



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2020-031

SoftSim Technologies Inc.

c.

Ministère des Affaires étrangères,
du Commerce et du
Développement

*Décision rendue
le mercredi 25 novembre 2020*

*Motifs rendus
le jeudi 10 décembre 2020*

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|-----------------------|---|
| DÉCISION..... | i |
| EXPOSÉ DE MOTIFS..... | 1 |
| CONTEXTE | 1 |
| ANALYSE..... | 5 |

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 est en partie fondée. Le contrat spécifique ayant été annulé, la partie plaignante s'est déjà vu accorder une mesure corrective, comme elle l'avait demandé dans la plainte telle que déposée. De ce fait, les motifs de plainte qui subsistent sont sans objet et le Tribunal refuse d'accorder toute autre mesure corrective.

Chaque partie assumera ses propres frais.

Susan D. Beaubien

Susan D. Beaubien
Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

| | |
|--|---|
| Membre du Tribunal : | Susan D. Beaubien, membre président |
| Personnel de soutien : | Jessye Kilburn, conseillère juridique |
| Partie plaignante : | SoftSim Technologies Inc. |
| Institution fédérale : | Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement |
| Conseillers juridiques de l'institution fédérale : | Roy Chamoun Benjamin Hiemstra Manou Ranaivoson |

Veillez adresser toutes les communications à :

La greffière adjointe
Téléphone : 613-993-3595
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DE MOTIFS

CONTEXTE

[1] SoftSim Technologies Inc. (SoftSim) a déposé une plainte¹ auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur concernant un appel d'offres publié par le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement (MAECD) (invitation n° 20-174589) pour la fourniture de services professionnels de multiples ressources, de différentes catégories et niveaux, disponibles par l'entremise de l'Arrangement en matière d'approvisionnement pour les Services professionnels en informatique centrés sur les tâches. La demande de proposition (DP), publiée le 5 mai 2020, portait une date initiale de clôture du 22 mai 2020.

[2] La DP comprenait un énoncé des travaux dans lequel l'objectif du marché était décrit comme étant l'acquisition d'une équipe de ressources pouvant aider à la mise en œuvre des priorités liées à la Stratégie d'apprentissage numérique².

[3] Les soumissions devaient être évaluées sur le plan du mérite technique et du prix. La soumission retenue devait être celle qui obtiendrait la note combinée la plus élevée pour le mérite technique et le prix³.

[4] La DP prévoyait certaines exigences techniques obligatoires⁴. Les soumissions qui ne respectaient pas toutes les exigences obligatoires, sans exception, seraient déclarées non recevables et rejetées. Les soumissions qui respectaient les exigences obligatoires seraient notées et une note technique leur serait attribuée en fonction de critères techniques cotés⁵.

[5] Seules les soumissions recevables passeraient à l'étape de l'évaluation financière, soit l'examen des prix des soumissions. Pour être jugée recevable, une soumission devait respecter toutes les exigences relatives aux soumissions, répondre à tous les critères obligatoires de l'évaluation technique et obtenir la note minimale prescrite à l'évaluation technique. La DP indiquait clairement que toutes ces conditions devaient être remplies. Autrement dit, chaque condition devait être remplie pour que la soumission soit jugée recevable⁶.

[6] Quatorze entreprises ont présenté des soumissions, dont SoftSim⁷.

[7] SoftSim a été informée que sa soumission avait été jugée non conforme à l'une des exigences techniques obligatoires. La soumission de SoftSim a donc été rejetée et n'a fait l'objet d'aucun examen ultérieur⁸. Le contrat a été attribué à un autre soumissionnaire, Cofomo Ottawa, le 19 août 2020⁹.

¹ Pièce PR-2020-031-01A.

² Pièce PR-2020-031-07 à la p. 53.

³ *Ibid.* aux p. 20-21.

⁴ *Ibid.* aux p. 23-28.

⁵ *Ibid.* aux p. 18-19.

⁶ *Ibid.* aux p. 20-21.

⁷ Pièce PR-2020-031-20A à la p. 5.

⁸ *Ibid.* aux p. 6-7.

⁹ Pièce PR-2020-031-07 à la p. 1.

[8] Le MAECD a jugé que la soumission de SoftSim n'était pas conforme à l'exigence obligatoire O2 concernant la capacité de l'entreprise (l'exigence O2), qui prévoit ce qui suit :

Le soumissionnaire **DOIT** avoir au moins trois (3) contrats de services de conseil en affaires et de services de soutien à la gestion de projets avec une société d'État, un ministère ou un organisme du gouvernement du Canada.

A) Chaque contrat donné en référence doit répondre aux critères suivants :

- Le contrat doit être un contrat avec un client unique.
- La valeur totale minimale du contrat doit être de 1 000 000,00 \$ CA.
- La durée du contrat doit être d'au moins un an.
- Le contrat doit avoir été achevé dans les cinq dernières années, à compter de la date de clôture des soumissions, ou être en cours depuis un minimum de six mois, à la date de clôture des soumissions.
- Au moins 70 jours ont été facturés pour deux des trois catégories énumérées dans l'exigence O1.

B) Pour chacune des ressources proposées, le soumissionnaire doit fournir les renseignements suivants au sujet de l'exécution de chaque projet achevé :

- Nom de l'organisation
- Nom du projet
- Brève description du projet
- Période d'exécution du projet – date de début et date de fin (format : année/mois)
- Nom, numéro de téléphone et adresse courriel de la personne-ressource¹⁰

[Traduction]

[9] Pour démontrer sa conformité à l'exigence O2, SoftSim a fourni des exemples représentatifs de son expérience antérieure avec quatre de ses clients, dont le Fonds de recherche du Québec – Santé (FRQS) et la Fondation canadienne pour l'innovation (FCI)¹¹.

[10] Le MAECD a conclu que la soumission de SoftSim ne répondait pas à l'exigence O2 parce que ni le FRQS ni la FCI n'étaient « une société d'État, un ministère ou un organisme du gouvernement du Canada » [traduction]. Le MAECD était d'avis que le terme « gouvernement du Canada » devrait être interprété comme signifiant le gouvernement *fédéral* du Canada¹².

[11] Selon cette interprétation, SoftSim ne pouvait pas fournir son expérience de travail antérieure avec le FRQS comme référence, car cette entité relève d'un gouvernement provincial.

[12] Étant donné que deux des quatre projets antérieurs donnés en référence par SoftSim ont été rejetés, il lui manquait donc un projet sur les trois projets demandés selon l'exigence O2. Par conséquent, la soumission de SoftSim a été rejetée et les aspects techniques et financiers n'ont pas été évalués.

¹⁰ Pièce PR-2020-031-20A à la p. 6.

¹¹ *Ibid.* aux p. 6-7; pièce PR-2020-031-01B (protégée) aux p. 21-28.

¹² Pièce PR-2020-031-01C; pièce PR-2020-031-01D aux p. 8-9.

[13] SoftSim a demandé au MAECD de revoir¹³ son interprétation de l'exigence O2, mais Services publics et Approvisionnement Canada a refusé de le faire, déclarant que ni le FRQS ni la FCI ne faisaient partie de l'administration publique centrale du Canada au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*¹⁴. SoftSim a déposé une plainte auprès du Tribunal le 19 août 2020¹⁵ et a présenté des documents supplémentaires les 20 et 27 août 2020¹⁶.

[14] Dans sa plainte, SoftSim prétend que le MAECD a commis une erreur en concluant que le terme « gouvernement du Canada » figurant dans l'exigence O2 désigne seulement le gouvernement fédéral du Canada. Selon SoftSim, ce terme doit être interprété au sens large, car le gouvernement du Canada comprend trois ordres de gouvernement : fédéral, provincial ou territorial et municipal¹⁷. Pour appuyer cet argument, SoftSim a produit des imprimés de plusieurs sites Web gouvernementaux¹⁸.

[15] SoftSim soutient que, comme le MAECD a évalué les soumissions en s'appuyant sur sa conclusion selon laquelle seule une expérience de travail antérieure avec des entités fédérales pouvait être fournie à titre de référence pour satisfaire à l'exigence O2, le MAECD a incorrectement attribué le contrat en fonction de critères qui étaient différents de ceux énoncés dans la DP, ce qui est contraire à l'article XII de l'Accord révisé sur les marchés publics¹⁹ de l'Organisation mondiale du commerce et à l'article 506 de l'Accord sur le commerce intérieur²⁰.

[16] SoftSim a également produit des documents qui, selon elle, démontrent que le FRQS et la FCI font partie du « gouvernement du Canada »²¹. Plus particulièrement, SoftSim affirme que la FCI fait partie du portefeuille du ministre fédéral de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie²².

[17] À titre de mesure corrective, SoftSim demande que les soumissions soient réévaluées et que le contrat spécifique soit reporté ou résilié. SoftSim demande également que lui soit versée une indemnité dont le montant serait déterminé par le Tribunal et demande le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission et le dépôt de sa plainte²³.

[18] Le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte de SoftSim le 3 septembre 2020 et un avis à cet effet a été publié dans la *Gazette du Canada* le 19 septembre 2020²⁴.

[19] Le MAECD a déposé un Rapport de l'institution fédérale (RIF) le 16 octobre 2020²⁵.

¹³ Pièce PR-2020-031-01; pièce PR-2020-031-01D.

¹⁴ Pièce PR-2020-031-01F aux p. 1-2.

¹⁵ Pièce PR-2020-031-01A.

¹⁶ Pièce PR-2020-031-01C; pièce PR-2020-031-01D; pièce PR-2020-031-01F; pièce PR-2020-031-01G.

¹⁷ Pièce PR-2020-031-01A aux p. 10-11.

¹⁸ *Ibid.* aux p. 108-165.

¹⁹ En ligne : Organisation mondiale du commerce

<https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_app_agree_f.htm> (entrée en vigueur le 6 avril 1994) [AMP].

²⁰ Accord sur le commerce intérieur, 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<https://www.cfta-alec.ca/accord-sur-le-commerce-interieur/?lang=fr>>; pièce PR-2020-031-01A à la p. 11.

²¹ Pièce PR-2020-031-01A aux p. 108-165.

²² *Ibid.* aux p. 134-138.

²³ *Ibid.* aux p. 7-8.

²⁴ Pièce PR-2020-031-04 à la p. 3.

²⁵ Pièce PR-2020-031-20A.

[20] SoftSim a déposé des commentaires vraisemblablement en réponse au RIF le 16 octobre 2020²⁶.

[21] Avant le dépôt du RIF, les conseillers juridiques du MAECD ont avisé SoftSim et le Tribunal que le contrat serait annulé et qu'une nouvelle DP serait publiée²⁷. Selon les conseillers juridiques, cette décision a été prise après que le MAECD a conclu que l'exigence O2 était indûment restrictive et incompatible avec les accords commerciaux parce qu'elle précisait que les soumissionnaires devaient démontrer leur expérience antérieure de l'exécution de projets en partenariat avec une entité du gouvernement fédéral²⁸.

[22] Toutefois, SoftSim a refusé de retirer sa plainte. Les parties auraient apparemment entamé des discussions, qui ont été amorcées par le MAECD, afin d'en arriver à un règlement ou au retrait de la plainte de SoftSim sans que le Tribunal ne se penche plus longuement sur l'affaire. SoftSim a déposé des copies de la correspondance connexe auprès du Tribunal.

[23] Il est bien établi que les communications échangées en vue d'en arriver à un règlement ou d'éviter une contestation judiciaire sont assujetties au privilège relatif aux règlements et ne sont pas admissibles en preuve :

Le privilège relatif aux règlements vise à favoriser les règlements amiables. Ce privilège entoure d'un voile protecteur les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations.²⁹

[24] Le privilège relatif aux règlements favorise les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui peut faciliter le règlement du différend. Les parties peuvent donc prendre part à ces discussions sans crainte que les renseignements qu'elles divulguent soient utilisés à leur détriment dans un litige ultérieur si elles ne parviennent pas à conclure un règlement³⁰.

[25] Ce principe général est assujetti à des exceptions bien circonscrites qui ne s'appliquent pas à la présente instance³¹.

[26] Le Tribunal a déjà reconnu et appliqué la règle du privilège relatif aux règlements³².

[27] Par conséquent, pour rendre sa décision, le Tribunal n'a pas tenu compte de la correspondance³³ entre le MAECD et SoftSim relative au règlement de la plainte.

²⁶ Pièce PR-2020-031-21.

²⁷ Pièce PR-2020-031-12A.

²⁸ Pièce PR-2020-031-20A aux p. 8-9.

²⁹ *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37 au par. 2.

³⁰ *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35 aux par. 31-34; *Signature Inns, Inc. c. Carleton Homes Ltd.*, (1987), 18 C.P.R. (3e) 124 à la p. 125; *Canadian Media Corp. c. Canada*, (1991), 48 F.T.R. 68 à la p. 71.

³¹ Par exemple, *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35 au par. 3; *Bertram c. Canada*, 1995 CanLII 3563 (CAF), [1996] 1 CF 756; *Roberts c. Zoomermedia Limited*, 2015 ONSC 1120 au par. 25.

³² *Canadian Tire Corporation, Limited*, 2015 CanLII 153844 (CA TCCE).

³³ Cette correspondance est présumée comprendre les commentaires déposés par SoftSim en réponse au RIF (pièce PR-2020-031-21), dans lesquels il est fait mention du contenu de la correspondance antérieure relative au règlement de la plainte.

ANALYSE

[28] Le fait que la DP vise un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*³⁴ n'est pas contesté.

[29] Le MAECD ayant reconnu que le critère technique O2 était trop restrictif, le Tribunal conclut que la plainte de SoftSim est en partie fondée. Le MAECD a cité les dispositions des accords commerciaux selon lesquelles une invitation à soumissionner ne peut pas limiter la participation à un marché aux seuls fournisseurs qui ont préalablement obtenu un marché d'une entité contractante en particulier³⁵. Par conséquent, le critère technique O2 était inutilement restrictif, car il limitait la participation aux seuls soumissionnaires qui avaient une expérience antérieure de travail avec le gouvernement fédéral.

[30] Le MAECD a résilié volontairement le contrat spécifique sur lequel porte la plainte de SoftSim. Par conséquent, SoftSim s'est vu accorder une mesure corrective, comme elle l'avait demandé dans sa plainte.

[31] Le RIF comprenait les notes pour le mérite technique et les prix des soumissions des autres soumissionnaires. Selon ce rapport, le prix de la soumission de SoftSim était plus élevé que celui de plusieurs autres soumissionnaires³⁶. Compte tenu de ce fait, rien ne permet au Tribunal de conclure que SoftSim aurait été le soumissionnaire retenu si sa soumission n'avait pas été rejetée. En conséquence, le Tribunal refuse de recommander qu'une indemnité soit versée à SoftSim ou d'adjudger des dépens correspondant aux frais engagés pour la préparation de sa soumission.

[32] Compte tenu de ce qui précède, les autres motifs de plainte qui subsistent, à savoir les arguments de SoftSim selon lesquels le MAECD a interprété le terme « gouvernement du Canada » de façon erronée et indûment restrictive sont devenus théoriques, tout comme les arguments de SoftSim selon lesquels le FRQS et la FCI devraient être considérés comme « une société d'État, un ministère ou un organisme du gouvernement du Canada » [traduction].

[33] Un motif ou une instance devient théorique s'il n'y a plus de litige actuel entre les parties. Si l'instance est théorique, la cour ou le tribunal concerné conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'instruire et de trancher l'affaire. Lors de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les facteurs suivants doivent être pris en compte : (1) l'existence d'un débat contradictoire entre les parties; (2) le souci d'économie des ressources judiciaires; (3) l'intérêt qu'a le public à ce que le litige soit réglé³⁷.

³⁴ L.R.C., 1985, c. 47 (4^e suppl.).

³⁵ Selon l'article 503(5)e) de l'Accord de libre-échange canadien, sauf disposition contraire, les entités contractantes contreviennent à l'accord si elles « limite[nt] la participation à un marché aux seuls fournisseurs qui ont préalablement obtenu un ou plusieurs marchés d'une entité contractante ». L'article VIII(2)a) de l'AMP prévoit ce qui suit : « Lorsqu'elle établira les conditions de participation, une entité contractante [...] n'imposera pas la condition que, pour participer à un marché, le fournisseur devra avoir préalablement obtenu un ou plusieurs marchés d'une entité contractante d'une Partie donnée ».

³⁶ Pièce PR-2020-031-20B (protégée), pièces 2, 3.

³⁷ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 342 au par. 37 [*Borowski*]; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62.

[34] Comme le contrat spécifique est annulé et qu'une nouvelle DP sera publiée, il n'y a plus de litige actuel entre SoftSim et le MAECD³⁸.

[35] Étant donné que la plainte de SoftSim est maintenant théorique, le Tribunal doit décider s'il doit néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et trancher les questions qui subsistent. L'exercice de ce pouvoir ne doit pas se faire de façon mécanique³⁹; il est considéré comme l'abandon de la pratique habituelle selon laquelle les questions à caractère théorique ne sont pas tranchées⁴⁰.

[36] Après avoir pris en compte ces facteurs, le Tribunal refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de trancher les aspects de la plainte de SoftSim qui sont maintenant théoriques.

[37] Étant donné que le contrat spécifique est annulé, il n'y a aucun débat contradictoire entre SoftSim et le MAECD en ce qui concerne les aspects à caractère théorique. La perspective d'un litige ultérieur quant à la nouvelle DP est hypothétique. Puisqu'une nouvelle DP sera lancée, le MAECD est libre de redéfinir ou de reformuler les critères techniques obligatoires dans la nouvelle DP. Si la nouvelle DP renferme une exigence équivalente à l'exigence O2 qui est formulée de façon ambiguë, SoftSim (et tout autre soumissionnaire) pourra demander des précisions ou alors s'opposer au contenu de la DP.

[38] De plus, le fait de trancher les questions à caractère théorique ne donnerait lieu à aucun résultat pratique. Même en supposant que ces questions seraient tranchées en faveur de SoftSim, la conclusion qui serait alors tirée est que la soumission présentée par SoftSim en réponse à la DP aurait dû être jugée recevable et aurait dû être évaluée sur le plan du mérite technique, puis du mérite financier, dans la mesure où la soumission de SoftSim aurait obtenu la note minimale requise à l'évaluation technique. Le Tribunal n'est pas en mesure de procéder à une évaluation technique des soumissions en première instance. Il ne peut pas non plus recommander qu'une telle évaluation soit effectuée ou que le MAECD évalue les soumissions, car le cadre pour le faire ne s'applique plus puisque le contrat spécifique est annulé et que le MAECD a décidé de publier une nouvelle DP.

[39] Enfin, il n'existe aucun intérêt public impérieux à l'égard du règlement de ces questions qui sont devenues théoriques. Une entité contractante a le pouvoir discrétionnaire d'adapter les exigences relatives aux appels d'offres selon ces besoins, à condition qu'elle respecte les obligations qui lui incombent aux termes des accords commerciaux. Ces exigences pourraient notamment préciser l'étendue de l'expérience antérieure du soumissionnaire dans un projet similaire. Comme cette question de fait dépend du marché en cause, le litige ne doit pas être tranché en suivant un principe de droit essentiel.

[40] Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que la plainte de SoftSim est en partie fondée. Le contrat spécifique étant annulé, SoftSim a obtenu une mesure corrective, comme elle l'avait demandé dans sa plainte. Les motifs de plainte qui subsistent sont devenus théoriques et le Tribunal refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher ces motifs ou d'accorder une autre mesure corrective.

³⁸ *MD Charlton Co. Ltd.*, 2015 CanLII 153744 (CA TCCE) au par. 10.

³⁹ *Borowski* au par. 42; *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2007 CAF 359 au par. 26.

⁴⁰ *Borowski* au par. 30; *Engineers Canada c. MMI-IPCO, LLC*, 2015 CF 839 au par. 34.

[41] Compte tenu de ces circonstances et de cette conclusion, chaque partie assumera ses propres dépens.

Susan D. Beaubien

Susan D. Beaubien

Membre président