



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2014-019

Oracle Canada ULC

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Ordonnance et motifs rendus
le lundi 17 novembre 2014*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 RÉSUMÉ..... 1

 HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE 1

 VUE D'ENSEMBLE DU MARCHÉ PUBLIC EN CAUSE..... 2

 ANALYSE DU TRIBUNAL 5

 Requête d'Oracle visant la production de documents 5

 La plainte a été déposée dans les délais 7

 La plainte n'est pas fondée 8

ORDONNANCE..... 11

FRAIS 11

EU ÉGARD À une plainte déposée par Oracle Canada ULC 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**ORACLE CANADA ULC****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****ORDONNANCE**

Aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, le Tribunal canadien du commerce extérieur ordonne le rejet de la plainte ayant déterminé que celle-ci ne s'appuie sur aucun fondement valable.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Oracle Canada ULC. En conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, la détermination provisoire du Tribunal canadien du commerce extérieur du degré de complexité de la présente plainte est le degré 2 et sa détermination provisoire du montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

RÉSUMÉ

1. Le 8 juillet 2014, Oracle Canada ULC (Oracle) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, concernant une demande de propositions (DP) (invitation n° EN578-130092/B) émise par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour l'acquisition d'une solution logicielle de gestion de cas commune et partagée (la solution logicielle), devant être utilisée par des regroupements au sein du gouvernement fédéral.

2. Oracle a présenté deux motifs de plainte selon lesquels certaines mesures prises par TPSGC après l'adjudication du contrat équivalaient à des marchés publics à fournisseur unique, en contravention aux accords commerciaux². Elle allègue comme premier motif que TPSGC a accepté à tort la livraison de logiciels qui n'avaient pas été proposés et qui ne respectaient pas les exigences obligatoires de la DP, en ce sens qu'ils n'étaient pas offerts sur le marché ni n'ont été annoncés publiquement avant la date de clôture des soumissions. Elle allègue comme deuxième motif que TPSGC a délivré à tort certaines autorisations de tâches au soumissionnaire retenu, Sierra Systems Group Inc. (Sierra), et n'a donc pas respecté les modalités de la DP.

3. Pour les raisons qui suivent, le Tribunal a déterminé que les motifs de plainte sont dénués de fondement. Par conséquent, la plainte est rejetée.

HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

4. Le 21 mars 2013, TPSGC a émis une DP pour l'acquisition d'une solution logicielle, dont la date de clôture des soumissions était le 30 avril 2013. Au total, 10 modifications ont été apportées à la DP du 9 avril au 16 mai 2013, et la date de clôture des soumissions a été reportée au 23 mai 2013.

5. Le 20 décembre 2013, TPSGC a adjugé un contrat à Sierra pour la solution logicielle qu'elle proposait, soit Microsoft Dynamics CRM 2011 (MSD 2011). Les 20 et 31 mars 2014, TPSGC a apporté des modifications au contrat afin d'acheter des licences et des services de maintenance et de soutien supplémentaires. Il a également délivré à Sierra diverses autorisations de tâches pour l'installation de la solution logicielle et pour d'autres travaux relatifs aux environnements techniques du gouvernement fédéral.

6. Le 27 juin 2014, Oracle a découvert, dans une réponse à une demande d'accès à l'information, qu'en fait TPSGC avait fait l'acquisition du Microsoft Dynamics CRM 2013 (MSD 2013) plutôt que du MSD 2011. Ces faits sont à l'origine de sa plainte.

7. Le 15 juillet 2014, le Tribunal a décidé d'enquêter sur la plainte d'Oracle puisqu'elle satisfaisait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. Cependant, puisque la plainte indiquait que le contrat avait déjà été adjugé, le Tribunal n'a pas ordonné le report de l'adjudication du contrat.

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

2. Pièce PR-2014-019-01, vol. 1; pièce PR-2014-019-42, vol. 1F.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

8. Le 22 juillet 2014, Sierra a demandé le statut d'intervenant, ce que le Tribunal lui a accordé le 24 juillet 2014⁴.
9. Le 28 juillet 2014, Microsoft Canada Inc., Microsoft Corporation et Microsoft Licensing, GP (Microsoft) ont demandé le statut d'intervenant. Le 5 août 2014, le Tribunal leur a accordé ce statut⁵.
10. Le 11 août 2014, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF).
11. Le 15 août 2014, Oracle a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à TPSGC de produire certains documents. Le 20 août 2014, TPSGC et Sierra ont déposé des observations en opposition à cette requête. Le 22 août 2014, Oracle a présenté sa réponse à ces observations.
12. Le 2 septembre 2014, le Tribunal a satisfait en partie à la requête d'Oracle⁶. Les motifs de la décision du Tribunal se trouvent ci-après.
13. Le 11 septembre 2014, Sierra et Microsoft ont présenté leurs observations sur le RIF.
14. Le 15 septembre 2014, Oracle a présenté sa réponse au RIF et aux observations des intervenants. Le 17 septembre 2014, Sierra s'est opposée à la réponse d'Oracle au motif qu'elle soulevait de nouveaux arguments et éléments de preuve et a demandé à ce que ceux-ci soient radiés du dossier. Le 24 septembre 2014, TPSGC s'est également opposé à la réponse d'Oracle pour la raison qu'elle soulevait de nouveaux motifs de plainte et a demandé à ce que l'occasion de répondre lui soit donnée, ainsi qu'aux intervenants. Les 19 et 26 septembre 2014, Oracle a répondu aux oppositions de Sierra et de TPSGC, respectivement.
15. Après avoir examiné ces observations, le Tribunal a conclu que même si Oracle avait correctement présenté ses arguments et éléments de preuve en réponse aux allégations avancées pour la première fois dans le RIF et dans les observations des intervenants, certaines parties de sa réponse et des éléments de preuve soulevaient effectivement de nouveaux motifs de plainte. Par conséquent, les nouveaux motifs de plainte et les éléments de preuve à l'appui ont été radiés du dossier⁷.
16. Étant donné que les renseignements au dossier étaient suffisants, le Tribunal a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements versés au dossier.

VUE D'ENSEMBLE DU MARCHÉ PUBLIC EN CAUSE

17. Comme indiqué ci-dessus, la DP visait l'acquisition d'une solution logicielle devant être utilisée par des regroupements au sein du gouvernement fédéral. Les parties pertinentes de la DP figurent ci-dessous.
18. Certains critères que les logiciels devaient respecter étaient énoncés dans la DP. L'article 5.4 prévoyait notamment ce qui suit :

Tous les logiciels proposés pour satisfaire à ce besoin doivent être « disponibles sur le marché » [...], ce qui signifie que chaque élément de logiciel est offert sur le marché, n'exige aucune recherche ni développement supplémentaires et fait partie intégrante d'une gamme de produits existante dont le

4. Pièce PR-2014-019-09, vol. 1D.

5. Pièce PR-2014-019-12, vol. 1D.

6. *Oracle Canada ULC c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 septembre 2014), PR-2014-019 (TCCE).

7. Pièce PR-2014-019-51, vol. 1F.

fonctionnement est éprouvé [...]. Si un des logiciels proposés est une extension entièrement compatible d'une gamme de produits éprouvés, il doit avoir été *annoncé publiquement au plus tard à la date de clôture des soumissions*⁸.

[Nos italiques, traduction]

19. La DP comprenait des détails à propos des licences connexes requises et des services associés d'installation, de formation, de maintenance et de soutien. L'article 7.19 prévoyait ce qui suit :

7.19 Services de maintenance et de soutien

Conformément aux dispositions des Conditions générales supplémentaires 4004 :

[...]

- c) **Versions de maintenance** : L'ensemble des améliorations, des extensions, des mises à niveau, des mises à jour, des versions, des renommages, des réécritures, des améliorations croisées, des composants et des mises à niveau inférieur offerts sur le marché ou toute autre modification apportée au logiciel sous licence offerte sur le marché. L'entrepreneur doit livrer au Canada, dans les trois mois suivant la date de diffusion d'une mise à niveau de l'éditeur du logiciel et/ou lorsque des changements sont apportés au logiciel sous licence suite à la modification de l'intégration, à un renommage ou à une acquisition, une table permettant de valider tous les sous-composants et de valider où se trouvent les fonctionnalités dans la liste de produits révisée. L'entrepreneur doit, au cours de la durée du contrat, à mesure de l'évolution des technologies, ajouter de nouvelles fonctionnalités et/ou des fonctionnalités supplémentaires associées au logiciel sous licence dans le cadre des services de maintenance et de soutien pour s'assurer que le Canada soit en mesure d'offrir aux clients une solution logicielle de gestion de cas riche en fonctionnalités⁹.

[Traduction]

20. L'article 7.19 de la DP faisait référence aux *Conditions générales supplémentaires 4004 – Services de maintenance et de soutien des logiciels sous licence*¹⁰, qui avaient été intégrées par renvoi¹¹. Les dispositions pertinentes de ce document sont les suivantes :

« versions de maintenance » désigne l'ensemble des améliorations, des extensions, des mises à niveau, des mises à jour, des versions, des renommages, des réécritures, des améliorations croisées, des composants et des mises à niveau inférieur ou toute autre modification apportée au logiciel sous licence élaboré ou publié par l'entrepreneur ou son ayant droit;

[...]

4004 03 (2008-05-12) Versions de maintenance

Pendant la période de soutien du logiciel, l'entrepreneur doit fournir au Canada toute les versions de maintenance, sous forme de code objet et sans frais. Toutes les versions de maintenance feront partie du logiciel sous licence et seront assujetties aux conditions de la licence du Canada se rapportant au logiciel sous licence. Sauf disposition contraire dans le contrat, le Canada recevra au moins une version de maintenance par période de maintenance de douze (12) mois.

8. Pièce PR-2014-019-01, onglet H, vol. 1.

9. *Ibid.*

10. Pièce PR-2014-019-13, onglet 4, vol. 1D. Voir aussi <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat/4/4004/4>.

11. Article 7.4 de la DP, pièce PR-2014-019-01, onglet H, vol. 1.

21. L'article 1.2 de la DP prévoyait ce qui suit :

1.2 Sommaire

[...]

Les services professionnels et de formation seront requis pour l'installation, selon la description donnée à l'article 7.24 – Services professionnels, de la solution logicielle de gestion de cas au sein des environnements techniques désignés du Canada. Les services professionnels seront demandés par le biais d'autorisations de tâches et seront limités à l'installation des logiciels sous licence dans deux ou plusieurs environnements distincts (conformément au plan d'installation approuvé par le Canada) dans le but de créer un environnement de développement opérationnel. Le Canada utilisera d'autres outils d'approvisionnement pour obtenir des services pour la configuration, la personnalisation et le déploiement des logiciels sous licence pour répondre aux besoins de chaque unité fonctionnelle¹². [...]

[Traduction]

22. La DP définissait l'environnement technique et son architecture générale. L'annexe D de la DP prévoyait ce qui suit :

Annexe D

Environnement technique du Canada

[...]

1.1 Architecture générale

La solution logicielle sera constituée d'au plus quatre environnements : a) développement, b) mise à l'essai, c) préproduction et d) production.

L'environnement de développement servira à la configuration, à l'intégration aux systèmes tiers et au développement de la fonctionnalité client qui sera mise à l'essai. L'environnement de mise à l'essai servira à valider la solution. L'environnement de préproduction servira de dernier niveau de contrôle de la qualité avant que le produit livrable passe à l'environnement de production. L'environnement de production servira d'hôte à la solution logicielle de gestion de cas des unités fonctionnelles¹³.

[Traduction]

23. Certaines questions ont été posées par les soumissionnaires. Les questions et réponses n^{os} 009 et 010 sont pertinentes en l'espèce.

24. Les question et réponse n^o 009 sont les suivantes :

Question : Après avoir examiné l'invitation à soumissionner, il est difficile de déterminer quels seront les ministères, les sociétés ou organismes ministériels ou les autres organismes du gouvernement du Canada qui déploieront la solution logicielle retenue dans le cadre du contrat subséquent. Est-ce que les « deux ou plusieurs environnements distincts » font partie des ministères, sociétés ou organismes du gouvernement du Canada qui se sont engagés à mettre en œuvre la solution? Ou est-ce que TPSGC demande une solution logicielle au nom du Canada en vue d'engagements futurs à l'égard de la mise en œuvre de la solution qui n'ont pas encore été pris par les ministères, sociétés ou organismes?

12. Pièce PR-2014-019-01, onglet H, vol. 1.

13. *Ibid.*

Réponse : Les deux premiers utilisateurs de la solution logicielle seront Industrie Canada, qui offrira la solution logicielle à diverses unités fonctionnelles internes, et TPSGC (Intégration des services partagés), *qui offrira la solution logicielle en tant que service à diverses unités fonctionnelles de ministères et d'organismes*. Le Canada s'attend également à des engagements futurs de la part des clients potentiels énumérés à l'alinéa 7.1b) de la partie 7 *qui pourraient demander le déploiement, en tout ou en partie, de la solution logicielle au sein de leur environnement technique*¹⁴.

[Nos italiques, traduction]

25. Les question et réponse n° 010 sont les suivantes :

Question : Il est difficile de déterminer quels services sont demandés aux termes de l'invitation. L'article 1.2 de la partie 1 de la DP indique que « [I]es services professionnels et de formation seront requis pour l'installation, selon la description donnée à l'article 7.24 – Services professionnels, de la solution logicielle de gestion de cas au sein des environnements techniques désignés du Canada », mais la DP indique également que « [I]e Canada utilisera d'autres outils d'approvisionnement pour obtenir des services pour la configuration, la personnalisation et le déploiement des logiciels sous licence pour répondre aux besoins de chaque unité fonctionnelle. En présentant une soumission, le soumissionnaire reconnaît que, si sa soumission est retenue et qu'un contrat est conclu pour l'achat de ses logiciels sous licence, le Canada a le droit d'acquérir par le biais d'un processus concurrentiel les services professionnels supplémentaires requis pour intégrer et pour configurer les logiciels sous licence dans l'environnement technique du Canada sur le système électronique d'appels d'offres du gouvernement ou, à défaut, à l'aide de tout instrument préétabli pour l'acquisition de services professionnels pour satisfaire aux exigences du Canada en matière d'intégration et de personnalisation ».

Réponse : Le soumissionnaire retenu sera responsable des services d'installation, décrits à l'article 7.24, de la solution logicielle offerte sur le marché qu'il propose au sein des environnements techniques du Canada afin d'obtenir l'acceptation des autorités techniques du Canada. Le Canada utilisera alors d'autres outils d'approvisionnement pour obtenir des services pour la configuration, la personnalisation et le déploiement des logiciels sous licence pour répondre aux besoins de chaque unité fonctionnelle¹⁵.

[Traduction]

ANALYSE DU TRIBUNAL

Requête d'Oracle visant la production de documents

26. Comme indiqué ci-dessus, Oracle a déposé une requête le 15 août 2014 demandant la production de documents qui, selon elle, auraient dû être inclus dans le RIF. Elle était d'avis que les documents demandés aideraient le Tribunal à rendre sa décision et à évaluer si la position de TPSGC présentée dans le RIF est probante¹⁶. Les documents demandés par Oracle étaient les suivants :

- des versions non expurgées/confidentielles des deux modifications au contrat entre Sierra et TPSGC ayant été émises les 20 et 31 mars 2014, ainsi que toutes autres modifications au contrat;
- des versions non expurgées/confidentielles des autorisations de tâches PWGSC TA-001, 002 et 003;

14. Pièce PR-2014-019-13, pièce 5, vol. 1D.

15. Pièce PR-2014-019-01, pièce 5, vol. 1D.

16. Avis de requête au par. 8, pièce PR-2014-019-24, vol. 1E.

- des versions non expurgées/confidentielles des autorisations de tâches IC CIO TA-001, IC CIO TA-001 modification 1, IC CIO TA-002, IC CIO TA-002b et IC CIO TA-003;
- des versions révisées non confidentielles ou des résumés non confidentiels des autorisations de tâches PWGSC TA-004, 005 et 006, et IC CIO TA-001;
- le plan d'installation approuvé le plus récent, publié relativement au contrat et à ses modifications;
- une version non expurgée/confidentielle du contrat entre Sierra et TPSGC daté du 20 décembre 2013;
- une version non expurgée de la soumission de Sierra;
- toutes communications entre TPSGC, tout autre ministère, Sierra et Microsoft, et entre eux-mêmes, à propos de la transition de Microsoft Dynamics 2011 à Microsoft Dynamics 2013¹⁷.

27. En réponse, TPSGC a soutenu que les documents demandés n'étaient ni pertinents ni nécessaires au règlement de la plainte. Il a affirmé que, en ce qui a trait au contrat, aux modifications et à certaines des autorisations de tâches, les seuls renseignements expurgés étaient des renseignements personnels et des prix. TPSGC a également soutenu que le plan d'installation approuvé accompagnant le RIF était la version la plus récente¹⁸.

28. Sierra a affirmé que tous les documents demandés, à l'exception de sa soumission, concernaient l'administration des marchés et n'étaient donc pas pertinents eu égard à l'enquête du Tribunal, puisque cette dernière ne peut porter que sur le processus d'évaluation des soumissions jusqu'à l'adjudication du contrat¹⁹.

29. Oracle a répliqué que les renseignements sur les prix étaient pertinents pour déterminer si TPSGC avait en fait payé le même prix pour les licences du MSD 2013 que pour les licences du MSD 2011 visées par le marché²⁰. Dans la négative, ces renseignements réfuteraient l'argument de TPSGC selon lequel l'article 7.19 de la DP lui permettait d'acquiescer le MSD 2013 en tant que mise à jour du MSD 2011.

30. Le 2 septembre 2014, the Tribunal a communiqué aux parties sa décision sur la requête en cause. Conformément au paragraphe 17(2) et à l'alinéa 46(1)b) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a conclu que les documents suivants étaient pertinents et a ordonné à TPSGC de les produire :

- des versions non expurgées/confidentielles des deux modifications au contrat entre Sierra et TPSGC ayant été émises les 20 et 31 mars 2014, ainsi que toutes autres modifications au contrat;
- des versions non expurgées/confidentielles des autorisations de tâches PWGSC TA-001, 002 et 003;
- des versions non expurgées/confidentielles des autorisations de tâches IC CIO TA-001, IC CIO TA-001 modification 1, IC CIO TA-002, IC CIO TA-002b et IC CIO TA-003;
- des versions révisées non confidentielles ou des résumés non confidentiels des autorisations de tâches PWGSC TA-004, 005 et 006, et IC CIO TA-001;

17. Mémoire de la partie plaignante au par. 38, pièce PR-2014-019-24, vol. 1E.

18. Pièce PR-2014-019-28, vol. 1E.

19. Pièce PR-2014-019-29, vol. 1E.

20. Pièce PR-2014-019-30, vol. 1E.

- une version non expurgée/confidentielle du contrat entre Sierra et TPSGC daté du 20 décembre 2013;
- une version non expurgée de la soumission de Sierra;
- toutes communications entre TPSGC, tout autre ministère, Sierra et Microsoft, et entre eux-mêmes, à propos de la transition du Microsoft Dynamics 2011 au Microsoft Dynamics 2013.

31. Le Tribunal considère que ces documents sont pertinents en l'espèce dans la mesure où ils concernent la réfutation de TPSGC selon laquelle il avait le droit d'acquérir le MSD 2013 en vertu de l'article 7.19 de la DP et des dispositions des *Conditions générales supplémentaires 4004 – Services de maintenance et de soutien des logiciels sous licence*, qui exigent que toutes les mises à jour soient fournies sans frais supplémentaires. Si les renseignements sur les prix expurgés montraient que le Canada a payé des frais supplémentaires pour chaque licence du MSD 2013, TPSGC ne pourrait s'appuyer sur l'article 7.19 pour justifier son acceptation du MSD 2013 au lieu du MSD 2011.

32. De même, le Tribunal considère que les communications entre les parties concernant la transition du MSD 2011 au MSD 2013 sont pertinentes dans la mesure où elles pourraient révéler s'il y a eu des négociations entre les parties relativement à la fourniture du MSD 2013 ou si cette solution logicielle a été fournie dans le cours normal du processus.

33. Enfin, le Tribunal a ordonné à TPSGC de produire des versions ou des résumés des autorisations de tâches PWGSC TA-004, 005 et 006, et IC CIO TA-001 ne comportant pas les renseignements désignés comme confidentiels afin que les parties puissent avoir, conformément à l'alinéa 46(1)b) de la *Loi sur le TCCE*, une compréhension raisonnable du contenu de ces renseignements confidentiels.

34. Le Tribunal n'a pas ordonné la production du plan d'installation approuvé le plus récent, puisqu'il accepte l'affirmation de TPSGC selon laquelle celui qui a été fourni dans le RIF est la version la plus récente.

La plainte a été déposée dans les délais

35. Dans ses observations sur la plainte et sur le RIF, Sierra allègue que la plainte d'Oracle n'a pas été déposée dans les délais. Elle affirme qu'Oracle savait ou aurait dû vraisemblablement savoir que le soumissionnaire retenu devait fournir à TPSGC les plus récentes versions de la solution logicielle, puisque cela était indiqué dans la DP. Par conséquent, elle suggère qu'Oracle a découvert ou aurait dû découvrir les faits à l'origine de son premier motif de plainte le 14 mars 2014 lorsqu'elle a reçu une copie du contrat conclu entre Sierra et TPSGC et qu'elle a découvert que Sierra avait proposé le MSD 2011²¹. Étant donné qu'Oracle n'a présenté sa plainte que le 8 juillet 2014, Sierra soutient qu'elle n'a pas dûment déposé sa plainte dans le délai de 10 jours conformément au paragraphe 6(1) du *Règlement*.

36. Le Tribunal n'est pas d'accord avec cette position. Il ne fait aucun doute que la DP demandait la fourniture de la version la plus récente des logiciels faisant l'objet du marché. Cependant, le Tribunal n'accepte pas le fait qu'Oracle a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les modalités particulières du contrat conclu entre Sierra et TPSGC et, plus particulièrement, le moment où TPSGC a accepté, le cas échéant, le MSD 2013 après l'adjudication du contrat.

37. Le Tribunal accepte plutôt la position d'Oracle selon laquelle elle n'a découvert les faits à l'origine de ses deux motifs de plainte qu'après avoir reçu une réponse à sa demande d'accès à l'information le

21. Observations de Sierra au par. 25, pièce PR-2014-019-40, vol. 1F.

27 juin 2014²². Oracle a déposé sa plainte le 8 juillet 2014, respectant ainsi le délai de 10 jours prévu par le *Règlement*. La plainte a donc été déposée dans les délais.

La plainte n'est pas fondée

38. Dans le cadre des deux motifs de plainte, Oracle affirme que le comportement de TPSGC après l'adjudication du contrat équivaut à un marché public à fournisseur unique sous le couvert d'une procédure concurrentielle, ce qui est contraire aux accords commerciaux²³. Le Tribunal est d'avis que des allégations comme celles qui sont avancées par Oracle, qui mettent en doute l'intégrité du mécanisme d'adjudication des marchés publics sont des questions liées à la procédure de passation des marchés publics, plutôt que des questions d'administration des contrats²⁴.

39. Étant donné que le Tribunal a compétence quant à « la procédure des marchés publics suivie », il a examiné s'il peut intervenir dans des plaintes semblables à celle d'Oracle et quand il peut le faire. En règle générale, le Tribunal n'est pas intervenu lorsque les plaintes allaient au-delà de la procédure elle-même de passation des marchés publics et concernaient l'« administration des contrats ». Les très rares cas dans lesquels le Tribunal est déjà intervenu concernaient des situations dans lesquelles les entités acheteuses avaient sciemment accepté la livraison de biens ou la prestation de services qui n'avaient pas été autorisés par la procédure de passation des marchés publics en cause²⁵.

22. Plainte d'Oracle au par. 54, pièce PR-2014-019-01, vol. 1.

23. Plainte d'Oracle aux par. 5-6, pièce PR-2014-019-01, vol. 1. Selon Oracle, « [...] TPSGC est tenu d'appliquer une procédure de passation des marchés publics concurrentielle chaque fois qu'il souhaite obtenir de nouveaux produits, sauf lorsque les conditions imposées aux appels d'offres limités sont remplies, ce qui n'est pas le cas ici » [traduction], réponse d'Oracle au par. 44, pièce PR-2014-019-42, vol. 1F. À l'appui de cet argument, Oracle indique que « [l]'article 1016 de l'*ALENA* limite l'adjudication de contrats à source d'approvisionnement unique aux cas dans lesquels il prévoit qu'une entité peut, dans certaines circonstances et sous réserve de certaines conditions, utiliser des procédures d'appel d'offres limitées, à condition que ces procédures ne soient pas utilisées dans le dessein de ramener la concurrence en deçà du maximum possible ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres parties ou de protection des fournisseurs nationaux » [traduction], réponse d'Oracle au par. 6(a), pièce PR-2014-019-42, vol. 1F. Par conséquent, les accords commerciaux n'autorisent les marchés publics à fournisseur unique que lorsqu'ils ne limitent pas indûment la concurrence.

24. L'alinéa 1017(1)a) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), limite la compétence du Tribunal aux « [...] contestations des offres portant sur tout aspect du processus de passation des marchés, lequel, pour l'application du présent article, débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du marché ». L'*Accord sur le commerce intérieur*, 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm>, contient une disposition semblable au paragraphe 514(2). La loi habilitante du Tribunal limite également sa compétence de cette façon. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* limite la compétence du Tribunal à « la procédure des marchés publics suivie », ce qui comprend tous les éléments du cycle d'approvisionnement jusqu'à l'adjudication du contrat inclusivement. Toute divergence entre les modalités du contrat et les « livraisons » [traduction] à proprement parler s'y rapportant devient une question d'administration des contrats et ne relève pas de la compétence du Tribunal. Voir *Flag Connection Inc.* (3 juillet 2009), PR-2009-018 (TCCE) au par. 16; *Airsolid Inc.* (18 février 2010), PR-2009-089 (TCCE); *Secure Computing LLC c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (23 octobre 2012), PR-2012-006 (TCCE).

25. *AdVenture Marketing Solutions Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (31 mars 2011), PR-2010-074 (TCCE); *Canyon Contracting c. Agence Parcs Canada* (19 septembre 2006), PR-2006-016 (TCCE).

40. Cependant, aucun élément de preuve en l'espèce n'indique un tel comportement de la part de TPSGC. Il ressort plutôt du dossier, comme il sera expliqué ci-dessous, que TPSGC a accepté la livraison de ce qui avait été précisément demandé dans l'invitation (premier motif) ou n'a pas, dans les faits, accepté la livraison de quoi que ce soit (deuxième motif). Par conséquent, ni l'un ni l'autre des motifs de plainte n'est fondé.

Premier motif de plainte

41. Dans son premier motif de plainte, Oracle soutient que TPSGC a accepté à tort la livraison de logiciels qui n'avaient pas été proposés et qui ne respectaient pas les exigences obligatoires de la DP. Plus particulièrement, elle allègue que le MSD 2013 contrevient à l'article 5.4 de la DP puisque cette solution logicielle n'était pas « offert[e] sur le marché » ni n'a été « annoncé[e] publiquement » avant la date de clôture des soumissions, mais qu'elle a été annoncée publiquement et offerte sur le marché deux mois et six mois après cette date, respectivement²⁶. Oracle allègue également que TPSGC ne pouvait accepter le MSD 2013 conformément aux modalités de l'invitation puisqu'il s'agit d'un produit complètement différent ou « nouveau » [traduction] et « révolutionnaire » [traduction] par rapport à ce que Sierra avait proposé²⁷. Elle soutient que cela équivaut à un marché public à fournisseur unique.

42. Oracle a raison de dire que le MSD 2013 n'était pas offert sur le marché ni n'a été annoncé publiquement avant la date de clôture des soumissions. En effet, il s'agit d'un fait qu'aucune des parties ne conteste. Néanmoins, Oracle a tort de conclure que le MSD 2013 va à l'encontre de la DP. L'article 5.4 de la DP porte exclusivement sur les logiciels proposés dans une *soumission* (« [t]ous les logiciels proposés »). Il ne s'applique pas aux logiciels dont TPSGC a finalement accepté la livraison au moment de l'exécution du contrat. Par conséquent, l'article 5.4 ne concerne pas le MSD 2013 pour la simple raison que Sierra n'a pas proposé ce produit, mais plutôt le MSD 2011, un autre fait qui n'est pas contesté²⁸.

43. En outre, Oracle a tort d'alléguer que le MSD 2013 est un produit nouveau ou différent par rapport à celui que Sierra a proposé. Le Tribunal conclut plutôt que le MSD 2013 constitue simplement une « mise à niveau », une « amélioration » et/ou une « mise à jour » du MSD 2011, selon les éléments de preuve clairs et convaincants qui figurent dans les observations de toutes les parties, y compris dans celles d'Oracle²⁹.

26. Plainte d'Oracle aux par. 64-66, pièce PR-2014-019-01, vol. 1.

27. Observations de Sierra au par. 25, pièce PR-2014-019-42, vol. 1F.

28. Observations de Microsoft aux par. 26-27, pièce PR-2014-019-41, vol. 1F.

29. Les affirmations de TPSGC sont remplies d'éléments de preuve démontrant comment le MSD 2011 peut être *mis au niveau* du MSD 2013 et en quoi le MSD 2013 est une nouvelle version ou une *mise à niveau* du MSD 2011, comme l'affirme le site Web de Microsoft. Voir pièce PR-2014-019-13, onglet 17, vol. 1D. De même, Microsoft soutient ce qui suit : 1) le MSD 2013 est une *mise à niveau* du MSD 2011, puisqu'elle vient la compléter en « [...] ajoutant certaines fonctionnalités améliorées, comme une interface utilisateur mobile moderne pour suivre l'évolution de la tendance du secteur, en mettant surtout l'accent sur des solutions tactiles » [traduction], observations de Microsoft au par. 11, pièce PR-2014-019-41, vol. 1F; 2) « Dynamics 2013 comprend les mêmes caractéristiques fondamentales et la même architecture technique à trois niveaux que Dynamics 2011 » [traduction], observations de Microsoft au par. 11, pièce PR-2014-019-41, vol. 1F; 3) « [i]l va de soi qu'étant donné que Dynamics 2011 peut être mise au niveau de Dynamics 2013, Dynamics 2013 doit nécessairement être une mise à niveau de Dynamics 2011 » [soulignement omis, traduction], observations de Microsoft au par. 12, pièce PR-2014-019-41, vol. 1F; 4) « [...] la *seule* voie de *mise à niveau* vers Microsoft Dynamics CRM 2013 est à partir de Microsoft Dynamics CRM 2011. Le processus de mise à niveau [...] est un processus (accessible [au public]) bien documenté; grâce à ces renseignements accessibles gratuitement en ligne [...] [l]es utilisateurs peuvent continuer sans problème leur utilisation du programme et leurs activités de gestion des relations avec les clients, sans perturbations en raison de la *mise à niveau* » [nos italiques, traduction], pièce PR-2014-019-41, pièce A aux para 16-17, vol. 1F. Voir aussi les observations de Microsoft aux par. 33-41, pièce PR-2014-019-41, vol. 1F.

La position d'Oracle selon laquelle le MSD 2013 n'est pas une « mise à niveau », mais un produit entièrement « nouveau » ou « révolutionnaire » dément le fait fondamental que le MSD 2013 n'est en réalité rien d'autre qu'une version modifiée du MSD 2011; il s'agit du MSD 2011 *plus* des mises à niveau. L'argument d'Oracle selon lequel le MSD 2013 n'est donc pas visé par la DP nie l'évidence; les modifications et la « nouveauté » [traduction] sont implicites dans les concepts de « mise à niveau », d'« amélioration » ou de « mise à jour ». Les logiciels modifiés auront nécessairement des fonctionnalités modifiées, nouvelles ou même révolutionnaires et seront donc à certains égards différents.

44. Abstraction faite des qualificatifs, sans tenir compte de la mesure dans laquelle les différences entre le MSD 2011 et le MSD 2013 sont grandes, petites, majeures, mineures, révolutionnaires ou négligeables, il n'en demeure pas moins que l'article 7.19 de la DP exigeait du soumissionnaire retenu qu'il fournisse *toutes* les mises à jour, les mises à niveau, les versions et les améliorations des logiciels au cours de la durée du contrat. Si Sierra avait livré le MSD 2011 à TPSGC, elle aurait dû lui fournir toutes les mises à niveau, les mises à jour et les améliorations à un moment donné après l'adjudication du contrat³⁰. Autrement dit, selon les modalités de la DP, TPSGC avait parfaitement le droit de s'attendre à la livraison du MSD 2011 dans sa forme la plus récente et de l'exiger, à savoir sous la forme du MSD 2013, au moment de l'exécution du contrat.

45. En ce sens, la DP donnait à TPSGC des garanties contre l'obsolescence de son acquisition pendant une période voulue. Sierra a simplement respecté son obligation de fournir le produit le plus récent au moment de la livraison. Par conséquent, TPSGC a accepté précisément ce qui avait été demandé dans l'invitation et ce qui était directement visé par les paramètres de la DP. Ce motif de plainte est donc dénué de fondement.

Deuxième motif de plainte

46. Dans le cadre de son deuxième motif de plainte, Oracle allègue que TPSGC a délivré à tort à Sierra certaines autorisations de tâches allant à l'encontre des modalités de la DP³¹. Plus particulièrement, elle affirme que TPSGC a délivré à tort à Sierra des autorisations de tâches pour mener des travaux relatifs à l'« environnement de production » du gouvernement fédéral, défini dans la DP, et que ces autorisations de tâches erronées équivalent à un marché public illégal du type fournisseur unique³².

47. Le Tribunal estime que le deuxième motif de plainte n'a aucun fondement. D'un point de vue factuel, ce motif de plainte est dénué de tout fondement parce qu'aucune des autorisations de tâches contestées ne vise l'« environnement de production ». Il n'en est question que dans la version préliminaire du « plan d'installation » (qui porte effectivement sur l'« environnement de production ») provenant de la

Le Tribunal constate que les affirmations d'Oracle sur cette question sont incohérentes; certaines affirmations d'Oracle renvoient au MSD 2013 en tant que « mise à niveau » du MSD 2011 et indiquent que le MSD 2013 est conçu pour offrir aux clients une « expérience utilisateur améliorée » [traduction], pièce PR-2014-019-01, onglet K, pièces F et G, vol. 1, tandis que d'autres décrivent le MSD 2013 comme une « expérience utilisateur entièrement nouvelle » [traduction] et une « nouvelle façon de faire les choses » [traduction], réponse d'Oracle aux par. 27-28, pièce PR-2014-019-42, vol. 1F.

30. RIF aux pp. 13, 15, pièce PR-2014-019-13, vol. 1D; observations de Sierra aux par. 36-40, pièce PR-2014-019-40, vol. 1F.

31. Plainte d'Oracle au par. 6, pièce PR-2014-019-01, vol. 1.

32. Plainte d'Oracle aux par. 72-78, pièce PR-2014-019-01, vol. 1.

soumission de Sierra³³. Ce fait est suffisant en soi pour démontrer que TPSGC n'a pas accepté la livraison de quoi que ce soit lié à cet aspect du contrat, et encore moins tenté de falsifier un aspect de ce que l'invitation visait à obtenir à cet égard. En d'autres termes, il n'y a pas de question susceptible d'être tranchée par la justice, et ce motif de plainte n'est donc pas fondé³⁴.

ORDONNANCE

48. Aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement*, le Tribunal ordonne le rejet de la plainte étant donné qu'il a déterminé qu'elle ne s'appuie sur aucun fondement valable.

FRAIS

49. Le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte.

50. Pour décider du montant de l'indemnité, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

33. RIF à la p. 21, pièce PR-2014-019-13, vol. 1D; observations de Sierra au par. 62, pièce PR-2014-019-40, vol. 1F.

34. De plus, l'interprétation de la DP par Oracle est tout simplement erronée. La DP indique que « [l]a solution logicielle sera constituée d'au plus quatre environnements : a) développement, b) mise à l'essai, c) préproduction et d) production » [les quatre environnements]. La réponse n° 009 indique que TPSGC et le ministère de l'Industrie (Industrie Canada) seront les deux premiers organismes à adopter la solution logicielle : Industrie Canada, pour ses propres « unités fonctionnelles » internes, et TPSGC, pour offrir la solution logicielle en tant que service aux « unités fonctionnelles » d'autres organismes gouvernementaux. La réponse n° 009 démontre également que TPSGC s'attendait à ce que d'autres ministères adoptent la solution logicielle pour leurs *propres* « unités fonctionnelles » (« Le Canada s'attend [...] à des engagements futurs [...] »). La réponse n° 010 indique que « [l]e soumissionnaire retenu sera responsable des services d'installation [...] de la solution logicielle offerte sur le marché qu'il propose au sein des environnements techniques du Canada [...]. Le Canada utilisera alors d'autres outils d'approvisionnement pour obtenir des services pour la configuration, la personnalisation et le déploiement des logiciels sous licence pour répondre aux besoins de chaque unité fonctionnelle. » Puisque la solution logicielle comporte les quatre environnements et que chaque ministère a ses propres « unités fonctionnelles », la réponse n° 010 éclaire la réponse n° 009, et vice-versa. Le soumissionnaire retenu sera chargé d'installer la solution logicielle (constituée de ses quatre environnements) au sein de TPSGC et d'Industrie Canada; par la suite, d'autres invitations à soumissionner seront lancées pour la personnalisation et le déploiement au sein des « unités fonctionnelles » d'autres ministères qui souhaitent acquérir la même solution logicielle ou une solution semblable, de leur propre compte ou par le biais du service offert par TPSGC. RIF aux pp. 18-22, pièce PR-2014-019-13, vol. 1D. La réponse n° 113 justifie une brève discussion. Elle prévoit ce qui suit : « Il y aura jusqu'à deux installations de la solution logicielle. » Chaque installation comprend les environnements suivants : *développement*, *mise à l'essai* et *production*. Une installation comprend tous les composants nécessaires pour fournir la solution, y compris les instances logicielles déployées dans chaque environnement » [nos italiques, traduction]. Le Tribunal constate que la réponse n° 113 renvoie à « deux installations » (TPSGC et Industrie Canada, comme dans les réponses antérieures), mais à seulement trois environnements, l'environnement de « préproduction » n'étant pas énuméré ici; le Tribunal est d'avis que cela n'a aucune conséquence puisque l'argument d'Oracle vise l'environnement de « production », qui figure dans la réponse n° 113, comme indiqué précédemment dans les présents motifs. RIF à la p. 9, pièce PR-2014-019-13, vol. 1D.

51. Le Tribunal a déterminé provisoirement que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré 2, conformément à l'annexe A de la *Ligne directrice*. La complexité du marché public était moyenne, étant donné qu'il concernait une solution logicielle complexe, les licences connexes et des services de maintenance, d'installation, de formation et de soutien supplémentaires. La complexité de la plainte était moyenne, car elle visait plusieurs motifs de plainte et des questions de droit complexes. La complexité de la procédure était moyenne, puisqu'elle comprenait deux intervenants, une requête de production de documents et des observations supplémentaires concernant de nouveaux motifs de plainte soulevés dans la réponse d'Oracle, et qu'elle a nécessité une prolongation du délai à 135 jours.

52. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Oracle. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal a déterminé provisoirement que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président