



Ottawa, le lundi 29 avril 2002

Dossier n° PR-2001-049

EU ÉGARD À une plainte déposée par Aviva Solutions Inc. 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 SUITE 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 est fondée en partie.

Aux termes du paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le contrat consécutif à l'invitation n° 46577-022191/A soit modifié pour tenir compte de l'entretien et du soutien du logiciel Extra! d'Attachmate seulement.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Aviva Solutions Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Patricia M. Close

Patricia M. Close
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

Date de la décision : Le 29 avril 2002

Membre du Tribunal : Patricia M. Close

Agent d'enquête : Ronald B. Harrigan

Conseiller pour le Tribunal : John Dodsworth

Partie plaignante : Aviva Solutions Inc.

Intervenante : Attachmate Corporation

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Christianne M. Laizner
Ian McLeod

Ottawa, le lundi 29 avril 2002

Dossier n° PR-2001-049

EU ÉGARD À une plainte déposée par Aviva Solutions Inc. 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 SUITE 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 13 décembre 2001, Aviva Solutions Inc. (Aviva) 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 préavis d'adjudication de contrat (PAC) (invitation n° 46577-022191/A) publié par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour le renouvellement de services d'entretien et de soutien de logiciels pour l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC).

Aviva a allégué que TPSGC a irrégulièrement recouru à une stratégie d'approvisionnement de type à fournisseur exclusif relativement à ce besoin. Plus particulièrement, elle a soutenu que l'*Accord de libre-échange nord-américain*² n'autorise pas le recours à un PAC en l'espèce du fait que le besoin dépasse ce qui peut raisonnablement être considéré comme portant sur le remplacement de pièces ou la prestation de services continus ou visant à compléter des fournitures déjà livrées. Dans son exposé, Aviva a soutenu que le présent besoin d'entretien indique qu'il y a eu changement de plate-forme de produits (produits du type client léger³). Aviva a soutenu que TPSGC, au nom de l'ADRC, a permis que des PAC soient utilisés pour l'acquisition de nouvelles licences et de nouveaux produits. À titre de mesure corrective, Aviva a demandé à recevoir une indemnité de 2 millions de dollars en reconnaissance des frais qu'elle a engagés dans la procédure, de la perte de recettes et de profits ainsi que de la perte d'occasion.

Le 21 décembre 2001, le Tribunal a avisé les parties, aux termes du paragraphe 30.13(2) de la Loi sur le TCCE et du paragraphe 7(2) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁴, qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte. Le 9 janvier 2002, il a avisé les parties qu'il avait autorisé Attachmate Corporation (Attachmate) à intervenir dans l'affaire. Le 15 janvier 2002, 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*⁵. Le 28 janvier 2002, Aviva a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 5 février 2002, TPSGC a demandé à être autorisé à déposer une réponse aux observations d'Aviva sur le RIF. Le même jour, le Tribunal a autorisé

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].
3. Un client léger, dans un réseau client/serveur, est un client qui occupe relativement peu d'espace de stockage sur disque ou de mémoire et qui laisse le serveur accomplir la majeure partie du traitement, *Webster's New World Computer Dictionary*, 9^e éd., s.v. « thin client » (client léger).
4. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].
5. D.O.R.S./91-499.

Aviva en ce sens et TPSGC a déposé sa réponse aux observations d'Aviva. Le 11 février 2002, Aviva a déposé ses observations en réponse.

Le 1^{er} mars 2002, Aviva a demandé que le Tribunal l'autorise à déposer des renseignements qu'elle venait tout juste de recevoir en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*⁶. Le Tribunal a accordé l'autorisation susmentionnée et, le même jour, Aviva a déposé ces documents et arguments additionnels. Le 11 mars 2002, Attachmate a déposé ses observations sur le plus récent exposé d'Aviva; TPSGC a donné avis qu'il ne présenterait pas d'autres observations. Le Tribunal a avisé Aviva qu'il n'autoriserait pas le versement au dossier d'autres observations présentées par cette dernière le 22 mars 2002, eu égard aux observations déposées par Attachmate le 11 mars 2002⁷.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante 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.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 12 septembre 2001, TPSGC a diffusé, par l'entremise du MERX⁸, un PAC relatif au renouvellement de services d'entretien et de soutien de logiciels. Le PAC stipulait que le marché public était assujéti à l'ALÉNA, à l'*Accord sur les marchés publics*⁹ et à l'*Accord sur le commerce intérieur*¹⁰ et que les dispositions des accords susmentionnés portant sur les procédures d'appel d'offres limitées s'appliquaient au présent marché public. La date de clôture du PAC était fixée au 27 septembre 2001. Les fournisseurs qui estimaient être pleinement qualifiés et prêts à fournir les produits et les services décrits dans le PAC devaient présenter un énoncé de capacités avant la date de clôture.

Les parties suivantes du PAC sont pertinentes à l'espèce :

ÉNONCÉ DES TRAVAUX

Renouvellement de maintenance et de soutien pour une période d'un an (y compris des options pendant deux périodes supplémentaires de 12 mois) des produits logiciels ci-dessous utilisés par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC). Travaux publics et Services gouvernementaux Canada se propose de négocier [ce] marché en exclusivité avec la société Attachmate Corp., d'Ottawa (Ontario).

Produit

Attachmate e-Vantage Enterprise Viewer Upgrade Maintenance Plan 33,000 utilisateurs

2.2 128 Bit Encryption Edition

- Java and Active X Enterprise Viewers only in Host Viewer Services for UNIX Component
- Java and Active X Enterprise Viewers only in Host Viewer Services Component
- Extra Personal Client - Version 2.2

6. Aviva a donné avis, dans son exposé initial, qu'elle attendait des documents en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, pour confirmer certains détails de l'adjudication initiale et des PAC subséquents. Elle a déclaré que le coordonnateur de l'accès à l'information chez TPSGC l'avait informée que TPSGC poursuivait des « négociations difficiles » [traduction] concernant la communication de cette information, ce qui avait retardé sa réception des documents demandés.
7. Lettre du 3 avril 2002 du Tribunal.
8. Service électronique d'appel d'offres du Canada.
9. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [ci-après AMP].
10. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fre/it.htm>> [ci-après ACI].

- E-Vantage Management Console Component
- Host Session Services Component
- E-Vantage SNA Gateway Host Session Services Component
- Elite Support EHG/OSG Elite Plan

Ce contrat permettra à l'ADRC de continuer de pourvoir à ses besoins de connectivité. Le logiciel e-Vantage Enterprise Viewer a été sélectionné comme option client dans la famille e-Vantage. Grâce à e-Vantage, l'ADRC pourra déployer cette technologie client selon ses besoins, tout en maintenant Attachmate Extra! Installed base.

Pour la présente acquisition, on s'appuie sur l'article 6 du Règlement sur les marchés de l'État, soit les cas [où] le marché ne peut être exécuté que par une seule personne ou une seule entreprise.

Voici la (les) raison(s) qui justifie(nt) une soumission unique :

Renouvellement de services d'entretien et de soutien

Le 20 septembre 2001, Aviva a fait parvenir une lettre à TPSGC en réponse au PAC, dans laquelle elle énonçait les capacités des produits logiciels d'émulation d'Aviva, que cette dernière a qualifié de produits équivalents aux produits d'Attachmate énumérés dans le PAC. Elle a dit croire que sa licence d'entreprise offrirait au gouvernement du Canada « une solution canadienne d'une fonctionnalité comparable ou supérieure, à un coût considérablement moindre » [traduction]. Aviva a demandé que le gouvernement du Canada procède à un appel d'offres complètement ouvert relativement à ce besoin.

TPSGC et Aviva ont communiqué, par appels téléphoniques et par pièces de correspondance, durant tout le mois d'octobre et au début de novembre 2001. Une réunion a eu lieu le 19 novembre 2001, mettant en présence des représentants de TPSGC, de l'ADRC, d'Aviva et du détaillant d'Aviva auprès du gouvernement fédéral. À la réunion, TPSGC a souligné que le besoin de l'ADRC avait trait à l'entretien de produits déjà livrés en sa possession et que l'ADRC ne tentait pas d'acheter de nouveaux produits.

Le 21 novembre 2001, dans une lettre à TPSGC, Aviva a déclaré s'opposer officiellement à l'adjudication proposée du contrat d'entretien et de soutien à Attachmate.

Le 3 décembre 2001, TPSGC a officiellement rejeté l'opposition d'Aviva à l'égard du PAC. TPSGC a avisé Aviva que le rejet avait pour motif le fait qu'« Aviva Solutions, Inc. n'avait pas transmis à TPSGC les documents nécessaires pour établir qu'elle pouvait assurer l'entretien du logiciel e-Vantage d'Attachmate en possession d'ADRC tel qu'il était énoncé dans le PAC » [traduction]. Le même jour, il a adjugé le contrat en question à Attachmate. Le 12 décembre 2001, TPSGC a avisé Aviva, par écrit, qu'un contrat avait été adjugé à Attachmate.

Le 13 décembre 2001, Aviva a déposé la présente plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu avoir tenu pleinement compte des oppositions d'Aviva avant d'adjuger le contrat à Attachmate, et ce, au moyen de la communication de beaucoup de pièces de correspondance¹¹, de conversations téléphoniques et d'une rencontre personnelle, le tout sur une période de deux mois. Il a soutenu que l'allégation selon laquelle il n'avait pas prévu suffisamment de temps pour la prise en considération des préoccupations d'Aviva était dénuée de fondement.

11. Pièces 3, 6, 7, 8, 10, 11 et 12 de la plainte.

TPSGC a soutenu que le besoin de l'ADRC visant des services d'entretien et de soutien continus pour ses logiciels d'émulation installés était à la fois raisonnable et routinier, dans le contexte de sa nécessité de maintenir son système de gestion de l'information, et conforme aux pratiques courantes dans l'industrie de la technologie de l'information. TPSGC a soutenu qu'il était normal que toute organisation, publique ou privée, maintienne à son degré optimal le rendement d'un système de gestion de l'information en veillant à la prestation de services d'entretien et de soutien des logiciels constituant ledit système.

TPSGC a soutenu que, en raison de l'évolution rapide de l'industrie de la technologie de l'information, il y avait lieu d'intégrer, en tant qu'élément clé, la prestation des services de mise à niveau des produits logiciels installés à l'activité d'entretien. Un produit logiciel, s'il n'était pas mis à niveau en fonction de l'évolution des produits logiciels avec lesquels il tourne, en viendrait à ne plus pouvoir être exploité en conformité avec les besoins du client. TPSGC a soutenu qu'Aviva offre elle aussi des mises à niveau et de nouvelles versions dans le cadre de l'ensemble de ses services d'entretien de ses logiciels d'émulation.

TPSGC a soutenu qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les organisations envisagent le remplacement complet, par des produits concurrents, d'un produit logiciel installé existant, chaque fois qu'il devenait nécessaire de procéder au renouvellement des services d'entretien et de soutien dudit produit logiciel installé. Il a ajouté qu'à partir d'un certain point, les organisations pouvaient conclure que leur meilleure démarche était d'envisager l'application d'un tel processus de remplacement, mais que cette décision faisait appel à un jugement devant relever de ces organisations, qui arrêteront leur choix en fonction de leur propre évaluation technique de leurs besoins.

TPSGC a soutenu qu'Aviva tentait d'obtenir que l'ADRC achète les logiciels d'émulation de remplacement qu'elle offre. Il a soutenu que l'ADRC ne tentait pas d'obtenir de produits de remplacement des logiciels d'émulation d'Attachmate installés ni n'en avait-il besoin.

TPSGC a soutenu que le logiciel Extra! d'Attachmate était étroitement intégré à de nombreuses autres applications à l'ADRC et que son remplacement par un autre produit exigerait de modifier ou de remplacer ces autres applications intégrées.

TPSGC a soutenu que les services envisagés dans le présent marché public ne pouvaient être qualifiés de « mise à niveau concurrentielle » [traduction], selon l'allégation d'Aviva. Il a soutenu qu'une « mise à niveau concurrentielle » s'entend, dans l'industrie, du remplacement d'un produit déjà livré par un produit différent et concurrent en provenance d'un autre fournisseur. TPSGC a soutenu que, étant donné que le besoin de l'ADRC avait trait à des mises à niveau de son logiciel déjà livré Extra! d'Attachmate, il ne s'agissait pas d'une « mise à niveau concurrentielle ».

TPSGC a soutenu qu'Aviva n'a jamais contesté le fait qu'elle ne pouvait pas fournir les services requis décrits dans le PAC.

Invoquant deux décisions précédentes du Tribunal, les dossiers n^{os} PR-2000-037¹² et PR-2000-078¹³, TPSGC a soutenu qu'il lui incombait d'énoncer les besoins de l'ADRC dans les documents d'appel d'offres. Il a soutenu que la Couronne n'était pas tenue de modifier ces besoins pour tenir compte des circonstances d'Aviva. TPSGC a de plus soutenu que, eu égard au présent marché public, les besoins de l'ADRC qui avaient trait aux services d'entretien et de soutien de ses logiciels installés étaient tout à fait

12. *Re plainte déposée par Computer Talk Technology* (25 octobre 2000) (TCCE).

13. *Re plainte déposée par Eurodata Support Services* (11 avril 2001) (TCCE) [ci-après *Eurodata*].

raisonnables et conformes aux besoins d'entretien continu routinier nécessaire à toute organisation relativement à son système de gestion de l'information.

TPSGC a soutenu que l'adjudication du contrat en question à Attachmate, à titre de fournisseur exclusif, était entièrement conforme aux dispositions des accords commerciaux applicables.

TPSGC a soutenu qu'Attachmate détenait des droits exclusifs et n'a autorisé aucune autre société relativement au droit de fournir des services d'entretien et de soutien de son logiciel Extra!. Par conséquent, Attachmate était le seul fournisseur en mesure de satisfaire les besoins de l'ADRC, tels qu'ils étaient énoncés dans les documents afférents au marché public. Pour ces motifs, TPSGC a soutenu que le marché public en question était conforme à toutes les dispositions de l'alinéa 506(12)a) de l'ACI. De plus, TPSGC a soutenu qu'il y avait clairement absence de concurrence pour des raisons techniques, que les produits demandés ne pouvaient être fournis que par un fournisseur donné, Attachmate, et qu'il n'y avait pas de solution de rechange ou de remplacement eu égard à la prestation de services de l'entretien, de mises à niveau et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate installé. Il a donc soutenu que le marché public en question était conforme à toutes les dispositions de l'alinéa 506(12)b) de l'ACI.

Étant donné qu'Attachmate avait protégé ses droits de propriété à l'égard de son logiciel Extra!, en réservant des droits exclusifs, elle n'avait pas accordé de droit à d'autre société, comme Aviva, de fournir des services d'entretien et de soutien de ce produit. Par conséquent, elle était le seul fournisseur particulier en mesure de satisfaire les besoins de l'ADRC, tels qu'ils étaient énoncés dans les documents afférents au marché public. Pour ces motifs et étant donné l'absence de concurrence pour des raisons techniques, il n'existait pas de solution de rechange ou de remplacement eu égard à la prestation de services d'entretien, de mises à niveau et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate installé. TPSGC a donc soutenu que le marché public en question était conforme à toutes les dispositions de l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA.

De plus, le marché public passé pour la prestation de services d'entretien, de mises à niveau et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate, un produit logiciel installé, constitue des services continus à l'égard de fournitures, de services ou d'installations déjà livrés. De ce fait, TPSGC a soutenu que le marché public en question était aussi conforme à toutes les dispositions de l'alinéa 1016(2)d) de l'ALÉNA.

Pour les raisons énumérées ci-dessus relativement aux alinéas 1016(2)b) et 1016(2)d) de l'ALÉNA, et étant donné l'absence de tout élément de preuve de l'existence d'un dessein de « ramener la concurrence en deçà du maximum possible », TPSGC a soutenu que le marché public en question était aussi conforme à toutes les dispositions des alinéas XV(1)b) et XV(1)d) de l'AMP. Il a soutenu qu'Aviva n'était pas un « fournisseur potentiel » des produits requis et qu'elle n'avait donc pas qualité pour déposer la présente plainte. À l'appui de son argument, TPSGC a invoqué la décision rendue par le Tribunal dans *Eurodata*.

TPSGC a demandé qu'on lui donne l'occasion de présenter des exposés sur les frais dans la présente affaire.

Dans ses observations du 5 février 2002, TPSGC a soutenu que les nouvelles allégations d'Aviva, selon lesquelles l'ADRC avait l'intention de remplacer un produit, passant du logiciel Extra! d'Attachmate à un autre produit d'Attachmate, et que la Couronne avait autorisé l'utilisation de PAC pour l'acquisition de nouvelles licences, n'étaient pas exactes.

TPSGC a soutenu que l'unique objet du marché public en question était la prestation de services d'entretien et de soutien eu égard à la base installée du logiciel Extra! d'Attachmate à l'ADRC et que,

manifestement, le marché public n'englobait pas l'achat par l'ADRC de toute nouvelle licence pour de nouveaux produits.

Pour situer le contexte, TPSGC a soutenu que l'ADRC avait à l'origine acheté 15 000 licences de logiciels d'émulation appelés IRMA, en provenance de Digital Communications Associates Inc. (DCA). En 1995, Attachmate avait fait l'acquisition de DCA, et le logiciel IRMA est devenu le logiciel Extra! d'Attachmate. Au fil des ans, l'ADRC a acheté d'autres licences pour le logiciel Extra! d'Attachmate, soit 10 000 licences en 1997 et 8 000 autres en 1998. TPSGC a soutenu que, depuis 1998, l'ADRC a passé une série de contrats d'entretien et de soutien avec Attachmate visant le soutien nécessaire du logiciel Extra! d'Attachmate installé.

TPSGC a soutenu que, en 1998, lorsque l'ADRC a tenté de renouveler son contrat d'entretien et de soutien avec Attachmate, cette dernière l'avait avisée qu'elle pouvait continuer d'exécuter des contrats eu égard à un ensemble de services d'entretien et de soutien limité au logiciel Extra! d'Attachmate ou eu égard à un ensemble normalisé de services d'entretien et de soutien qui engloberait l'entretien et le soutien d'une série de produits compris dans la suite d'Attachmate, y compris le logiciel Extra! d'Attachmate, sans frais supplémentaires. L'ADRC a passé un contrat visant l'ensemble normalisé de services d'entretien et de soutien pour la période de 1997 à 2000. Depuis 1998, l'ensemble normalisé de services d'entretien et de soutien a été élaboré plus encore et s'appelle maintenant le « Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Entreprise d'Attachmate » [traduction]. TPSGC a soutenu que, dans le cadre de l'ensemble susmentionné de services d'entretien et de soutien, Attachmate a mis à la disposition de l'ADRC, en 1998, sans frais supplémentaires, le droit d'utiliser les produits de la suite d'Attachmate en plus de son logiciel Extra!. Il a fait observer que l'ADRC n'a jamais exercé ce droit relatif à l'utilisation de ces produits. En 2000, l'ADRC a renouvelé l'ensemble de services d'entretien et de soutien auprès d'Attachmate. TPSGC a soutenu que le renouvellement ne comportait pas d'acquisition de nouvelles licences.

Au sujet de l'allégation d'Aviva selon laquelle le nom du Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Entreprise d'Attachmate explique qu'il s'agissait d'une mise à niveau vers un nouveau produit, TPSGC a fait observer que le marché public en question renouvelait le contrat précédent d'entretien et de soutien passé entre Attachmate et l'ADRC en 2000 et que le PAC diffusé à ce moment-là avait aussi renvoyé explicitement au Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Entreprise d'Attachmate. Il a soutenu que le délai de dépôt d'une plainte pour un motif lié au marché public initial relativement au Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Entreprise d'Attachmate était expiré depuis longtemps.

TPSGC a soutenu que le logiciel Extra! d'Attachmate demeure l'unique logiciel d'émulation installé et utilisé par l'ADRC et que, selon ses prévisions actuelles de planification quinquennale en informatique, l'ADRC n'avait aucunement l'intention de migrer depuis la base installée du logiciel Extra! d'Attachmate.

TPSGC a soutenu que les allégations d'Aviva selon lesquelles le marché public en question était utilisé pour acheter un nouveau produit étaient dénuées de fondement. Il a aussi soutenu que l'allégation selon laquelle l'ADRC entendait utiliser le marché public en question pour changer de produit d'émulation, et passer du logiciel Extra! d'Attachmate à un autre produit d'Attachmate, était dénuée de fondement.

Étant donné qu'Aviva avait reconnu que seule Attachmate était en mesure de fournir les services d'entretien et de soutien des produits Attachmate, TPSGC a soutenu qu'Aviva n'était pas un fournisseur potentiel des services requis par l'ADRC.

Position d'Aviva

Dans ses observations sur le RIF, Aviva a réitéré sa position selon laquelle, en procédant par voie de PAC, TPSGC n'avait pas appliqué la bonne procédure de passation des marchés publics et avait enraciné Attachmate, à titre de fournisseur de logiciels d'émulation de terminal auprès de l'ADRC, pour une période supplémentaire de trois ans. Aviva a dit croire que l'ADRC avait l'intention de changer de produit, passant du logiciel Extra! d'Attachmate à un autre produit d'Attachmate et, de fait, disposait déjà de licences d'utilisation du nouveau produit par l'entremise du Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate. Aviva a soutenu que l'ADRC avait payé ces 33 000 nouvelles licences de produit sous le couvert du renouvellement d'entretien. Elle a en outre soutenu que ce nouveau produit entrait dans une catégorie de technologie (logiciel du type client léger) dont les analystes réputés du marché ont dit qu'elle devrait remplacer les produits traditionnels, comme le logiciel Extra! d'Attachmate. Aviva a ensuite soutenu que c'était pour ce motif que le prix d'entretien d'Attachmate était supérieur au prix auquel Aviva pouvait offrir tant les licences que l'entretien comparables.

En ce qui a trait à la question de l'intégration à d'autres applications chez l'ADRC, Aviva a soutenu qu'elle ne pourrait traiter de la question d'une manière précise qu'après avoir reçu une description convenable de l'environnement d'exploitation, sous forme d'énoncé des travaux ou d'énoncé des besoins. Cependant, elle a dit croire qu'elle pourrait facilement redresser tout problème éventuel d'intégration, comme elle l'avait fait pour d'autres clients au moment de mises à niveau à partir de produits de fournisseurs concurrents.

Aviva et TPSGC s'entendent pour dire que les organisations doivent mettre leurs produits logiciels à niveau et que tous les fournisseurs offrent des programmes d'entretien similaires. Aviva a soutenu qu'elle pouvait fournir tant des licences que l'entretien à un prix inférieur au prix demandé par Attachmate pour l'entretien seulement et que ce fait venait appuyer son opinion qu'un nouveau produit avait été acheté sous le couvert de services d'entretien et de soutien.

Aviva a reconnu qu'Attachmate est le seul fournisseur en mesure de fournir des services d'entretien des produits d'Attachmate. Cependant, elle a ajouté que, si l'occasion de livrer concurrence lui était offerte, elle disposait, à son avis, d'une gamme de produits assez variée pour fournir une solution concurrentielle à un coût moindre pour l'ADRC. Aviva a soutenu que, puisque l'ADRC semble avoir l'intention de procéder à une migration de produits, c'était maintenant le moment de lancer un appel d'offres eu égard aux nouveaux besoins.

Dans sa réponse du 11 février 2002, Aviva a soutenu que, si l'ensemble de services d'entretien et de soutien était seulement destiné à la base installée du logiciel Extra! d'Attachmate, alors le fait n'était pas reflété dans le PAC, puisque ce dernier faisait mention de nombreux autres produits.

Aviva a soutenu que, lorsqu'une personne achète un produit qui comprend un autre produit (dans le cas présent, désigné comme le successeur du produit original), cette personne achète en vérité le deuxième produit. Elle a en outre soutenu que l'ADRC a acheté les nouvelles licences de produits, peu importe si elles sont, ou non, présentement utilisées. Aviva a soutenu que, de l'aveu même de TPSGC, l'ADRC a le droit d'utiliser le produit successeur à n'importe quel moment, que cela soit prévu dans les plans officiels ou non.

Aviva a soutenu que, même si ses arguments avaient également trait aux PAC précédents, le PAC actuel, à la suite duquel un contrat a été adjugé en 2001, portait sur le renouvellement de modalités qui auraient autrement expiré. Elle a donc soutenu que les mêmes arguments s'appliquaient puisque, même s'il s'agissait d'un nouveau contrat pour une durée limitée, les modalités de la couverture étaient

vraisemblablement inchangées. Aviva a soutenu que sa plainte était donc fondée et avait été déposée dans les délais prescrits, comme l'a prétendu TPSGC.

Dans son exposé du 1^{er} mars 2002, Aviva a soutenu que le contrat n° 46577-7-1289/001/ET en date du 15 septembre 1998 incluait le logiciel IRMA et quatre autres produits d'Attachmate, même si le PAC y afférent indiquait seulement que le logiciel IRMA faisait l'objet du marché public.

Aviva a soutenu que le logiciel IRMA n'était pas devenu le logiciel Extra! d'Attachmate, comme l'a prétendu TPSGC. Elle a soutenu qu'Attachmate commercialise encore deux produits séparés : IRMA et Extra!. Par conséquent, Aviva a soutenu que le passage, par l'ADRC, du logiciel IRMA au logiciel Extra! d'Attachmate n'a été ni le résultat d'un simple changement de nom ni celui de l'évolution directe d'un produit, comme l'a affirmé TPSGC.

Aviva a en outre soutenu que l'ADRC s'était procuré les licences afférentes aux nouveaux produits Java et Active X, peu importe si l'ADRC a utilisé ces nouveaux produits ou entend le faire.

Position d'Attachmate

Le 11 mars 2002, Attachmate a déposé des observations sur l'exposé du 1^{er} mars 2002 d'Aviva. Elle a soutenu que la déclaration selon laquelle elle continue de commercialiser et de vendre le logiciel IRMA est inexacte. Attachmate a soutenu que le passage du logiciel IRMA à son logiciel Extra! a été le simple fait d'un changement de nom de produit, au moment de la maturation de l'évolution des produits d'émulation chez Attachmate. Elle a soutenu que ses produits faisaient continuellement l'objet d'ajout de caractéristiques et de fonctionnalité, au fur et à mesure du développement de nouvelles versions. Attachmate a en outre soutenu que la pratique consistant à améliorer les produits qu'elle offre dans la foulée du développement de nouvelles versions a tout à voir avec la raison pour laquelle les clients achètent de l'entretien de mise à niveau.

Attachmate a soutenu que l'évolution de ses produits chez l'ADRC était attribuable au fait que ses produits avaient atteint un point de maturation, parallèlement à la diffusion des nouvelles versions de ses logiciels de connectivité.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, 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, notamment, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément à l'ALÉNA, à l'AMP ou à l'ACI. Tant l'article 1016 de l'ALÉNA que le paragraphe XV(1) de l'AMP prévoient 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 limitées 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 fournisseurs des autres parties ou de protection des fournisseurs nationaux. Le paragraphe 506(12) de l'ACI prévoit que, lorsqu'un seul fournisseur est en mesure de satisfaire aux conditions du marché public, une entité peut, dans certaines circonstances, utiliser des procédures d'appel d'offres limitées.

Le Tribunal est d'avis que l'ALÉNA, l'AMP et l'ACI s'appliquent tous au présent marché public. À cet égard, il fait observer que, même si Aviva a allégué dans sa plainte que seules les dispositions de

l'ALÉNA portant sur les appels d'offres limités avaient été violées, le PAC faisait mention de l'assujettissement à l'AMP, à l'ALÉNA et à l'ACI. De plus, dans le RIF, TPSGC a répondu aux motifs de la plainte relativement à chacun des trois accords commerciaux susmentionnés.

Aviva a allégué que le PAC en question n'était pas conforme aux procédures d'appel d'offres limitées prévues à l'ALÉNA étant donné que le PAC visant l'entretien va au-delà de ce qui pourrait, d'une façon raisonnable, être perçu comme étant le remplacement de pièces ou la prestation de services continus ou visant à compléter des fournitures déjà livrées. TPSGC a soutenu que le marché public visait le renouvellement d'un contrat de services d'entretien et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate installé qu'utilise l'ADRC. Par conséquent, selon TPSGC, la présente procédure de passation du marché public était tout à fait conforme aux dispositions portant sur les appels d'offres limités prévues dans les accords commerciaux, et plus précisément aux alinéas 506(12)a) et 506(12)b) de l'ACI, aux alinéas 1016(2)b) et 1016(2)d) de l'ALÉNA et aux alinéas XV(1)b) et XV(1)d) de l'AMP.

Le Tribunal tient à préciser clairement qu'il n'est saisi que de l'invitation n° 46577-022191/A. Les actions antérieures afférentes aux marchés publics invoquées ou mentionnées par les parties inscrites à la présente procédure ne font pas l'objet de l'espèce devant le Tribunal. Par conséquent, le Tribunal limitera sa décision, sur le bien-fondé de la plainte, à la question de savoir si TPSGC a correctement invoqué les dispositions des accords commerciaux applicables concernant les appels d'offres limités pour passer un contrat, du type à fournisseur unique, avec Attachmate pour répondre au présent besoin. En ce qui a trait à la description, par TPSGC, du présent marché public comme étant un « renouvellement »¹⁴, le Tribunal est d'avis que le fait que TPSGC a précédemment acquis le Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate par voie de PAC n'a d'incidence ni sur le respect des délais ni sur le bien-fondé de la plainte.

Le Tribunal est d'avis que le besoin de l'ADRC eu égard à la procédure du PAC et l'utilisation de ladite procédure par l'ADRC en ce qui concerne les services d'entretien et de soutien de logiciels de la base déjà installée du logiciel Extra! d'Attachmate est raisonnable. L'ADRC était tenue d'énoncer pleinement et clairement ses besoins dans le PAC. Elle avait le droit d'énoncer tous ses besoins raisonnables, ce qu'elle a fait. Selon le Tribunal, Aviva voulait remplacer les produits d'Attachmate qu'utilisait l'ADRC par ses propres produits. Le Tribunal est d'avis que l'ADRC n'était pas tenue de modifier son énoncé des besoins concernant les services d'entretien et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate, déjà utilisé à l'ADRC, pour tenir compte du souhait d'Aviva de vendre ses produits et services, qui, selon cette dernière, accompliraient la même fonction que le logiciel Extra! d'Attachmate.

De plus, les éléments de preuve montrent qu'Attachmate était le « seul fournisseur [particulier] en mesure de satisfaire les besoins de l'ADRC tels qu'ils étaient énoncés dans les documents afférents au marché public » [traduction] en ce qui concerne l'entretien et le soutien du logiciel Extra! d'Attachmate installé. S'appuyant sur ses droits de propriété exclusive du logiciel installé, Attachmate n'autorise pas d'autres sociétés à fournir les services d'entretien et de soutien de son logiciel Extra!. Pour ces motifs et étant donné l'absence de concurrence pour des raisons techniques, il n'existe pas de solution de rechange ou de remplacement eu égard à la prestation de services d'entretien et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate installé; le Tribunal conclut que la passation du marché public en question par voie de PAC en

14. Bien que TPSGC désigne le présent marché public comme étant un « renouvellement » d'un contrat similaire passé avec Attachmate, ayant déjà fait l'objet d'une invitation par l'ADRC, par voie de PAC, il est clair que l'invitation n° 46577-022191/A portait sur l'établissement d'un nouveau contrat d'entretien et de soutien relatif au Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate.

ce qui concerne les services d'entretien et de soutien du produit logiciel Extra! d'Attachmate est conforme aux dispositions des accords commerciaux sur les appels d'offres limités.

Toutefois, il est clair que le contrat spécifique décrit dans le PAC a trait à l'entretien et au soutien de plus que le logiciel Extra! d'Attachmate. Le PAC indique que le produit doit faire l'objet d'entretien et de soutien dans le cadre du Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate, qui inclut plusieurs autres produits en plus du logiciel Extra! d'Attachmate¹⁵. TPSGC a indiqué que les produits dans la suite d'Attachmate ont été offerts à l'ADRC (appelée alors Revenu Canada) en 1998 sous forme de contrat normalisé d'entretien, sans frais supplémentaires. Cet ensemble d'entretien a depuis été amélioré par suite au Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate.

C'est dans un tel contexte que le Tribunal traitera de l'allégation de TPSGC selon laquelle Aviva n'a pas qualité de « fournisseur potentiel » pour déposer la présente plainte. Le Tribunal fait observer qu'Aviva a reconnu ne pas être en mesure de fournir les services d'entretien et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate étant donné les droits de propriété exclusive détenus par Attachmate. Le Tribunal est d'avis que, même si Aviva ne peut directement fournir des services d'entretien et de soutien du logiciel Extra! d'Attachmate, elle peut, toutefois, contester l'aspect de la procédure de passation du marché public qui traite des autres produits logiciels mentionnés dans le PAC. Selon le Tribunal, les « raisons techniques » ou « raisons d'ordre technique » évoquées aux alinéas 1016(2)b) de l'ALÉNA, XV(1)b) de l'AMP et 506(12)b) de l'ACI justifiant de recourir à un appel d'offres limité ne s'appliquent pas à ces produits.

Le contrat spécifique visant les services d'entretien et de soutien des produits logiciels d'Attachmate englobe ce qu'Aviva décrit comme étant la prochaine génération de produits logiciels, du type client léger, destinés à remplacer le logiciel plus traditionnel Extra! d'Attachmate. Ces produits logiciels supplémentaires n'ont pas été obtenus par voie d'appel d'offres et, selon TPSGC, n'ont pas été installés et ne seront pas requis dans un avenir rapproché. Pour qu'Aviva puisse être réputée un fournisseur potentiel de ces produits, il suffit qu'Aviva démontre qu'elle aurait pu être un soumissionnaire ou un soumissionnaire éventuel de services d'entretien et de soutien de produits logiciels qui auraient pu satisfaire les mêmes besoins que ces produits supplémentaires inclus dans le Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate. Le Tribunal est convaincu, à la lumière des éléments de preuve mis à sa disposition, qu'Aviva satisfait au critère susmentionné. Cette dernière affirme qu'elle pourrait fournir et maintenir ces nouveaux produits à un coût moindre que le coût prévu dans le contrat d'entretien en vigueur avec Attachmate.

Le Tribunal fait observer que, dans le RIF, TPSGC a justifié son utilisation d'un PAC aux fins de l'acquisition du Plan d'entretien de mise à niveau de la visionneuse e-Vantage Enterprise d'Attachmate, eu égard seulement au logiciel Extra! d'Attachmate installé. Il n'a pas expliqué de quelle manière l'utilisation d'un PAC aux fins de l'acquisition de services d'entretien et de soutien des produits supplémentaires susmentionnés est justifiée aux termes des accords commerciaux. De plus, TPSGC n'a pas produit d'explication satisfaisante sur la manière dont ces produits supplémentaires peuvent être considérés comme une mise à niveau présentant un caractère raisonnable du logiciel Extra! d'Attachmate installé en ce qui concerne un contrat d'entretien et de soutien routiniers.

Selon le Tribunal, l'acquisition de services d'entretien et de soutien en ce qui a trait à ces produits supplémentaires inclus dans le contrat spécifique n'entre pas dans la portée d'application des dispositions des accords commerciaux sur les appels d'offres limités. Le recours aux procédures d'appels d'offres

15. Voir la liste déjà indiquée.

limitées pour l'acquisition de services d'entretien et de soutien de tels produits ne peut se justifier. Il ne s'agit pas, de l'avis du Tribunal, de « services continus à l'égard de fournitures, de services ou d'installations déjà livrés, ou visant à compléter ces fournitures, services ou installations », au sens prévu à l'alinéa 1016(2)d de l'ALÉNA, par exemple.

En outre, le Tribunal fait observer que l'acceptation de ces produits supplémentaires à titre gratuit et l'acquisition de services d'entretien et de soutien à leur endroit par voie de PAC contourne la procédure concurrentielle qui serait normalement appliquée relativement aux produits supplémentaires et à leur entretien. Selon le Tribunal, étant donné que ces produits supplémentaires n'ont pas initialement été obtenus conformément aux règles de concurrence prévues par les accords commerciaux, les services d'entretien et de soutien de tels produits logiciels ne peuvent être obtenus en vertu des dispositions des accords commerciaux sur les appels d'offres limités.

Le Tribunal s'inquiète du fait que la justification de l'utilisation de PAC, comme le PAC visé dans les présentes, pourrait se perpétuer indéfiniment si des sociétés, sous le couvert de tels programmes d'entretien, peuvent ajouter à la série de produits dont ils sont disposés à assurer l'entretien, sans que s'applique la discipline inhérente à une procédure concurrentielle.

Pour ces motifs, le Tribunal est d'avis que la plainte est fondée en partie.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que la plainte est fondée en partie. Aux termes du paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le contrat consécutif à l'invitation n° 46577-022191/A soit modifié pour tenir compte de l'entretien et du soutien du logiciel Extra! d'Attachmate seulement.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Aviva le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre président