

Ottawa, le jeudi 30 août 2001

Dossier n° PR-2001-006

EU ÉGARD À une plainte déposée par Foundry Networks aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

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

DÉCISION DU TRIBUNAL

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.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 30 août 2001
Date des motifs : Le 2 octobre 2001

Membre du Tribunal : Ellen Fry, membre président

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Dominique Laporte

Partie plaignante : Diversicomm Data Systems Inc.

Conseiller pour la partie plaignante : Phil Weedon, Foundry Networks

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseiller pour l'institution fédérale : David M. Attwater

Ottawa, le mardi 2 octobre 2001

Dossier n° PR-2001-006

EU ÉGARD À une plainte déposée par Foundry Networks, au nom de Diversicomm Data Systems Inc., a division of Megatech Electrical Ltd., aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 19 avril 2001, Diversicomm Data Systems Inc. (Diversicomm), a division of Megatech Electrical Ltd., 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 à l'égard d'un marché public (invitation n° 31184-004343/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour la fourniture de commutateurs de réseau BayStack ou l'équivalent et de pièces pour le Conseil national de recherches du Canada (CNRC).

Diversicomm a allégué que TPSGC a incorrectement jugé sa proposition non conforme aux exigences de l'invitation à soumissionner et que les prix qu'elle a offerts étaient sensiblement inférieurs aux prix auxquels le marché a été adjugé à l'adjudicataire. À titre de mesure corrective, Diversicomm a demandé que le marché adjugé à EDS Innovations, d'Ottawa (Ontario), soit résilié et fasse l'objet d'un nouvel appel d'offres.

Le 24 avril 2001, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.11(1) de la Loi sur le TCCE et du paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le 28 mai 2001, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 6 juin 2001, Diversicomm a déposé une demande de prorogation du délai de dépôt de ses observations sur le RIF. Le Tribunal a prorogé le délai jusqu'au 18 juin 2001. Le 18 juin 2001, Diversicomm a demandé une nouvelle prorogation pour permettre la tenue d'entretiens avec TPSGC en vue d'un règlement de la question. Le délai a été prorogé jusqu'au 29 juin 2001. Le 9 juillet 2001, Diversicomm a déposé ses observations sur le RIF.

Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].
3. D.O.R.S./91-499.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 23 janvier 2001, TPSGC a diffusé un avis de projet de marché et une demande de propositions (DP) relativement au présent marché public. La date limite de présentation des soumissions a initialement été fixée au 8 mars 2001, mais a par la suite été reportée au 14 mars 2001.

Les parties suivantes de la DP sont pertinentes à l'espèce.

L'article B.3i)f) de la DP prévoit ce qui suit :

Le CNRC tient un ensemble complet de pièces de rechange de tous les composants compris dans les réseaux de données Campus et Entreprise. Pour satisfaire aux conditions d'équivalence, un soumissionnaire doit inclure dans sa proposition le coût d'une pièce de rechange pour chaque type de châssis, raccord de lame dépendant du support (*Media-Dependant Adapter*) et alimentation que comprend toute proposition.

[Traduction]

L'article B.2ii) de la DP prévoit, notamment, ce qui suit :

ii) **Conditions obligatoires pour la proposition technique (O)**

Il est **OBLIGATOIRE** que la proposition technique comprenne ce qui suit :

- c) Les réponses aux exigences techniques doivent comprendre un exposé narratif à l'appui. Lorsqu'il est nécessaire de renvoyer à d'autres documents compris dans la proposition, il faut inclure l'endroit pertinent précis dans la documentation de référence, y compris le titre du document, et les numéros de page et de paragraphe.

[Traduction]

L'annexe « A.1 », « Spécifications », de la DP prévoit, notamment, ce qui suit :

2.2 Les commutateurs communiquent entre eux au moyen d'un arbre maximal (*Spanning Tree Groups*), une extension en propriété exclusive du protocole IEEE 802.1d.

2.3 Les commutateurs doivent pouvoir fonctionner avec les liens physiques redondants *LinkSafe*, des liens en propriété exclusive qui permettent le transfert automatique du trafic d'une liaison gigabit Ethernet à une autre en moins d'une seconde après la détection d'une défaillance de liaison.

2.4 Les commutateurs doivent pouvoir fonctionner avec le protocole en propriété exclusive *Multi-Link Trunking*, qui distribue le trafic d'après les adresses de source et de destination Ethernet dans le cas du trafic ponté et d'après les adresses de source et de destination IP dans le cas du trafic acheminé.

[Traduction]

Le RIF indique que sept soumissions ont été reçues. La proposition de Diversicomm a inclus deux options distinctes, l'Option A et l'Option B. Le 23 mars 2001, TPSGC a adjugé le marché à EDS Innovations.

Le 29 mars 2001, TPSGC a avisé Diversicomm, par télécopieur, que la proposition de cette dernière avait été jugée non conforme pour les motifs suivants :

- défaut de satisfaire à l'article B.3i)f)
- défaut de satisfaire à l'article 2.2 de l'annexe « A »

- défaut de satisfaire à l'article 2.3 de l'annexe « A »
- défaut de satisfaire à l'article 2.4 de l'annexe « A »

Le 19 avril 2001, Diversicomm a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que la plainte de Diversicomm avait été déposée en retard. Selon TPSGC, Diversicomm a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte le ou peu après le 31 janvier 2001, lorsqu'elle a commandé le dossier d'adjudication du MERX⁴, mais n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 19 avril 2001.

TPSGC a soutenu que la proposition de Diversicomm devait satisfaire aux conditions obligatoires de la DP au moment de la clôture des soumissions et que la proposition avait correctement été déclarée non conforme pour plusieurs motifs.

TPSGC a soutenu que la soumission de Diversicomm avait omis d'inclure « le coût d'une pièce de rechange pour chaque type de châssis, raccord de lame dépendant du support (*Media-Dependant Adapter*) et alimentation » [traduction] et que, aux termes des accords commerciaux, TPSGC ne pouvait légitimement modifier ladite soumission, ni y ajouter, en attribuant un coût aux pièces de rechange, d'un montant égal aux prix proposés dans la soumission de Diversicomm. TPSGC a soutenu qu'il n'était pas raisonnable de supposer que le coût de la pièce de rechange était identique au coût de la pièce qu'elle remplaçait.

Relativement à l'information requise dans les articles 2.2, 2.3 et 2.4 de l'annexe « A.1 » de la DP, TPSGC a soutenu que Diversicomm avait omis d'inclure un exposé narratif à l'appui qui démontrait pleinement que les exigences techniques obligatoires étaient satisfaites, en conformité avec les conditions précisées dans la DP.

Position de Diversicomm

En ce qui a trait à la question de la supposée omission, dans sa proposition, d'un prix pour les pièces de rechange, Diversicomm a soutenu ce qui suit dans sa réponse à la pièce de correspondance reçue de TPSGC :

Notre proposition financière a présenté un sommaire des prix unitaires pour tout le matériel requis dans votre DP. Nous avons effectivement présenté les prix pour les pièces de rechange puisque le coût de la pièce de rechange est le même que le coût de la pièce qu'elle remplace. De plus, nous croyons que si TPSGC ne comprenait pas clairement cet aspect, un éclaircissement aurait dû être demandé. Néanmoins, notre soumission incluait effectivement des prix pour les pièces de rechange.

[Traduction]

En ce qui concerne le supposé défaut de sa proposition de satisfaire aux conditions énoncées aux articles 2.2, 2.3 et 2.4 de l'annexe « A.1 » de la DP, Diversicomm a soutenu ce qui suit :

À la lumière de l'information présentée dans la DP, notre proposition est conforme. Si le CNRC veut démontrer que nous ne sommes pas conformes, il faudra alors procéder à un test d'évaluation des

4. Service électronique d'appels d'offres canadien.

performances où nous présenterions nos produits de sorte que leur conformité ou non-conformité pourrait être démontrée.

Puisque nous n'avons pas été invités à démontrer notre conformité, la seule chose qu'il nous est loisible de supposer, c'est que le CNRC précisait indirectement des produits Nortel et qu'il n'avait pas l'intention de considérer des solutions équivalentes. Si cela est vrai, alors la présente DP a été structurée d'une manière restrictive et discriminatoire, ce qui va à l'encontre . . . des règles de l'ALÉNA et du TCCE.

[Traduction]

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences des accords applicables.

Le Tribunal a d'abord déterminé que la plainte a été déposée dans les délais prescrits. Diversicomm a découvert les faits à l'origine de sa plainte le 29 mars 2001, lorsqu'elle a reçu une lettre de TPSGC dans laquelle il était indiqué que sa proposition avait été jugée non conforme. Le même jour, Diversicomm a fait parvenir une lettre à TPSGC dans laquelle elle a présenté son opposition à la décision de TPSGC. Le ou vers le 9 avril 2001, n'ayant pas reçu de réponse à son opposition du 29 mars 2001, Diversicomm a décidé de déposer une plainte et a donc écrit au Tribunal. Le Tribunal a demandé des renseignements supplémentaires et a jugé que la plainte avait été déposée le 19 avril 2001, au moment où le Tribunal avait reçu l'information susmentionnée. L'opposition présentée à TPSGC et la plainte subséquente déposée auprès du Tribunal ont toutes deux respecté les délais prévus au paragraphe 6(2) du Règlement.

Le Tribunal a ensuite examiné la décision de TPSGC de déclarer non conforme la proposition de Diversicomm.

En ce qui a trait au prix des pièces de rechange, les articles B.2ii) et B.3i)f) de la DP fixe une condition claire selon laquelle le prix des pièces de rechange doit être inclus dans la partie financière de la proposition d'un soumissionnaire. Le Tribunal conclut que TPSGC a correctement déterminé que la proposition de Diversicomm ne traitait pas de cette condition. La proposition ne comprenait aucun libellé qui indiquait d'une façon raisonnable que le coût des pièces de rechange serait le même que le coût des parties remplacées. En outre, la proposition comprenait un document qui décrivait un rabais du programme de pièces de rechange (*Spare Program Discount*), qui indiquait que des rabais pouvaient être obtenus pour des pièces de rechange, mais que « le montant du rabais dépendait de la couverture minimum du soutien de tous les systèmes détenus par le client » [traduction]. Ce document n'indiquait pas quel montant de rabais s'appliquerait au regard de la présente proposition particulière pour le marché.

Étant donné que la présentation de la liste des prix des pièces de rechange était une condition essentielle et obligatoire de la DP, TPSGC n'avait pas le pouvoir de demander un éclaircissement à ce sujet. Un tel éclaircissement aurait été équivalent à une modification fondamentale de la proposition de Diversicomm.

Par conséquent, le Tribunal conclut que TPSGC a correctement déterminé que la proposition de Diversicomm n'était pas conforme à une condition obligatoire de la DP et donc que TPSGC a aussi correctement jugé que Diversicomm était inadmissible aux fins de l'adjudication du marché en cause. Étant

donné la décision qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les questions soulevées au sujet de la conformité aux conditions énoncées aux articles 2.2, 2.3 et 2.4 de l'annexe « A.1 » de la DP.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président