 |
| PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC..... | 1 |
| PROCÉDURE DE LA PLAINTÉ | 2 |
| ANALYSE..... | 4 |
| (1) L'évaluation de la soumission de SoftSim était raisonnable | 4 |
| (2) Les allégations de partialité formulées par SoftSim sont non fondées | 11 |
| (3) Le Tribunal a choisi de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l'enquête en raison d'un comportement vexatoire..... | 17 |
| FRAIS | 23 |
| DÉCISION DU TRIBUNAL..... | 24 |
| ANNEXE 1 – Invitation n° 20-166067 : | 25 |

EU ÉGARD À une plainte déposée par SoftSim Technologies Inc. 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 D'une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**SOFTSIM TECHNOLOGIES INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, DU COMMERCE
ET DU DÉVELOPPEMENT****Institution fédérale****DÉCISION**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte n'est pas fondée.

Aux termes du paragraphe 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement une indemnité raisonnable d'un montant de 3 500 \$ pour les frais liés à la préparation de sa réponse à la plainte, indemnité qui doit être versée par SoftSim Technologies Inc. Le Tribunal canadien du commerce extérieur ordonne à SoftSim Technologies Inc. de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

| | |
|--|---|
| Membre du Tribunal : | Peter Burn, membre président |
| Personnel de soutien : | Alain Xatruch, conseiller juridique principal Zackery Shaver, conseiller juridique Jessye Kilburn, stagiaire en droit |
| Partie plaignante : | SoftSim Technologies Inc. |
| Institution fédérale : | ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement |
| Conseillers juridiques de l'institution fédérale : | Roy Chamoun Nicholas Howard Benjamin Hiemstra |

Veillez adresser toutes les communications au :

Greffier
Secrétariat du Tribunal canadien du commerce extérieur
15^e étage
333, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7
Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

[1] La présente enquête est la première de deux enquêtes connexes concernant des plaintes déposées par SoftSim Technologies Inc. (SoftSim) dans laquelle celle-ci allègue que le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement (MAECD) a fait preuve de partialité. Le Tribunal a décidé de mettre fin à la deuxième enquête quand il fut manifeste que la soumission de SoftSim pour l'appel d'offres en question avait été déposée tardivement¹.

[2] Bien que certaines allégations de partialité se retrouvent dans les deux plaintes, la présente enquête est axée sur une demande de propositions (DP) lancée par le MAECD, invitation n° 20-166067 (l'appel d'offres en question). L'appel d'offres portait sur la fourniture de services professionnels en informatique centrés sur les tâches afin de contribuer à l'initiative de modernisation du commerce du MAECD, plus précisément pour l'embauche d'un maximum de cinq analystes-programmeurs de systèmes d'entreprise de niveau 3.

[3] SoftSim affirme qu'il y a eu diverses irrégularités dans la procédure de passation du marché public. Elle affirme notamment que l'évaluation de sa soumission n'a pas été effectuée conformément aux critères énoncés dans la DP et était très différente de l'évaluation des soumissions qu'elle avait présentées dans le cadre d'autres DP lancées par le MAECD pour des services comparables. SoftSim soutient également que le MAECD avait un parti pris contre elle et a favorisé le soumissionnaire retenu, Coradix Technology Consulting (Coradix).

[4] À titre de mesure corrective, SoftSim demande au Tribunal de recommander au MAECD de réévaluer sa soumission et de la compenser pour sa perte de profits ou d'opportunité de profits. SoftSim demande également une indemnité pour les frais engagés dans la préparation de sa soumission et de sa plainte.

[5] Après avoir déterminé que la plainte satisfaisait aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², le Tribunal a décidé, aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*³, d'enquêter sur la plainte le 3 février 2020.

[6] Le Tribunal a enquêté sur le bien-fondé de la plainte, conformément aux articles 30.14 et 30.15 de la *Loi sur le TCCE*. Pour les motifs énoncés ci-dessous, le Tribunal conclut que la plainte n'est pas fondée.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

[7] Le 25 novembre 2019, le MAECD a envoyé les documents de la DP par courriel aux 15 titulaires d'un arrangement en matière d'approvisionnement qui ont été invités à présenter des soumissions, comme le prévoit l'arrangement en matière d'approvisionnement pour les services

¹ Voir *SoftSim Technologies Inc. c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (26 mars 2020), PR-2019-057 (TCCE).

² DORS/93-602 [*Règlement*].

³ L.R.C. (1985) ch. 47 (4^e suppl.) [*Loi sur le TCCE*].

professionnels en informatique centrés sur les tâches⁴. SoftSim n'a pas été invitée à présenter une soumission.

[8] Le 26 novembre 2019, le MAECD a publié la DP sur achatsetventes.gc.ca, le site Web officiel d'information sur les marchés publics du gouvernement du Canada⁵. Le même jour, SoftSim a demandé une invitation à soumissionner⁶. La demande de SoftSim a été acceptée après vérification qu'elle détenait l'attestation requise de l'arrangement en matière d'approvisionnement pour les services professionnels en informatique du palier 1⁷. Un courriel invitant SoftSim à soumissionner a aussi été envoyé le même jour⁸.

[9] Le 10 décembre 2019, à 14 h HNE, la DP a pris fin⁹. Trois soumissions ont été reçues, dont une de Coradix et une de SoftSim¹⁰.

[10] Le 16 janvier 2020, SoftSim a reçu un courriel du MAECD l'informant qu'elle n'était pas la soumissionnaire retenue dans le cadre de l'appel d'offres¹¹. Le courriel contenait une lettre datée du 6 janvier 2020 indiquant que SoftSim n'avait pas été retenue parce que ses candidats n'avaient pas obtenu la note de passage de 70 % pour les critères cotés de la DP. La lettre mentionnait également que Coradix était le soumissionnaire retenu et remportait un contrat d'une valeur de 626 340 \$¹².

[11] Le même jour, SoftSim a contesté l'évaluation du MAECD selon laquelle sa soumission ne satisfaisait pas aux notes minimales pour les critères cotés. SoftSim a demandé au MAECD de fournir un rapport d'évaluation détaillé et de différer l'attribution du contrat jusqu'à ce que la question soit réglée¹³.

[12] Le 21 janvier 2020, le MAECD a fourni à SoftSim une copie du rapport d'évaluation¹⁴.

PROCÉDURE DE LA PLAINTE

[13] Le 16 janvier 2020, SoftSim a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

[14] Les 16 et 17 janvier 2020, le Tribunal a informé SoftSim, aux termes du paragraphe 30.12(2) de la *Loi sur le TCCE*, que des renseignements supplémentaires et un formulaire de plainte dûment rempli étaient nécessaires avant que sa plainte puisse être considérée comme ayant été déposée¹⁵.

⁴ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 101. Voir la clause 16, Services professionnels en informatique centrés sur les tâches, Services publics et Approvisionnement Canada, en ligne <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/sptb-tbps/am-sa-fra.html#c16>>.

⁵ Voir « Modernisation du commerce – SPICT – A.7 Programmeur analyste – Jusqu'à cinq (5) membres de MS Dynamics (20-166067) », en ligne <<https://achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/appels-d-offres/PW-19-00897300>>.

⁶ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 105.

⁷ *Ibid.* à la p. 5 (par. 8).

⁸ *Ibid.* à la p. 104.

⁹ *Ibid.* à la p. 34.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 7 (par. 14).

¹¹ *Ibid.* à la p. 130.

¹² *Ibid.* à la p. 131.

¹³ *Ibid.* à la p. 133.

¹⁴ *Ibid.*; pièce PR-2019-053-40A (protégée), vol. 2 à la p. 79.

¹⁵ L'alinéa 96(1)b) des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, DORS/91-499, prévoit que, dans le cas d'une plainte non conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, la plainte sera considérée avoir été déposée « à la date à laquelle le Tribunal reçoit les renseignements relatifs aux points à corriger ».

[15] Les 17, 20, 23 et 28 janvier 2020, SoftSim a fourni au Tribunal les renseignements demandés. Par conséquent, sa plainte est considérée comme ayant été déposée le 28 janvier 2020.

[16] Le 5 février 2020, le Tribunal a informé les parties qu'il avait accepté la plainte pour enquête le 3 février 2020. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance, en vertu du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*, différant l'adjudication de tout contrat par le MAECD dans le cadre de l'appel d'offres en question jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le Tribunal a annulé cette ordonnance le 24 février 2020, après confirmation par le MAECD que le contrat avait déjà été attribué à Coradix le 6 janvier 2020¹⁶.

[17] Le 21 février 2020, à la suite d'une demande du MAECD, le Tribunal a invité SoftSim et le MAECD à déposer des éléments de preuve supplémentaires par déclaration écrite sous serment, selon le même échéancier que celui qui avait déjà été établi par le Tribunal dans le dossier n° PR-2019-057. Le Tribunal a demandé à SoftSim de déposer tout élément de preuve supplémentaire avant le 26 février 2020, le MAECD ayant jusqu'au 11 mars 2020 pour déposer des éléments de preuve en réponse. Le Tribunal a prévu une audience pour le 25 mars 2020, au cours de laquelle les parties pourraient contre-interroger les déclarants.

[18] Le 3 mars 2020, SoftSim a déposé deux déclarations sous serment : une déclaration sous serment signée par Joanne Plummer, une ancienne sous-traitante du MAECD, et l'autre signée par six employés de SoftSim. Des copies non assermentées des déclarations avaient déjà été déposées le 27 février 2020.

[19] Le 11 mars 2020, le MAECD a informé le Tribunal qu'il n'avait pas l'intention de présenter de déclarations sous serment. Le 13 mars 2020, le Tribunal a demandé au MAECD de confirmer s'il souhaitait contre-interroger les déclarants de SoftSim lors de l'audience. Le même jour, le MAECD a confirmé qu'il n'avait pas l'intention de contre-interroger les déclarants de SoftSim et qu'il aborderait le contenu des déclarations sous serment dans son rapport de l'institution fédérale (RIF).

[20] Le 18 mars 2020, le Tribunal a annulé l'audience prévue le 25 mars 2020.

[21] Le 19 mars 2020, à la suite de multiples avertissements concernant sa conduite désordonnée en matière de dépôt de documents, le Tribunal a avisé SoftSim qu'à compter de ce jour, SoftSim ne serait autorisée à déposer des documents que si le Tribunal le lui demandait ou après avoir reçu l'autorisation de le faire. Le Tribunal a ajouté que le non-respect de ces règles aurait pour conséquence que les documents ne seraient pas versés au dossier et pris en considération.

[22] Le 8 avril 2020, le MAECD a déposé son RIF. Celui-ci contenait une demande visant à ce que le Tribunal mette fin à son enquête au motif que la plainte était vexatoire.

[23] Les 14 et 22 avril 2020, SoftSim a déposé ses commentaires sur le RIF.

[24] Le 24 avril 2020, le MAECD a clarifié une phrase du RIF, mais a indiqué qu'il n'avait pas l'intention de demander l'autorisation de déposer une réponse complémentaire. SoftSim a effectué plusieurs dépôts supplémentaires après cette date; cependant, le Tribunal ne les a pas pris en compte,

¹⁶ Pièce PR-2019-053-11, vol. 1 à la p. 2. Le paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE* permet au Tribunal d'ordonner à une institution fédérale de différer l'adjudication d'un contrat spécifique qui est sur le point d'être adjugé. Il va de soi que le Tribunal ne peut pas ordonner le report de l'adjudication d'un contrat déjà adjugé.

car ils n'ont pas été déposés conformément aux règles exceptionnelles imposées à SoftSim le 19 mars 2020, qui exigeaient que SoftSim obtienne l'autorisation du Tribunal avant de déposer d'autres documents.

ANALYSE

[25] Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* exige que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. À la fin de l'enquête, le Tribunal détermine le bien-fondé de la plainte en fonction des procédures et autres exigences établies qui sont prescrites pour le contrat spécifique.

[26] L'article 11 du *Règlement* précise que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences des accords commerciaux applicables, notamment en l'espèce l'*Accord de libre-échange canadien*¹⁷.

[27] Compte tenu des arguments de SoftSim, le Tribunal a retenu et examiné les deux motifs de plainte suivants concernant le marché public du MAECD¹⁸ :

- 1) L'évaluation de la soumission de SoftSim n'était pas conforme aux critères énoncés dans la demande de propositions et divergeait considérablement par rapport aux soumissions précédentes présentées par SoftSim en réponse à des DP similaires;
- 2) Le MAECD a fait preuve de partialité en faveur du soumissionnaire retenu, Coradix, et contre SoftSim.

[28] En outre, le Tribunal a tenu compte de l'argument du MAECD, à savoir que le Tribunal devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour mettre fin à son enquête au motif que la plainte de SoftSim est vexatoire et constitue un abus de procédure, comme le stipule le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE*¹⁹.

(1) L'évaluation de la soumission de SoftSim était raisonnable

[29] SoftSim allègue que le processus par lequel le MAECD a évalué ses candidats était imparfait. Elle indique que trois de ses quatre candidats travaillaient déjà sous contrat avec le MAECD dans le cadre de l'invitation n° 19-155898, qu'ils avaient reçu des évaluations favorables de la part de leurs superviseurs et qu'ils avaient obtenu des notes presque parfaites lors de leur évaluation concernant le

¹⁷ En ligne : Secrétariat du commerce intérieur https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2020/04/CFTA-Consolidated-Text-Final-French_April-24-2020.pdf (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017) [ALEC]. L'avis de projet de marché publié sur le site achatsetventes.gc.ca et la section 1.2(d) de la DP énumèrent tous les accords commerciaux applicables, y compris l'ALEC. Aux fins de la présente enquête, le Tribunal se référera aux dispositions de l'ALEC, étant donné que SoftSim est un fournisseur canadien. Le Tribunal constate que les autres accords commerciaux applicables comportent des dispositions qui sont similaires à celles de l'ALEC.

¹⁸ Bien que la plainte de SoftSim fasse généralement référence à l'institution fédérale comme *Global Affairs Canada* ou *GAC* (Affaires mondiales Canada ou AMC), le Tribunal utilise plutôt l'acronyme *DFATD* (MAECD). Il s'agit de la même entité : l'appellation légale est le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement, alors que le titre d'usage est Affaires mondiales Canada. Voir le Registre des titres d'usage du Programme de coordination de l'image de marque, en ligne : <https://www.tbs-sct.gc.ca/ap/fip-pcim/reg-fra.asp>.

¹⁹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 25 (par. 77).

contrat en question²⁰. Le quatrième candidat avait également été évalué dans le cadre de l'invitation n° 19-155898. Pour SoftSim, il est inconcevable que les mêmes candidats ne reçoivent pas la note de passage pour l'appel d'offres en question.

Dispositions pertinentes de la DP

[30] Un extrait des critères obligatoires et cotés pour les candidats de la DP²¹ est reproduit à l'annexe 1.

Position des parties

– SoftSim

[31] SoftSim a fait valoir dès le départ que le MAECD n'avait pas correctement évalué sa soumission et que les critères d'évaluation procuraient un avantage injuste à Coradix²². Dans sa plainte et sa déclaration sous serment, SoftSim laisse entendre que les quatre candidats qu'elle a proposés avaient obtenu des notes parfaites et quasi parfaites dans le cadre de l'invitation n° 19-155898²³. Dans l'appel d'offres en question, deux de ces candidats ont obtenu des notes pratiquement nulles, un autre candidat n'a pas été évalué et un autre a raté de peu la note de passage de 70 points²⁴.

[32] SoftSim maintient qu'il est inconcevable selon elle que les trois candidats évalués par le MAECD obtiennent des notes aussi basses pour ce marché public. Elle affirme que les trois candidats travaillent actuellement pour le MAECD au même titre, celui d'analyste-programmeur de niveau 3, dans le cadre de l'invitation n° 19-155898, et qu'ils ont reçu des commentaires positifs de leurs superviseurs²⁵. Elle ajoute que, puisque les trois candidats évalués ont tous été acceptés par le MAECD en tant que remplaçants pour le contrat attribué dans le cadre de l'invitation n° 19-155898, ils sont tout aussi bons que les candidats initiaux de SoftSim qui ont tous obtenu les meilleures notes lors de la première évaluation dans le cadre de cet appel d'offres²⁶.

[33] SoftSim affirme que, mis à part la durée minimale du projet (six mois au lieu de trois), la plupart des critères qui ont été évalués dans les deux marchés publics sont presque identiques. Selon SoftSim, il n'est pas raisonnable que le MAECD change ses méthodes d'évaluation pour des marchés publics qui sont fondamentalement les mêmes, avec les mêmes candidats ayant les mêmes fonctions. Elle soutient que les soumissionnaires comptent sur la cohérence des évaluations de leurs soumissions, en particulier lorsqu'un appel d'offres comporte des exigences techniques détaillées²⁷.

[34] En plus d'alléguer que l'évaluation de ses candidats était déraisonnable, SoftSim ajoute que le MAECD aurait dû demander des précisions avant de choisir les trois candidats qu'il a évalués,

²⁰ Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 aux p. 10-11.

²¹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 aux p. 56-60.

²² Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 aux p. 10-11.

²³ Pièce PR-2019-053-23B, vol. 1 aux p. 2-4; pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 aux p. 10-11.

²⁴ Pièce PR-2019-053-23A, vol. 1 aux p. 30-43.

²⁵ Pièce PR-2019-053-42 (protégée), vol. 2, pièces 5, 6, 7.

²⁶ Pièce PR-2019-053-23A, vol. 1 aux p. 30-43.

²⁷ Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 aux p. 10-11; pièce PR-2019-053-23A, vol. 1 aux p. 30-43.

plutôt que de simplement choisir les trois premiers candidats présentés²⁸. SoftSim laisse entendre que c'est précisément pour cette raison que la DP²⁹ a permis au MAECD de demander des précisions à un soumissionnaire.

[35] SoftSim affirme également que l'attestation Microsoft Dynamics de son troisième candidat figurait dans son dossier d'appel d'offres initial, mais n'a pas été pris en compte par les évaluateurs³⁰.

– Le MAECD

[36] En réponse aux allégations de SoftSim, le MAECD soutient que son évaluation de la soumission de SoftSim était raisonnable et que, à l'exception de quelques allégations vagues d'irrégularité, de corruption et de partialité, SoftSim n'a pas présenté d'arguments concrets qui laisseraient supposer une erreur dans l'évaluation à laquelle le MAECD pourrait répondre³¹. Le MAECD ajoute que SoftSim a reçu le rapport des évaluateurs du MAECD, mais qu'elle n'y a pas fait référence dans ses observations et n'en a pas déposé de copie auprès du Tribunal³².

[37] À titre de question préliminaire, le MAECD considère que la décision de ne pas accepter l'attestation Microsoft Dynamics du troisième candidat de SoftSim et l'exclusion du quatrième candidat de SoftSim sont des décisions raisonnables de la part des évaluateurs. Le MAECD souligne que l'attestation Microsoft Dynamics figurant dans la soumission de SoftSim pour son troisième candidat³³ ne contenait pas le volet requis de gestion des relations avec la clientèle (CRM) et n'a donc obtenu aucun point pour ce critère. En ce qui concerne le quatrième candidat de SoftSim, le MAECD explique que, puisque la DP ne prévoit que trois ressources à des fins d'évaluation, il n'a évalué que les trois premières énumérées dans la soumission³⁴.

[38] Le MAECD fait remarquer que la raison principale pour laquelle il a jugé la soumission de SoftSim irrecevable est qu'elle ne contenait pas les détails nécessaires pour évaluer les qualifications de ses candidats. La DP et la grille de notation étaient claires : il incombait au soumissionnaire d'expliquer comment chaque candidat répondait aux critères notés et de faire référence à la page et au paragraphe où ces renseignements figuraient dans le curriculum vitæ des candidats³⁵. Les évaluateurs ont remarqué que la soumission de SoftSim ne contenait pas ces renseignements.

[39] Le MAECD soutient que les soumissionnaires sont tenus de démontrer l'expérience de la ressource proposée à l'aide d'un curriculum vitæ et d'une expérience de projet concrète, étant donné que la DP prévoit que « seule l'énumération de l'expérience sans fournir de données justificatives pour décrire les responsabilités, les fonctions et la pertinence par rapport aux exigences ne sera pas jugée "suffisante" aux fins de la présente évaluation et sera jugée non conforme³⁶ » [traduction]. Il indique que chaque projet doit avoir une durée minimale de six mois³⁷, avec la possibilité de

²⁸ Pièce PR-2019-053-42 (protégée), vol. 2 aux p. 2-3.

²⁹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1, pièce 1 à la p. 51, s. 4.1(c)(i).

³⁰ Pièce PR-2019-053-42 (protégée), vol. 2 à la p. 2.

³¹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 15 (par. 39-42).

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* à la p. 20 (par. 57). Voir aussi les précisions ajoutées au RIF par le MAECD dans la pièce PR-2019-053-43.

³⁴ *Ibid.* aux p. 7-8 (par. 16).

³⁵ *Ibid.* aux p. 16-17 (par. 43-44).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 55 (s. 1.1).

subdiviser des projets plus longs, à condition que ces projets puissent être distingués de manière indépendante et que les subdivisions soient justifiées³⁸.

[40] En ce qui concerne la soumission de SoftSim, le MAECD affirme que les évaluateurs sont parvenus à un consensus sur le fait qu'aucune des trois ressources proposées n'atteignait la note minimale de 70 points. Il ajoute que les évaluateurs ont relevé de graves lacunes dans la quantité de détails et de renseignements fournis par SoftSim en ce qui a trait à la façon dont chaque candidat satisfaisait aux exigences cotées par points, y compris les exemples concrets, les dates et les projets réalisés³⁹.

[41] Le dernier argument du MAECD porte sur le fait que les résultats des évaluations effectuées dans le cadre d'appels d'offres précédents ne sont pas pertinents. Il soutient que, si l'appel d'offres en question présente des critères d'évaluation similaires à ceux de l'invitation n° 19-155898, les différents candidats, les évaluateurs et les exigences du contrat rendent impossible la comparaison objective des notes⁴⁰.

[42] Le MAECD indique que le Tribunal a, par le passé, refusé de comparer les appels d'offres même lorsque des similitudes étaient possibles. Il fait valoir que, dans *Accent on Clarity*, le Tribunal a refusé de prendre en considération les allégations concernant la conduite d'une institution fédérale dans le cadre de marchés publics antérieurs⁴¹. Il ajoute que, dans *Samson & Associates*, le Tribunal a également refusé d'examiner les raisons pour lesquelles un candidat était accepté dans le cadre d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour une affectation et n'était ensuite pas pris en considération pour un nouvel arrangement en matière d'approvisionnement⁴².

[43] Le MAECD soutient également que, bien que SoftSim puisse prétendre que l'invitation n° 19-155898 et l'appel d'offres en question concernaient tous deux la fourniture de services d'analystes-programmeurs de niveau 3, et que certains candidats travaillaient déjà pour le MAECD à ce niveau, seul le quatrième candidat (qui n'a pas été évalué pour l'appel d'offres en question) a été présenté comme candidat dans le cadre de l'invitation n° 19-155898, les trois autres candidats ayant tous été présentés comme ressources supplémentaires ou de remplacement. Cela signifie qu'ils n'ont pas été évalués dans le cadre d'un appel d'offres, mais plutôt en fonction des équivalences par rapport au contrat en cours de réalisation⁴³.

Analyse du Tribunal

[44] Le Tribunal est intervenu à plusieurs reprises pour rappeler à SoftSim que la présente enquête porte exclusivement sur l'appel d'offres en question, à savoir l'invitation n° 20-166067. Le Tribunal précise également que les renseignements fournis par SoftSim concernant d'autres marchés publics peuvent être pris en considération, mais uniquement dans la mesure où ils appuient les motifs de la plainte acceptés pour l'enquête⁴⁴. Par conséquent, l'enquête du Tribunal se limite à déterminer si

³⁸ Pièce PR-2019-053-40A (protégée), vol. 2 aux p. 88, 91, 114-116.

³⁹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 aux p. 16-17 (par. 44).

⁴⁰ *Ibid.* aux p. 12-14 (par. 30-37).

⁴¹ *Accent on Clarity c. Gendarmerie royale du Canada* (15 juin 2012), PR-2012-005 (TCCE) au par. 20, citant *Winnipeg Audio-Visual Services Inc.* (7 octobre 2008), PR-2004-011 (TCCE).

⁴² *Samson & Associates c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (28 avril 2015), PR-2014-050 (TCCE) au par. 37 [*Samson*].

⁴³ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 aux p. 12-14 (par. 32-35).

⁴⁴ Pièce PR-2019-053-45 à la p. 1.

l'évaluation de la soumission de SoftSim dans le cadre de l'appel d'offres en question était raisonnable.

[45] L'un des principaux objectifs de l'*ALEC* est de « promouvoir l'égalité des chances, sur le plan économique, pour tous les Canadiens⁴⁵ ». L'un des moyens par lesquels l'*ALEC* promeut l'égalité des chances consiste à établir « un cadre transparent et efficient afin d'assurer à tous les fournisseurs canadiens un accès ouvert et équitable aux possibilités de passation de marchés publics⁴⁶ ».

[46] L'article 507.3b) de l'*ALEC* exige qu'une entité contractante « effectue son évaluation sur la base des conditions qu'elle a spécifiées à l'avance dans ses avis d'appel d'offres ou sa documentation relative à l'appel d'offres ». De plus, les articles 515.1 et 515.4 de l'*ALEC* prévoient qu'une entité contractante « traite toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés » et que, « [p]our être considérée en vue d'une adjudication, une soumission [...], au moment de son ouverture, est conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans les avis d'appel d'offres et dans la documentation relative à l'appel d'offres [...] ».

[47] Le critère du caractère raisonnable, tel qu'il s'applique à l'évaluation des soumissions, est bien établi dans la jurisprudence du Tribunal. À cet égard, une évaluation raisonnable est celle qui repose sur une explication défendable, même si cette explication n'en est pas une que le Tribunal lui-même juge convaincante⁴⁷. Par le passé, le Tribunal a affirmé qu'il ne substituerait pas son jugement à celui des évaluateurs à moins que les évaluateurs ne se soient pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, qu'ils aient donné une interprétation erronée de la portée d'une exigence, qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou que l'évaluation n'ait pas été effectuée d'une manière équitable du point de vue de la procédure⁴⁸.

[48] De plus, le Tribunal a toujours maintenu qu'il incombe au soumissionnaire de s'assurer que sa proposition est conforme à tous les éléments essentiels d'un appel d'offres et que, par conséquent, il incombe au soumissionnaire de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa proposition et de vérifier qu'elle est conforme à tous les éléments essentiels⁴⁹.

[49] En l'espèce, compte tenu des éléments de preuve présentés et pour les motifs énoncés ci-dessous, le Tribunal estime que l'évaluation de la soumission de SoftSim était raisonnable. Les évaluateurs étaient en droit de considérer que la soumission était irrecevable, car SoftSim n'avait pas présenté sa soumission de la manière et sous la forme prescrites. Les évaluateurs ont été minutieux

⁴⁵ *ALEC*, Préambule.

⁴⁶ *ALEC*, Article 500.

⁴⁷ *Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au par. 25. Voir aussi *C3 Polymeric Limited c. Musée des beaux-arts du Canada* (14 février 2013), PR-2012-020 (TCCE) au par. 38.

⁴⁸ Voir *Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (28 octobre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au par. 52; *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (23 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) au par. 33.

⁴⁹ *Integrated Procurement Technologies, Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (30 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE) au par. 13; *Samson* au par. 28; *Raymond Chabot Grant Thornton Consulting Inc. et PricewaterhouseCoopers LLP c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 octobre 2013), PR-2013-005 et PR-2013-008 (TCCE) au par. 37.

dans leur évaluation de la soumission de SoftSim, en fournissant des commentaires détaillés sur les raisons pour lesquelles SoftSim n'a pas reçu de notes complètes pour chaque critère évalué.

[50] La soumission de SoftSim ne contenait pas les détails nécessaires pour obtenir le nombre maximum de points pour chaque critère coté. Les instructions pour la préparation des soumissions dans les documents d'appel d'offres indiquaient ce qui suit :

La matrice des critères d'évaluation doit être utilisée pour répondre aux critères obligatoires et cotés. Par conséquent, les réponses aux exigences des critères doivent être directement introduites dans la matrice, avec une explication, et des renvois aux pages et aux numéros des projets indiqués dans le curriculum vitae⁵⁰.

[51] SoftSim n'a pas suivi ces instructions, mais a plutôt rempli la matrice d'évaluation en se référant simplement aux projets et en ajoutant une simple mention selon laquelle les expériences de ses premiers et seconds candidats devaient être classées en sous-projets. Par exemple, dans la matrice d'évaluation du premier candidat, il était indiqué pour le premier critère coté (APC.1) que le projet 5 avait une durée de 24 mois avec deux sous-projets. Aucune autre explication n'a été donnée quant à la manière dont ces sous-projets pouvaient être différenciés du projet principal ou aux raisons de cette différenciation. En conséquence, les évaluateurs ont attribué des points au premier candidat uniquement pour les projets qui étaient justifiés⁵¹.

[52] Compte tenu des commentaires des évaluateurs, le Tribunal constate qu'il y a eu un consensus sur le fait qu'aucun des trois candidats n'a réussi l'évaluation technique, non pas par manque d'expérience pertinente, mais parce que les soumissions ne contenaient pas les détails nécessaires pour évaluer l'expérience des candidats⁵². Le document d'évaluation par consensus et les évaluations individuelles de chaque évaluateur indiquent clairement qu'ils ont cherché à mieux comprendre le contexte et qu'ils n'ont pas considéré les mentions génériques extraites des documents d'appel d'offres comme suffisantes pour démontrer les compétences⁵³. Les évaluateurs ont également relevé plusieurs exemples où la soumission n'était pas conforme aux instructions de la DP, obligeant les évaluateurs à chercher les renseignements à évaluer⁵⁴. L'expérience des candidats était toutefois suffisante dans tous les exemples pour satisfaire aux exigences obligatoires d'expérience non cotées, qui étaient moins détaillées que les exigences cotées.

[53] Il semble que ces commentaires soient similaires à ceux fournis précédemment par Elie Touma, le directeur adjoint du Centre d'excellence de la gestion des relations avec la clientèle du MAECD. Dans une chaîne de courriels mettant à jour SoftSim sur la dotation d'un candidat sous contrat avec SoftSim dans le cadre de l'invitation n° 19-155898, M. Touma expliquait que SoftSim devait fournir des détails plus concrets sur les projets réalisés par ses sous-traitants et comment ces projets étaient liés aux critères évalués. M. Touma poursuivait en expliquant que « les propositions qui obtiennent les meilleures notes à l'évaluation technique sont celles qui expliquent spécifiquement et de manière très détaillée l'expérience de la ressource et comment elle répond aux critères

⁵⁰ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 aux p. 55-60.

⁵¹ Pièce PR-2019-053-40A (protégée), vol. 2 aux p. 114-116.

⁵² *Ibid.* aux p. 37-45, 55-62, 69-77.

⁵³ *Ibid.* aux p. 114-116.

⁵⁴ *Ibid.* aux p. 36, 51, 52, 54, 57, 70.

d'évaluation, plutôt que de simplement énumérer le travail qu'elle a effectué dans le cadre d'un projet⁵⁵ » [traduction].

[54] En ce qui concerne la décision prise par le MAECD de rejeter l'attestation Microsoft Dynamics du troisième candidat de SoftSim, le Tribunal estime que cette décision était également raisonnable. La DP stipulait qu'une attestation Microsoft Dynamics CRM valait cinq points pour la note d'un candidat. L'équipe d'évaluation a conclu que l'attestation du candidat ne répondait pas à cette exigence, car il ne contenait pas l'attestation CRM⁵⁶. Bien que SoftSim ait fait valoir dans sa réponse au RIF⁵⁷ que les attestations Microsoft Dynamics et Dynamics CRM étaient équivalentes, elle n'a fourni aucune preuve concrète à cet égard. Les cinq points n'auraient de toute façon pas permis au troisième candidat de SoftSim de satisfaire aux critères cotés.

[55] Le Tribunal conclut également que la décision du MAECD d'évaluer les trois premiers candidats de SoftSim (sur les quatre qu'il a proposés) était raisonnable. La DP exigeait que les soumissionnaires « soumett[ent] le curriculum vitæ à jour de trois (3) analystes-programmeurs de niveau 3 [...] »⁵⁸. Il ne semble pas y avoir d'élément de preuve qui indique que le MAECD ait agi de manière inappropriée en retenant les trois premiers candidats de SoftSim pour évaluer sa soumission (plutôt que de simplement décider que la soumission de SoftSim était irrecevable parce qu'elle proposait trop de candidats). Bien que les procédures d'autorisation et d'évaluation des tâches contenues dans les documents d'appel d'offres indiquent que le MAECD aurait peut-être besoin d'une quatrième ou d'une cinquième ressource pendant la durée du contrat, ces procédures sont distinctes des procédures d'évaluation des soumissions⁵⁹. Le MAECD n'était clairement pas tenu d'évaluer plus de trois candidats. En effet, le choix des trois premiers candidats (plutôt que de trois autres) était une mesure prudente, car elle prévenait les plaintes potentielles d'autres fournisseurs selon lesquelles SoftSim avait obtenu un avantage injuste.

[56] Contrairement aux affirmations de SoftSim selon lesquelles le MAECD aurait dû demander des précisions sur les trois candidats que SoftSim avait l'intention de proposer à l'évaluation, tant la jurisprudence du Tribunal que les documents d'appel d'offres indiquent que les demandes de précisions sont à la discrétion de l'institution fédérale et que celle-ci n'est pas tenue de demander des précisions ou des renseignements complémentaires aux soumissionnaires une fois que ceux-ci ont déposé leur soumission⁶⁰.

[57] En fournissant des évaluations de soumissions dans le cadre d'appels d'offres précédents, SoftSim a contribué à la mise en contexte du processus et de la pratique d'examen des soumissions du MAECD. SoftSim allègue en l'espèce que ces éléments de preuve mettent en évidence des problèmes systémiques dans les marchés publics du MAECD et que l'évaluation de sa soumission était déraisonnable. De l'avis du Tribunal, il semblerait que ce soit le contraire, car ces éléments de preuve ont mis en évidence que le MAECD a fait preuve d'une remarquable cohérence en

⁵⁵ Pièce PR-2019-053-023A, vol. 1 à la p. 88.

⁵⁶ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 20 (par. 57); pièce PR-2019-053-43 (protégée), vol. 2 à la p. 1.

⁵⁷ Pièce PR-2019-053-42 (protégée), vol. 2 à la p. 2.

⁵⁸ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 51 (s. 4.1).

⁵⁹ Voir la section 7.2 Autorisation de tâches et les appendices 2 et 3 de l'annexe A, pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 33.

⁶⁰ Voir *Bell Canada c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (11 octobre 2011), PR-2011-031 (TCCE) aux par. 38-41; *IBM Canada Limitée, PricewaterhouseCoopers LLP et le Centre for Trade Policy and Law à l'Université Carleton* (29 juillet 2003), PR-2002-040 (TCCE) à la p. 15; pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 51.

communiquant à SoftSim que ses soumissions nécessitaient plus de détails. Le MAECD a transmis des commentaires à SoftSim en temps utile à propos de ses soumissions⁶¹, et il semble avoir modifié certains de ses critères cotés en fonction des suggestions de SoftSim⁶².

[58] Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que l'évaluation de la soumission de SoftSim par le MAECD était raisonnable dans les circonstances et n'a pas relevé de problèmes qui auraient nécessité l'intervention du Tribunal. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte de SoftSim, pour ce motif, n'est pas valable.

(2) Les allégations de partialité formulées par SoftSim sont non fondées

[59] Selon SoftSim, le MAECD a fait preuve de partialité de différentes façons, notamment en évaluant sa soumission de manière inéquitable, en formulant des appels d'offres de façon à favoriser un soumissionnaire (Coradix) et en mettant SoftSim sur une « liste noire » [traduction]. Pour les motifs indiqués ci-dessous, le Tribunal conclut que la preuve de SoftSim n'a pas une valeur probante ou une fiabilité suffisante pour corroborer les allégations graves de partialité formulées par Softsim.

Position des parties

– SoftSim

[60] La principale allégation de SoftSim est que le MAECD a fait preuve de partialité à l'endroit de SoftSim et qu'il a favorisé le soumissionnaire retenu, Coradix⁶³. Le Tribunal résume la preuve et les arguments présentés par SoftSim de la façon suivante.

[61] SoftSim fait valoir que le MAECD a formulé l'appel d'offres en question de façon à favoriser Coradix, en s'appuyant sur les allégations suivantes :

- Plusieurs candidats potentiels dans le cadre de l'appel d'offres ont affirmé à SoftSim que la DP avait été rédigée à l'intention de Coradix⁶⁴; cependant, « [aucun] d'eux n'est disposé à mettre cette affirmation par écrit de peur de se faire mettre sur une liste noire par [le MAECD]⁶⁵ » [traduction].
- Durant une conversation téléphonique avec M. Dhafir Burhan et un autre employé de SoftSim, un candidat potentiel dans le cadre de l'appel d'offres a affirmé qu'il ne présenterait pas de soumission avec SoftSim parce que « [...] Coradix lui avait dit qu'il n'avait aucune chance d'être retenu et que les appels d'offres avaient été rédigés à l'intention de cette dernière⁶⁶ » [traduction].

⁶¹ Pièce PR-2019-053-01C (protégée) aux p. 186-187.

⁶² Pièce PR-2019-053-041 à la p. 3.

⁶³ Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 à la p. 7.

⁶⁴ Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 à la p. 10.

⁶⁵ Pièce PR-2019-053-15, vol. 1 à la p. 1.

⁶⁶ Pièce PR-2019-053-23, vol. 1 à la p. 3.

- Une personne liée à Coradix a affirmé à SoftSim que le MAECD était déçu que Coradix n'ait pas été retenue dans le cadre de l'invitation n° 19-155898 au profit de SoftSim, et que le MAECD tenterait de « récupérer [Coradix]⁶⁷ » [traduction].
- Une source anonyme au MAECD a affirmé que les consultants de Coradix au MAECD avaient participé à la rédaction des exigences de l'appel d'offres, qu'ils ont été informés que Coradix avait été retenue une semaine avant que le MAECD communique officiellement les résultats, que le responsable technique du MAECD a demandé aux consultants de Coradix de ne pas présenter de soumission avec un fournisseur autre que Coradix et que Coradix a menacé l'un de ses consultants de le poursuivre en justice s'il présentait une soumission avec un autre fournisseur⁶⁸.

[62] SoftSim soutient que l'évaluation du MAECD des soumissions reçues dans le cadre de l'appel d'offres en question a favorisé Coradix et que, de ce fait, l'évaluation était entachée de partialité. Les arguments de SoftSim concernant l'évaluation sont résumés aux paragraphes 31 à 35 ci-dessus.

[63] SoftSim fait aussi valoir que l'invitation n° 20-170714 (c'est-à-dire l'invitation la plus récente, qui ne fait pas l'objet de la présente enquête) était rédigée de façon à favoriser Coradix. Selon SoftSim, le MAECD a ajouté des exigences organisationnelles « propres à Coradix » [traduction], à savoir que « l'entreprise doit offrir depuis au moins une année les services d'architectes de solutions et d'analystes-programmeurs dans le cadre d'activités liées au logiciel Dynamics 2015 » [traduction] et qu'elle doit être « un partenaire Or ou Argent de Microsoft pour ce qui est du logiciel MS Dynamics » [traduction], ce qui, d'après SoftSim, n'est « pas nécessaire » [traduction], mais a été ajouté uniquement « parce que Coradix possède cette certification⁶⁹ » [traduction].

[64] SoftSim soutient que le MAECD a révoqué l'offre faite à SoftSim dans le cadre de l'invitation n° 20-156407 (c'est-à-dire une ancienne invitation, qui ne fait pas l'objet de la présente enquête). Dans la déclaration sous serment, signée par les employés de SoftSim, il est indiqué que Joanne Plummer, qui était sous contrat avec le MAECD à l'époque, avait informé SoftSim que cette dernière avait obtenu le mandat, mais que son attribution avait été révoquée « en raison d'importantes erreurs en matière d'approvisionnement au [MAECD] » [traduction], à savoir que les employés du MAECD n'avaient pas assuré adéquatement la surveillance de la boîte de soumissions, de sorte qu'ils avaient omis d'évaluer l'une des propositions⁷⁰. En outre, dans sa déclaration sous serment, Joanne Plummer affirme qu'elle a été tenue responsable injustement de cette erreur et que, subséquemment, le MAECD n'a pas renouvelé son contrat⁷¹.

[65] SoftSim soutient que le MAECD l'a mise sur une « liste noire » [traduction] pour l'empêcher d'être invitée à présenter des soumissions pour l'obtention d'éventuels contrats⁷². Selon SoftSim, le MAECD a invité Coradix et non SoftSim à présenter une soumission dans le cadre de l'invitation n° 20-172756 (c'est-à-dire une invitation plus récente, qui ne fait pas l'objet de la présente

⁶⁷ Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 à la p. 10.

⁶⁸ Pièce PR-2019-053-035, vol. 1 à la p. 1.

⁶⁹ Pièce PR-2019-053-19, vol. 1 à la p. 1.

⁷⁰ Pièce PR-2019-053-23, vol. 1 à la p. 3.

⁷¹ Pièce PR-2019-053-23B, vol. 1 aux p. 5, 7.

⁷² Pièce PR-2019-053-01B, vol. 1 à la p. 11.

enquête)⁷³. Par ailleurs, dans sa déclaration sous serment, Joanne Plummer affirme ce qui suit : « J'ai eu une discussion avec [un directeur du MAECD] concernant la plainte déposée par SoftSim devant [le TCCE]. [Il] m'a dit que SoftSim est réputée pour se plaindre et intenter des poursuites devant [le TCCE]. Il m'a dit que, pour contourner la plainte, il fallait affirmer lors de l'audience que la politique et les procédures seraient modifiées pour que tous les intervenants soient satisfaits. Il mettrait ensuite SoftSim sur une liste noire de façon à ce qu'elle ne soit pas invitée à présenter de soumissions dans le cadre des [DP]⁷⁴ » [traduction].

[66] Enfin, selon SoftSim, Coradix verse une compensation financière à des représentants du gouvernement. SoftSim affirme que quelqu'un au sein du MAECD « obtient des faveurs personnelles de la part de Coradix (il peut s'agir de pots-de-vin ou d'une aide offerte à un proche ou à un ami)⁷⁵ » [traduction] et que Coradix pourrait « verser de l'argent à des politiciens ou à un parti politique⁷⁶ » [traduction].

– Le MAECD

[67] Le MAECD soutient que SoftSim n'a pas satisfait au critère permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité en l'espèce.

[68] Selon le MAECD, aucun poids ne doit être accordé à la preuve de SoftSim, car elle se fonde sur des déclarations qui ressortent du oui-dire et qui n'ont pas été soumises adéquatement au Tribunal pour établir la véracité de leur contenu. Le MAECD soutient qu'il n'y a aucune façon d'apprécier la fiabilité des déclarations de SoftSim. Par exemple, même s'il est vrai qu'un candidat en particulier ou qu'une autre personne non identifiée ait fait les déclarations alléguées par SoftSim, rien n'indique que ces déclarations en soi soient exactes⁷⁷.

[69] Le MAECD nie que l'appel d'offres en question « ait été rédigé à l'intention de Coradix » [traduction] et qu'un directeur ait affirmé que SoftSim ait été mis sur une « liste noire » [traduction], comme l'a déclaré Joanne Plummer⁷⁸. Le MAECD soutient aussi que la participation actuelle de SoftSim aux appels d'offres du MAECD est la preuve qu'elle n'a pas été mise sur une liste noire. Par exemple, le MAECD affirme que SoftSim a obtenu le contrat attribué à la suite de l'invitation n° 19-155898 et qu'elle a été invitée à présenter une soumission dans le cadre de l'appel d'offres en question et de l'invitation n° 20-166051 après avoir demandé à être invitée. Le MAECD fait aussi valoir que SoftSim participe à d'autres procédures de passation de marchés en cours, dont les invitations n°s 20-172756 et 20-170714⁷⁹.

[70] Le MAECD n'a pas répondu à l'allégation selon laquelle quelqu'un au sein du MAECD reçoit des « pots-de-vin » [traduction] en argent de la part de Coradix, sauf dans la mesure où il soutient que, en général, aucun poids ne devrait être accordé à la preuve de SoftSim.

⁷³ Pièce PR-2019-053-38, vol. 1 à la p. 1.

⁷⁴ Pièce PR-2019-053-23, vol. 1 à la p. 7.

⁷⁵ Pièce PR-2019-053-19, vol. 1 à la p. 9.

⁷⁶ *Ibid.* à la p. 1.

⁷⁷ Pièce PR-2019-053-40A (protégée), vol. 2 à la p. 23.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 24.

⁷⁹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 24 (par. 71-74).

Analyse du Tribunal

[71] L'obligation d'agir avec équité et d'impartialité s'applique au processus d'évaluation dans le cadre des marchés publics du gouvernement fédéral, ce qui signifie que les évaluateurs doivent éviter à la fois la partialité réelle en faveur d'un soumissionnaire, ainsi qu'un comportement pouvant donner lieu à une crainte raisonnable d'une telle partialité⁸⁰. Bien que ni le MAECD ni SoftSim ne fassent la distinction, il existe des examens distincts pour évaluer la partialité réelle et une crainte raisonnable de partialité.

[72] La partialité réelle est définie comme « consciemment laiss[er] des influences extérieures agir sur sa pensée⁸¹ ». Bien que l'examen de la partialité réelle varie en fonction du contexte décisionnel, la Cour d'appel fédérale a indiqué que, dans le contexte des plaintes du Tribunal en matière de marchés publics, les accords commerciaux établissent des normes de partialité réelle⁸².

[73] Selon la Cour d'appel fédérale, une allégation de partialité réelle « ne peut reposer sur de simples soupçons, de pures conjectures, des insinuations ou encore de simples impressions [...]. Elle doit être étayée par des preuves concrètes qui font ressortir un comportement dérogatoire à la norme⁸³ ».

[74] Plus précisément, lorsqu'il est allégué que la façon dont est formulé un appel d'offres favorise un soumissionnaire en particulier, le Tribunal a affirmé qu'il « incombe à la plaignante de présenter des éléments de preuve convaincants selon lesquels l'appel d'offres a été formulé, par exemple en ce qui concerne les exigences techniques ou les spécifications, dans l'intention de favoriser ou d'exclure un ou des fournisseurs en particulier ou de façon à avoir cet effet [...]»⁸⁴. Cela dit, une institution fédérale peut formuler une DP de façon à répondre à ses besoins opérationnels légitimes et « le fait qu'un soumissionnaire est plus en mesure qu'un autre de satisfaire aux spécifications d'une DP ne signifie pas nécessairement que les exigences de la DP sont adoptées de façon à favoriser ce soumissionnaire⁸⁵ ».

[75] Les allégations de SoftSim, si elles se révélaient vraies, constitueraient une partialité réelle. La partialité réelle est beaucoup plus difficile à établir que la crainte raisonnable de partialité, car le fardeau relatif de la preuve est plus élevé⁸⁶. De l'avis du Tribunal, la preuve de SoftSim ne satisfait pas au critère permettant d'établir la partialité réelle et, par conséquent, il est préférable d'examiner ses allégations selon le critère applicable en matière de crainte raisonnable de partialité.

⁸⁰ *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2000 CanLII 16572 (CAF) [*Cougar Aviation*] aux p. 21, 23, 35.

⁸¹ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45 au par. 64 [*Wewaykum*].

⁸² Voir *Cougar Aviation* au par. 21, dans laquelle la Cour a précisé les dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur* (l'accord qui précédait l'*ALEC*) qui sous-tendent les allégations de partialité réelle. Des dispositions similaires figurent dans l'*ALEC*, notamment aux articles 509.4 and 515.1, qui prévoient qu'une entité contractante ne sollicite ni n'accepte un avis de la part d'une personne qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché et traite toutes les soumissions selon les procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité.

⁸³ *Arthur c. Canada (Canada (Procureur Général))*, 2001 CAF 223 au par. 8.

⁸⁴ *Horizon Maritime Services Ltd./Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 janvier 2019), PR-2018-023 (TCCE) au par. 77 [*Horizon*]. Voir aussi *R.P.M. Tech Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 mars 2015), PR-2014-040 (TCCE) au par. 30 [*R.P.M.*].

⁸⁵ *Almon Equipment Limited c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 318.

⁸⁶ *Wewaykum* au par. 64.

[76] Le Tribunal applique le critère suivant pour déterminer si les circonstances d'une affaire suscitent une crainte raisonnable de partialité : « [À] quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste⁸⁷? »

[77] Dans les décisions du Tribunal, il est établi sans équivoque qu'il incombe au plaignant de démontrer le bien-fondé de son affirmation. Lorsqu'un plaignant allègue une simple crainte de partialité raisonnable, « le plaignant ne doit pas seulement indiquer qu'il est d'avis qu'il y avait partialité, mais doit aussi présenter suffisamment d'éléments de preuve à l'appui⁸⁸ ». De plus, en général, le Tribunal « présume de la bonne foi et de l'honnêteté aussi bien des soumissionnaires que des fonctionnaires chargés d'évaluer leur soumission⁸⁹ », c'est-à-dire que le plaignant doit fournir des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette présomption.

[78] Le MAECD ne semble pas contester le fait que les allégations de SoftSim, si elles sont véridiques, donneraient lieu à une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, l'appréciation de la preuve de SoftSim par le Tribunal est la question centrale en l'espèce.

[79] Pour ce qui est des règles de la preuve, « la pratique normale du Tribunal consiste à admettre les éléments de preuve de façon libérale, mais seulement en vue de donner à chaque élément de preuve le poids qu'il mérite⁹⁰ ». Le Tribunal n'est pas strictement lié par la règle du oui-dire, laquelle restreint habituellement l'admissibilité des éléments de preuve, plutôt que le poids qui leur est accordé. Cependant, selon le Tribunal, même si « les règles de preuve en ce qui concerne un tribunal administratif peuvent être assouplies, le Tribunal doit néanmoins faire preuve de prudence avant de se fier à ce qui équivaut à du oui-dire⁹¹ ». Le Tribunal a déjà vérifié les éléments de preuve qui lui ont été présentés en se fondant sur la règle du oui-dire de la common law, laquelle prévoit une exception pour les éléments de preuve fiables et nécessaires⁹².

⁸⁷ *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25 aux par. 20-21, citant *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, 1976 CanLII 2 (CSC), [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, selon le juge de Grandpré (dissident). Voir aussi *Horizon* au par. 73.

⁸⁸ *Sunny Jaura s/n Jaura Enterprises c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (30 janvier 2019), PR-2018-058 (TCCE) aux par. 13, 15 [*Sunny Jaura*]. Voir aussi *Renaissance Aeronautics Associates Inc. (S/N Advanced Composites Training) c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (28 mai 2017), PR-2017-063 (TCCE) au par. 38; *Tyr Tactical Canada, ULC c. Gendarmerie royale du Canada* (16 mai 2016), PR-2016-006 (TCCE) au par. 26.

⁸⁹ *MasterBedroom Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (28 juin 2017), PR-2017-017 (TCCE) au par. 12; *GESFORM International* (26 mai 2014), PR-2014-012 (TCCE) au par. 16.

⁹⁰ *MRP Retail Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada* (27 septembre 2007), AP-2006-005 (TCCE) au par. 51. Voir aussi *Oshkosh Defense Canada Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (29 décembre 2017), PR-2015-051 et PR-2015-067 (TCCE) au par. 156 : « [P]our ce qui concerne le Tribunal, dont les règles de preuve sont plus souples que celles des cours de justice, l'auteur d'une déclaration sous serment n'a pas à témoigner uniquement en fonction de ses connaissances personnelles aux fins de la détermination de l'indemnité ».

⁹¹ *Hudson's Bay Company c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada* (21 mars 2014), AP-2012-067 (TCCE) au par. 43.

⁹² *Danson Décor Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada* (6 septembre 2019), AP-2018-043 (TCCE) au par. 124 (citant *R. c. Khan*, [1990] 2 RCS 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 RCS 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 RCS 144).

[80] De l'avis du Tribunal, presque tous les éléments de preuve présentés par SoftSim constituent du oui-dire, c'est-à-dire que des employés de SoftSim affirment avoir été informés de la prétendue partialité du MAECD par des candidats potentiels ou des sources anonymes au sein du MAECD. Les employés de SoftSim qui ont signé la déclaration sous serment collective n'ont aucune connaissance directe de ce qu'ils allèguent être des déclarations partiales formulées par le MAECD. En fait, leur soi-disant connaissance provient de propos rapportés par d'autres personnes. Le Tribunal a admis et a apprécié cet élément de preuve, plutôt que de le rejeter catégoriquement parce qu'il constituerait du oui-dire. Cependant, le Tribunal estime qu'il convient de faire preuve de prudence à l'égard de l'élément de preuve présenté par SoftSim qui provient de oui-dire rapporté par d'autres personnes, surtout dans la mesure où cet élément de preuve est utilisé pour appuyer de graves allégations de partialité.

[81] Selon le Tribunal, la preuve par oui-dire présentée par SoftSim est floue, alambiquée et manque de détails. Dans l'ensemble, les rumeurs dont fait état SoftSim selon lesquelles le MAECD a fait preuve de partialité sont vagues et proviennent de sources anonymes⁹³. Dans la déclaration sous serment présentée par SoftSim, une source est désignée par son nom. Toutefois, il y est également affirmé que SoftSim possède des relevés téléphoniques et des messages transmis au moyen des médias sociaux provenant de cette source⁹⁴, lesquels n'ont jamais été fournis au Tribunal. Même si le Tribunal pouvait compter sur des relevés de communication montrant que la source a informé SoftSim que le MAECD faisait preuve de partialité, ces relevés ne permettraient pas d'établir que la source dit vrai. Sans autre preuve à l'appui, le Tribunal ne peut conclure que les rumeurs de partialité sont fiables. Par conséquent, le Tribunal n'accorde aucun poids à la preuve par oui-dire présentée par SoftSim.

[82] Cela dit, les éléments de preuve de SoftSim ne sont pas tous du oui-dire : SoftSim a également présenté une déclaration sous serment dans laquelle Joanne Plummer atteste qu'un directeur lui a dit qu'il mettrait SoftSim sur une liste noire de sorte que SoftSim ne serait plus invitée à présenter des soumissions dans le cadre de DP ultérieures⁹⁵. En réponse, le MAECD affirme que SoftSim a été invitée à participer à l'appel d'offres qui fait l'objet de la présente plainte, à celui dont il est question dans le dossier n° PR-2019-057⁹⁶ et aux invitations n°s 20-172756 et 20-170714⁹⁷, ce que SoftSim n'a pas réfuté.

[83] Le Tribunal souligne que le MAECD a évalué tout récemment, soit en décembre 2019, la soumission présentée par SoftSim dans le cadre de l'appel d'offres qui fait l'objet de la plainte connexe déposée par SoftSim (c'est-à-dire le dossier n° PR-2019-057)⁹⁸. SoftSim a également présenté des courriels montrant qu'elle a reçu des mises à jour du MAECD sur l'invitation n° 20-170714 tout récemment, soit le 6 mars 2020⁹⁹.

⁹³ Voir par exemple pièce PR-2019-053-035, vol. 1 à la p. 1.

⁹⁴ Pièce PR-2019-23B, vol. 1 à la p. 3.

⁹⁵ Pièce PR-2019-053-23, vol. 1 à la p. 7. Si le fait que SoftSim figure effectivement sur une « liste noire » n'est qu'un oui-dire, à proprement parler, le fait que le directeur ait fait cette déclaration relève directement du savoir de Joanne Plummer.

⁹⁶ C'est-à-dire les invitations n°s 20-166067 et 20-166051.

⁹⁷ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 24 (par. 71-74).

⁹⁸ *SoftSim Technologies Inc. c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (26 mars 2020), PR-2019-057 (TCCE).

⁹⁹ Pièce PR-2019-053 : la correspondance connexe entre le Tribunal et SoftSim datée du 13 mars 2020.

[84] Par conséquent, le Tribunal conclut que les affirmations de Joanne Plummer ne sont pas corroborées et, dans les circonstances, le Tribunal ne leur accorde que peu de poids. Comme il incombe à SoftSim de présenter une preuve suffisante pour étayer ses allégations de partialité¹⁰⁰, le Tribunal conclut que la déclaration sous serment de Joanne Plummer ne suffit pas pour appuyer les allégations graves qui sont formulées, et qu'il ne donne donc pas lieu à une crainte raisonnable de doute.

[85] Enfin, l'affirmation de SoftSim selon laquelle l'invitation n° 20-170714 était rédigée de façon à favoriser Coradix n'est pas fondée. Encore une fois, il incombe à SoftSim « de présenter des éléments de preuve convaincants selon lesquels l'appel d'offres a été formulé [...] dans l'intention de favoriser ou d'exclure un ou des fournisseurs en particulier ou de façon à avoir cet effet¹⁰¹ ». Il n'est pas suffisant de simplement affirmer que certaines exigences ont été ajoutées à l'invitation pour favoriser Coradix¹⁰², sans expliquer pourquoi ces exigences ne sont pas des exigences opérationnelles légitimes ou sans démontrer que seule Coradix pouvait satisfaire ces exigences. De toute manière, l'invitation n° 20-170714 ne fait pas l'objet de la présente enquête du Tribunal et, par conséquent, elle n'est pertinente que dans la mesure où elle permet d'appuyer les affirmations de SoftSim concernant l'appel d'offres en question, ce qui n'est pas le cas. Il en est de même pour les prétentions de SoftSim relativement à l'invitation n° 20-156407, laquelle ne fait l'objet d'aucune enquête par le Tribunal : ces arguments ne donnent pas lieu à une crainte de partialité dans le cadre de la présente enquête.

[86] En définitive, le Tribunal conclut que SoftSim n'a pas présenté d'éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence d'une partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité. Aucun élément de preuve présenté par SoftSim n'a convaincu le Tribunal qu'« une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » conclurait que le MAECD n'a pas offert un traitement équitable à SoftSim. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte de SoftSim, en ce qui concerne ce motif, n'est pas fondée.

(3) Le Tribunal a choisi de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l'enquête en raison d'un comportement vexatoire

[87] Le MAECD a demandé au Tribunal de mettre fin à l'enquête, conformément au paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* au motif que la plainte de SoftSim est vexatoire et qu'elle constitue un abus de procédure. Pour les motifs ci-après, le Tribunal a choisi de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l'enquête en raison du comportement vexatoire de SoftSim.

Position des parties

– Le MAECD

[88] Le MAECD fait valoir que la plainte de SoftSim et le comportement de cette dernière dans le cadre de la plainte sont vexatoires, du fait que SoftSim a entraîné des dépenses inutiles pour le Tribunal, lequel a dû affecter des ressources au traitement de la plainte, et pour le MAECD, qui a dû consacrer des ressources à se défendre contre la plainte. Le MAECD affirme que SoftSim s'est servie de la plainte, ainsi que de sa plainte dans le cadre du dossier n° PR-2019-057, pour formuler des

¹⁰⁰ *Sunny Jaura* aux par. 13, 15.

¹⁰¹ *Horizon* au par. 77. Voir aussi *R.P.M.* au par. 30; *Almon Equipment Limited c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 janvier 2012), PR-2011-022 (TCCE) au par. 54.

¹⁰² Pièce PR-2019-053-19, vol. 1 à la p. 1.

« allégations péremptoires de corruption et de malversations » [traduction] et pour porter des « accusations non pertinentes qui ne relèvent pas de la compétence du Tribunal¹⁰³ » [traduction].

[89] Dans ses observations, le MAECD a mis l'accent sur les décisions concernant le paragraphe 40(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*¹⁰⁴, laquelle permet à la Cour d'imposer aux parties dont la conduite est vexatoire l'obligation d'obtenir la permission de la Cour¹⁰⁵. Le MAECD s'est appuyé sur l'arrêt *Canada c. Olumide*,¹⁰⁶ dans lequel la Cour d'appel fédérale a conclu que la conduite vexatoire « prend des formes et des aspects multiples » et que cette conduite peut inclure « le dépôt d'affidavits et d'observations multiples, inutiles, prolixes, incompréhensibles ou immodérés, et le harcèlement ou la victimisation des parties adverses¹⁰⁷ ».

[90] Selon le MAECD, durant l'instance, SoftSim a :

- délibérément ignoré les ordonnances de procédure du Tribunal;
- a mis en copie conforme dans ses correspondances des personnes et des membres du personnel qui ne sont pas parties à l'instance, notamment le premier ministre et des ministres;
- a formulé des allégations non pertinentes et non fondées contre des fonctionnaires;
- a déposé une quantité excessive de documents devant le Tribunal, sans suivre la procédure normale de traitement des plaintes, avec peu ou pas d'indications sur la pertinence de ces documents dans le cadre de l'enquête;
- a tenu des propos incendiaires à l'encontre de certains fonctionnaires et a formulé des allégations péremptoires de corruption et de malversations, étayées uniquement par des oui-dire non fondés, qui manquaient de précision et de crédibilité;
- a inclus le Tribunal dans sa correspondance avec les autorités contractantes concernant des marchés qui ne sont pas liés à la plainte;
- a laissé entendre que les évaluations ne seraient équitables que si les contrats étaient accordés à SoftSim¹⁰⁸.

– SoftSim

[91] Selon SoftSim, elle n'a jamais eu recours aux processus du Tribunal de façon abusive, sa plainte n'est pas vexatoire et elle a fait preuve de bonne foi dans la présentation de sa preuve¹⁰⁹.

¹⁰³ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 28 (par. 85(e)).

¹⁰⁴ *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

¹⁰⁵ La disposition en question est la suivante : « La Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale, selon le cas, peut, si elle est convaincue par suite d'une requête qu'une personne a de façon persistante introduit des instances vexatoires devant elle ou y a agi de façon vexatoire au cours d'une instance, lui interdire d'engager d'autres instances devant elle ou de continuer devant elle une instance déjà engagée, sauf avec son autorisation. »

¹⁰⁶ *Canada c. Olumide*, 2017 CAF 42 (CanLII), [2018] 2 RCF 328 [*Olumide*].

¹⁰⁷ *Olumide* au par. 32.

¹⁰⁸ Voir pièce PR-2019-053-40, vol. 1.

¹⁰⁹ Pièce PR-2019-053-42 (protégée), vol. 2 à la p. 7.

Analyse du Tribunal

[92] Le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que « [s]’il estime que la plainte est dénuée de tout intérêt, [est vexatoire] ou entachée de mauvaise foi, le Tribunal peut refuser de procéder à l’enquête ou y mettre fin [...] ».

[93] Le *Black’s Law Dictionary* définit le terme « *vexatious suit* » (poursuite vexatoire) comme une « poursuite intentée avec malveillance et sans motif valable, dans le but de causer des ennuis et des dépenses à la partie qui est poursuivie » [traduction], et définit le mot « *vexatious* » (vexatoire) de la manière suivante : « ([...] conduite) sans motif ou justification raisonnable ou vraisemblable; harcèlement; conduite abusive¹¹⁰ » [traduction].

[94] Dans *Acklands-Grainger*¹¹¹, le Tribunal a utilisé la définition suivante de « *vexatious* » (vexatoire) tirée du *Canadian Oxford Dictionary* : « dénué de motifs suffisants pour prendre action et cherchant uniquement à importuner le défendeur¹¹² ». Le Tribunal a également affirmé dans *Enterasys Networks of Canada Ltd.* que, « pour être vexatoire, une procédure doit être manifestement dénuée de bien-fondé ou intentée de façon malicieuse ou en vue de harceler ou d’importuner l’autre partie¹¹³ ».

[95] Dans *Olumide*, le juge Stratas de la Cour d’appel fédérale a formulé les commentaires suivants :

Pour définir le terme « vexatoire », il est préférable d’éviter la précision. La conduite vexatoire prend des formes et des aspects multiples. Elle tient parfois au nombre d’instances et de requêtes sans fondement ou à la remise en litige d’instances et de requêtes déjà tranchées. Elle tient parfois aux visées du plaideur, souvent révélées par les parties poursuivies, par la nature des allégations qui leur sont opposées et par le langage employé. D’autres fois, elle tient à la manière dont les instances et les requêtes sont engagées, par exemple, le dépôt d’affidavits et d’observations multiples, inutiles, prolixes, incompréhensibles ou immodérés, et le harcèlement ou la victimisation des parties adverses¹¹⁴.

[96] De plus, la décision *Foy v. Foy* de la Cour d’appel de l’Ontario¹¹⁵, largement appliquée par les cours et les tribunaux, englobe les principes suivants pour ce qui est de la reconnaissance des instances introduites par des parties dont la conduite est vexatoire : des actions intentées pour que des questions déjà tranchées le soient de nouveau; des actions par lesquelles aucune personne raisonnable

¹¹⁰ *Black’s Law Dictionary*, 9^e édition (Saint-Paul, MN : Thomson Reuters, 2009, cité dans *Carroll c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 287 aux par. 105-106.

¹¹¹ *Acklands-Grainger Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 septembre 2011), PR-2011-007 (TCCE) [*Acklands-Grainger*] au par. 51.

¹¹² *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e édition., sous « *vexatious* » (vexatoire); *Acklands-Grainger* au par. 51.

¹¹³ *Enterasys Networks of Canada Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE) au par. 71.

¹¹⁴ *Olumide* au par. 32.

¹¹⁵ *Foy v. Foy* (No. 2) (1979), 1979 CanLII 1631 (ON CA) [*Foy*] (en anglais seulement).

ne pourrait raisonnablement espérer obtenir réparation; et des actions intentées à des fins autres que l'affirmation de droits légitimes¹¹⁶.

[97] Le Tribunal souligne que l'arrêt *Olumide* et la décision *Foy* portent sur la définition de ce que signifie une *conduite vexatoire*, tandis que le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* porte sur la caractérisation d'une *plainte* en particulier. Cette distinction est importante, car les cours ne disposent pas de mécanisme pour rejeter une action, un appel ou une demande de contrôle judiciaire dès sa réception (c'est-à-dire à l'étape du dépôt) comme celui du Tribunal pour le traitement des plaintes en matière de marchés publics. Par conséquent, en définissant ce que signifie une conduite vexatoire, les cours peuvent assurer un contrôle plus serré sur leur processus et l'étape du dépôt dans le cadre d'éventuelles affaires. À l'inverse, la *Loi sur le TCCE* et le *Règlement* établissent un processus qui permet au Tribunal d'agir comme « gardien¹¹⁷ ». Dans le cadre de ces fonctions, le Tribunal peut rejeter les plaintes qui ne satisfont pas aux exigences énoncées dans le *Règlement*, dont les plaintes qui n'indiquent pas de façon raisonnable que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents. Or, ce processus réduit grandement la probabilité qu'une plainte soit considérée comme étant vexatoire.

[98] Par conséquent, de l'avis du Tribunal, le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* lui permet d'écarter les affaires qui – même si elles satisfont à toutes les exigences énoncées dans le *Règlement* – sont utilisées pour incommoder ou ennuyer de façon stratégique l'institution fédérale concernée ou le fournisseur retenu. Le caractère vexatoire d'une plainte peut être révélé au moment du dépôt ou plus tard lorsque l'enquête est en cours, c'est pourquoi le paragraphe 30.13(5) peut être utilisé pour rejeter une plainte à l'étape initiale de l'acceptation ou pour mettre fin à une enquête en cours. Le fardeau de démontrer qu'une plainte est vexatoire est relativement élevé. En fait, le Tribunal n'a jamais rejeté une plainte ou mis fin à une enquête au motif qu'une plainte était vexatoire¹¹⁸.

[99] La plainte de SoftSim a été acceptée aux fins d'enquête, car le Tribunal a déterminé qu'elle satisfaisait aux exigences énoncées dans le *Règlement*. Rien n'indiquait dans la plainte qu'elle était vexatoire à ce moment-là; en cas contraire, le Tribunal aurait décidé de ne pas faire enquête.

[100] Par conséquent, à cette étape-ci de la procédure de plainte, la question est de savoir si le comportement de SoftSim *durant* l'enquête permet de constater que la plainte est vexatoire ou, en d'autres termes, que la plainte a été déposée uniquement pour incommoder ou ennuyer le MAECD ou Coradix.

[101] Le comportement de SoftSim durant l'enquête est sans précédent dans l'histoire du Tribunal, et il a entraîné des dépenses et a donné lieu à des désagréments, peut-être plus pour le Tribunal que pour le MAECD. Cependant, le Tribunal ne croit pas que mettre fin à l'enquête soit dans l'intérêt du mécanisme d'examen des marchés publics. De plus, le RIF et les commentaires sur le RIF ont déjà

¹¹⁶ Ces principes ont été résumés, entre autres, dans *Re Lang Michener and Fabian*, 1987 CanLII 172 (ON SC) (en anglais seulement).

¹¹⁷ Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit *déterminer* s'il y a lieu d'enquêter. Le paragraphe 7(1) du *Règlement* énumère les conditions à remplir afin que le Tribunal accepte d'enquêter sur une plainte.

¹¹⁸ Le Tribunal est venu bien prêt du rejet dans *Netgear Inc.*, lorsqu'il affirmait que les allégations répétées de la partie plaignante frisaient « l'abus de procédure vexatoire ». Voir *Netgear Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au par. 9.

été déposés. Enfin, de l'avis du Tribunal, il est avantageux de se pencher sur les allégations de SoftSim en fonction de leur bien-fondé.

[102] Néanmoins, le Tribunal souhaite insister sur le fait que le comportement de SoftSim dans le cadre de la présente enquête et lors d'autres instances devant le Tribunal ne peut en aucun cas être toléré. SoftSim a produit des documents de façon désordonnée et tardive, ce qui a fait en sorte qu'il était extrêmement difficile pour le MAECD de connaître la preuve produite contre lui. Le comportement de SoftSim a également occasionné des difficultés sur le plan opérationnel pour le Tribunal; compte tenu des communications désordonnées, fréquentes et volumineuses de SoftSim, les ressources limitées du Tribunal ont mal été utilisées.

[103] Le dossier du Tribunal concernant la plainte renferme plus de 300 documents et courriels, dont la plupart ont été présentés par SoftSim. Parmi ces documents figurent un grand nombre de courriels qui, au mieux, étaient vaguement liés à la plainte, de multiples copies des mêmes plaidoyers envoyés à différentes occasions et de nombreux cas où les plaidoiries ont été envoyées en grand lots, non rassemblées et sans explication quant à leur signification. Les documents produits par SoftSim ont également été envoyés hors séquence et sans respecter le calendrier de l'enquête du Tribunal, c'est-à-dire que SoftSim ajoutait continuellement des documents dans le cadre de sa plainte tout au long de l'enquête. Par ailleurs, SoftSim ne mettait pas toujours le MAECD en copie conforme dans sa correspondance.

[104] Dans le cadre de la plainte, tout comme dans le cas des autres plaintes déposées par SoftSim, le greffe du Tribunal a dû rappeler maintes fois à SoftSim que la correspondance avec le greffe doit être liée directement à un dossier actif ou avoir trait au dépôt d'une nouvelle plainte. Le Tribunal a également envoyé à SoftSim plusieurs directives en matière de procédure, notamment ce qui suit :

- Une lettre datée du 27 février 2020, demandant que, si SoftSim avait l'intention de déposer des documents, ceux-ci devaient respecter le calendrier, sans quoi SoftSim devait demander une prolongation.
- Une lettre datée du 10 mars 2020, informant SoftSim que, si elle voulait contester les résultats d'un appel d'offres qui ne faisait pas l'objet de la plainte, elle devrait déposer une nouvelle plainte;
- Une lettre datée du 13 mars 2020, informant SoftSim qu'elle ne pouvait pas retirer un appel d'offres de sa plainte lorsque cet appel d'offres ne faisait pas l'objet d'une enquête. Le Tribunal a réitéré que SoftSim doit déposer une nouvelle plainte distincte pour chaque appel d'offres auquel elle s'oppose.
- Une lettre datée du 13 mars 2020, expliquant la prérogative des ministères d'être représentés par un avocat devant le Tribunal et la possibilité pour les plaignants d'être représentés par un avocat à leurs propres frais.
- Une lettre datée du 17 mars 2020, rappelant à SoftSim que la présente enquête du Tribunal, ainsi que son enquête dans le dossier n° PR-2019-057, portait uniquement sur les questions soulevées dans les plaintes de SoftSim. Le troisième paragraphe de cette lettre informait SoftSim que toute correspondance future qui n'aurait pas précisément trait aux appels d'offres couverts par les enquêtes ne ferait pas l'objet d'un accusé de réception et serait mise de côté d'emblée.

- Une lettre datée du 19 mars 2020, informant SoftSim qu'elle devrait obtenir la permission du Tribunal avant de déposer des documents supplémentaires dans le cadre de la présente enquête et de l'enquête dans le dossier n° PR-2019-057, laquelle a ensuite été abandonnée.
- De nombreux courriels demandant à SoftSim de préciser à quels dossiers ses communications se rapportaient (voir, par exemple, les courriels envoyés les 7, 20 et 21 février 2020 et le 13 mars 2020).

[105] SoftSim a également formulé des accusations directes contre le Tribunal et a remis en doute son indépendance. Par exemple, dans un courriel adressé au Tribunal, au premier ministre et au ministre des Affaires étrangères, SoftSim a affirmé que le Tribunal était « une organisation inutile et à la merci du gouvernement » [traduction] et que le premier ministre « devrait démanteler votre organisation entièrement et utiliser les fonds pour aider les pauvres Canadiens qui souffrent de la COVID-19¹¹⁹ » [traduction].

[106] SoftSim a eu des agissements semblables dans le cadre d'autres plaintes en matière de marchés publics. Dans le dossier n° PR-2019-068, SoftSim a affirmé que le soumissionnaire retenu ne disposait pas de l'expérience requise. Le Tribunal a conclu que cette allégation n'était pas fondée et, dans les motifs invoqués pour ne pas faire enquête, il a prévenu « les parties plaignantes qu'elles ne devraient pas faire des allégations vagues et non fondées dans le but de mettre en doute l'intégrité d'entités contractantes ou de fonctionnaires en particulier¹²⁰ ».

[107] En outre, après que le Tribunal eut décidé de ne pas faire enquête sur le dossier n° PR-2019-064, SoftSim a encore une fois affirmé que le Tribunal était partial et a demandé au premier ministre d'annuler son financement¹²¹.

[108] Les commentaires mentionnés ci-dessus doivent être considérés à la lumière des commentaires élogieux formulés auparavant par SoftSim à l'intention du Tribunal lorsque la plainte en l'espèce a été acceptée aux fins d'enquêtes : « Vous faites un excellent travail pour garantir un commerce équitable et transparent avec le gouvernement. À titre de contribuable, je suis très fier de vous et du travail que vous faites. Je vous en suis très reconnaissant [...] L'ordonnance [de reporter] l'attribution du contrat est la preuve parfaite de votre détermination à garantir un commerce équitable¹²² » [traduction].

[109] Comme mentionné ci-dessus, de l'avis du Tribunal, il n'était pas approprié de mettre fin à l'enquête, comme le demandait le MAECD. Néanmoins, le Tribunal tient à souligner que le comportement de SoftSim durant l'instance était tout à fait inapproprié. Le Tribunal fait remarquer que le paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE* lui confère de vastes pouvoirs afin d'assurer le contrôle des instances, notamment le pouvoir de faire respecter strictement ses règles ou d'établir des règles spéciales pour ce qui est du dépôt des documents. Le Tribunal dispose aussi du pouvoir de déclarer une partie coupable d'outrage au tribunal. Les agissements de SoftSim étaient presque à ce niveau.

¹¹⁹ Pièce PR-2019-053-40, vol. 1 à la p. 153.

¹²⁰ *SoftSim Technologies Inc. c. Instituts de recherche en santé du Canada* (25 mars 2020), PR-2019-068 (TCCE) au par. 39.

¹²¹ Pièce PR-2019-064-06.04, vol. 3 à la p. 2.

¹²² Pièce PR-2019-053 : La correspondance connexe entre le Tribunal et SoftSim datée du 5 février 2020.

[110] Le Tribunal souligne également qu'il peut, à sa discrétion, adjuger les frais différemment selon le comportement et les agissements du plaignant durant l'instance. Comme il en sera question plus loin, le comportement de SoftSim durant l'instance a eu une incidence sur le montant des frais adjugé par le Tribunal.

FRAIS

[111] Les deux parties ont demandé une indemnité, sans toutefois proposer de montant.

[112] Le Tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour accorder une indemnité de frais relatifs à une enquête en vertu de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*. Le Tribunal applique le « modèle judiciaire » selon lequel les frais sont ordinairement accordés à la partie qui obtient gain de cause¹²³. Par conséquent, le Tribunal accordera une indemnité au MAECD pour ses frais.

[113] Une indemnité n'a pas pour but d'être une source de profit pour la partie ayant eu gain de cause, et qu'il ne s'agit pas non plus d'une punition imposée à la partie qui doit la payer¹²⁴. De manière générale, l'indemnité est fixée conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui décrit un système de tarif fixe selon le degré de complexité du marché public, de la plainte et de la procédure de plainte.

[114] Selon les facteurs énumérés dans la *Ligne directrice*, le Tribunal conclut que le degré de complexité dans cette affaire correspond au degré 2, auquel est associé un tarif fixe tout compris de 2 750 \$. La complexité du marché public était de niveau moyen, car les services requis étaient spécialisés, relativement peu définis et devaient être fournis par projet, plutôt que pendant une période prédéfinie. La plainte était également de complexité moyenne, car elle comportait une analyse de critères cotés et des allégations de partialité. La procédure était très complexe, en raison du grand nombre de mémoires et de documents irréguliers présentés, de l'utilisation d'éléments de preuve sous forme de déclarations sous serment et du délai de 135 jours.

[115] Toutefois, la *Ligne directrice* n'est pas destinée à traiter de situations semblables à celle qui s'est produite dans la présente procédure. Comme indiqué ci-dessus, si la conduite de SoftSim dans cette procédure n'a pas atteint le niveau de la vexation, elle n'en était pas moins répréhensible et a eu pour effet de compliquer inutilement la procédure. SoftSim a déposé des documents volumineux, incohérents et inopportuns, dont plusieurs manquaient de pertinence. La manière dont SoftSim s'est comportée a eu une incidence significative sur le Tribunal et ses ressources limitées, mais surtout, pour déterminer le montant d'indemnisation. Ce comportement a empêché le MAECD d'être bien au fait du fardeau de la preuve, car les allégations de SoftSim ont créé une perpétuelle « cible mobile ».

[116] En raison des difficultés additionnelles engendrées par le comportement de SoftSim auprès du MAECD dans la préparation de sa réponse à la plainte, le Tribunal exercera son pouvoir discrétionnaire pour déroger à la *Ligne directrice*. Par conséquent, bien que la *Ligne directrice* indique qu'un degré de complexité correspondant au degré 2 est associé à un tarif fixe de 2 750 \$, le Tribunal majorera ce montant de 750 \$ et accordera ainsi au MAECD une indemnité de 3 500 \$ pour

¹²³ Voir *Canadian North c. Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien* (15 mai 2007), PR-2006-026R (TCCE) au par. 7 et la section 2.1 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* du Tribunal.

¹²⁴ Voir *SoftSim Technologies Inc. c. Conseil national de recherches Canada* (5 novembre 2018), PR-2018-015 (TCCE) au par. 6.

ses frais. Tout compte fait, le Tribunal estime que ce montant est raisonnable. Le Tribunal n'hésitera pas à accorder une compensation financière pour les frais réels dans le cadre de futures procédures de plainte et sera sans relâche si SoftSim se conduit de manière similaire.

[117] Le Tribunal ne sollicitera pas de commentaires sur l'attribution de cette indemnité comme le prévoit la *Ligne directrice*. La présente dérogation à la pratique habituelle est justifiée dans les circonstances, précisément en raison du comportement de SoftSim dans cette procédure. Ainsi, le montant d'indemnisation du Tribunal est définitif.

DÉCISION DU TRIBUNAL

[118] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée.

[119] Aux termes du paragraphe 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde au MAECD une indemnité d'un montant de 3 500 \$ pour les frais liés à la préparation de sa réponse à la plainte, indemnité qui doit être versée par SoftSim. Le Tribunal ordonne à SoftSim de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

ANNEXE 1 – Invitation n° 20-166067 :**CRITÈRES OBLIGATOIRES ET COTÉS**

| A.7 ANALYSTE PROGRAMMEUR DE NIVEAU 3 NOM DE LA RESSOURCE : | | | |
|---|--|---|--|
| | CRITÈRES OBLIGATOIRES | SATISFAIT/ NON SATISFAIT | JUSTIFICATION/ RENOI À LA PROPOSITION (RENSEIGNEMENT DEVANT ÊTRE AJOUTÉ PAR LE FOURNISSEUR) |
| APO.1 | <p>Le soumissionnaire doit soumettre le curriculum vitæ à jour de trois (3) analystes-programmeurs de niveau 3 détenant tous une cote de sécurité du personnel valide au niveau *Secret ou supérieur attribuée par le gouvernement du Canada et il doit démontrer, au moyen de descriptions de projet, que chaque ressource proposée possède au moins dix (10) années d'expérience en tant qu'analyste-programmeur conformément à l'arrangement en matière d'approvisionnement de services professionnels en informatiques centrés sur les tâches (SPICT) EN578-170432.</p> <p>* La cote de sécurité de niveau Secret doit être valide à la date et à l'heure de clôture de la demande de propositions. Le soumissionnaire doit fournir le nom officiel complet, la date de naissance et le numéro de dossier de la cote de sécurité des ressources proposées.</p> | | |
| APO.2 | <p>Le soumissionnaire doit démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projet, que chaque ressource proposée possède au moins trois (3) années d'expérience dans la configuration de Microsoft Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente.</p> | | |
| APO.3 | <p>Le soumissionnaire doit démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projet, que chaque ressource proposée possède au moins cinq (5) années d'expérience dans le développement d'applications en utilisant les technologies Microsoft.NET.</p> | | |

| | CRITÈRES COTÉS | POINTS | ÉCHELLE DE COTATION | JUSTIFICATION/ RENVOI À LA PROPOSITION |
|--------------|---|--------|---|--|
| APC.1 | <p>Le soumissionnaire devrait démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projet, que chaque ressource proposée possède de l'expérience de travail à titre d'analyste-programmeur dans le cadre de projets*** complexes* et intégrés** dans MS Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente :</p> <p>a. analyser les exigences opérationnelles et les convertir en exigences fonctionnelles;</p> <p>b. mettre en œuvre les exigences fonctionnelles et les spécifications du système;</p> <p>c. donner des conseils et de l'encadrement sur la mise en œuvre des systèmes et des solutions;</p> <p>d. concevoir des documents de spécification technique (comme des plans du système et des documents de définition);</p> <p>e. analyser et apporter des changements aux systèmes et limiter les répercussions sur la base d'utilisateurs.</p> <p>* On entend par complexe un environnement comportant de multiples équipes, intervenants et processus tirant profit de MS Dynamics CRM pour ses activités quotidiennes.</p> <p>** On entend par intégré un projet dans Microsoft Dynamics CRM qui se connecte à d'autres systèmes ou applications d'entreprise.</p> | /30 | <p>1 à 2 projets = 10 points</p> <p>3 à 4 projets = 20 points</p> <p>5 ou plus = 30 points</p> | |
| APC.2 | <p>Le soumissionnaire devrait démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projets, que chaque ressource proposée possède de l'expérience dans les processus opérationnels de programmation pour des solutions</p> | /25 | <p>1 projet = 5 points</p> <p>2 projets = 10 points</p> <p>3 projets = 15 points</p> <p>4 projets =</p> | |

| | | | | |
|--------------------------------------|--|-----|--|--|
| | MS Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente. | | 20 points 5 projets et plus = 25 points | |
| APC.3 | <p>Le soumissionnaire devrait démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projet, que chaque ressource proposée possède de l'expérience dans la personnalisation* des solutions MS Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente.</p> <p>* On entend par personnalisation l'écriture d'un code afin de modifier l'aspect et le mode de fonctionnement, de mettre en œuvre des règles opérationnelles complexes ou d'améliorer la convivialité en tirant profit des langages de programmation comme .NET ou JavaScript.</p> | /20 | <p>1 projet = 5 points 2 projets = 10 points 3 projets = 15 points 4 projets ou plus = 20 points</p> | |
| APC.5 | <p>Le soumissionnaire devrait démontrer, au moyen de descriptions détaillées de projet, que chaque ressource proposée possède de l'expérience :</p> <p>a. dans l'élaboration de modules d'extension pour Microsoft Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente;</p> <p>b. dans le développement au moyen d'une trousse de développement logiciel (SDK) pour Dynamics CRM 2015 ou une version plus récente.</p> | /20 | <p>1 projet = 5 points 2 projets = 10 points 3 projets = 15 points 4 projets ou plus = 20 points</p> | |
| APC.6 | <p>Le soumissionnaire devrait démontrer que chaque ressource proposée détient une attestation Microsoft Dynamics CRM valide.</p> <p>Une copie de la certification doit être jointe à la soumission.</p> | /5 | 5 points | |
| Note de passage : 70 % 70/100 | | | /100 points | |