



Ottawa, le jeudi 30 août 2001

Dossier n° PR-2001-008

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<sup>e</sup> 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 : John Dodsworth

Partie plaignante : 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-2001-008

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<sup>e</sup> 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 17 avril 2001, Foundry Networks (Foundry), de Nepean (Ontario), 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*<sup>1</sup> à l'égard du marché public (invitation n° 51019-003040/B) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), dans le cadre d'une procédure limitée d'appel d'offres, pour la fourniture d'équipement de réseau pour le ministère des Anciens Combattants (ACC).

Foundry a allégué que TPSGC a contrevenu aux accords commerciaux applicables en utilisant une procédure limitée d'appel d'offres dans l'acquisition de 30 articles d'équipement de réseau directement de Cisco Systems Canada Co. (Cisco). Foundry a soutenu que l'occasion lui a été refusée de soumissionner en régime de concurrence et de remporter la présente invitation à soumissionner. Foundry a demandé, à titre de mesure corrective, que le marché adjugé à Cisco soit résilié et que l'invitation à soumissionner fasse l'objet d'un nouveau lancement sous la forme d'une procédure ouverte de demande de propositions. À titre de mesure corrective de rechange, si le marché adjugé à Cisco devait ne pas être résilié, Foundry a demandé de recevoir une indemnité d'un montant égal à celui du marché adjugé à Cisco.

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*<sup>2</sup>. 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*<sup>3</sup>. Le 6 juin 2001, Foundry a déposé une demande de prorogation du délai de dépôt d'observations. Le Tribunal a prorogé ledit délai jusqu'au 18 juin 2001. Le 18 juin 2001, Foundry 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 reporté au 22 juin 2001. Le 9 juillet 2001, Foundry 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<sup>e</sup> 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 16 février 2001, TPSGC a diffusé, par l'entremise du MERX<sup>4</sup>, un avis de projet de marché (APM) portant sur l'acquisition de 30 articles d'équipement de réseau Cisco. TPSGC a annulé l'APM après avoir reçu de Cisco un avis selon lequel cette dernière soumissionnait directement auprès du gouvernement fédéral plutôt que de faire présenter des propositions par des revendeurs. TPSGC a ensuite publié un préavis d'adjudication de contrat (PAC) le 27 février 2001, dans lequel il était indiqué que les articles seraient acquis directement de Cisco sans appel d'offres. Foundry a contesté le PAC le 27 février 2001.

Le 13 mars 2001, TPSGC a fait parvenir à Foundry une description détaillée des articles faisant l'objet de l'acquisition et du réseau en place à ACC. TPSGC a aussi demandé que Foundry lui indique, au plus tard le 16 mars 2001, si ses produits pouvaient satisfaire à toutes les conditions prescrites. La date limite pour soumettre une réponse a été reportée au 21 mars 2001, à la demande de Foundry, et Foundry a soumis, à cette date, qu'elle pouvait fournir 21 des 30 articles, mais a ajouté, relativement aux 9 articles restants : « les articles restants se rapportent à des routeurs et d'autres produits Cisco auxquels nous ne faisons pas concurrence » [traduction]. Le 23 mars 2001, le marché a été adjugé à Cisco et, le 27 mars 2001, Foundry a été avisée, par télécopieur, que sa contestation du PAC n'avait pas été accueillie. Le 29 mars 2001, Foundry a fait parvenir une opposition à TPSGC concernant l'adjudication du marché à Cisco. Peu après, Foundry a conclu que la réparation qu'elle avait demandée ne lui serait pas accordée.

Le 17 avril 2001, Foundry a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

## POSITION DES PARTIES

### Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que la plainte de Foundry avait été déposée en retard. Selon TPSGC, Foundry a découvert les faits à l'origine de sa plainte le 29 mars 2001, mais n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 17 avril 2001.

De plus, TPSGC a soutenu que Foundry n'était pas capable de répondre aux conditions prescrites par ACC relativement au présent marché public. TPSGC a fait valoir qu'il avait le droit d'acquérir les 30 articles nécessaires dans le cadre d'un marché unique et que Foundry a reconnu, le 21 mars 2001, ne pas pouvoir fournir 9 de ces articles. De plus, TPSGC a indiqué que Foundry n'avait pas spécifié d'équipement particulier qui pourrait répondre aux exigences de fonctionnalité et de rendement améliorés d'ACC. TPSGC a aussi soutenu qu'il était fondé de recourir à la procédure limitée d'appel d'offres pour garantir la compatibilité avec l'équipement en place d'ACC et parce que, pour des raisons techniques, il n'y avait pas de concurrence capable de fournir les articles nécessaires.

Le RIF incluait une réponse détaillée d'ACC à la contestation du PAC présentée par Foundry, cette réponse énonçant, point par point, les motifs d'ordre technique du rejet de la proposition de Foundry.

### Position de Foundry

Foundry a soutenu qu'il n'était pas justifié d'exiger un produit spécifique d'un fabricant dans le cadre du présent marché public. Foundry a fait valoir qu'elle-même ou ses revendeurs « auraient pu proposer une solution qui incluait une combinaison de produits qui auraient constitué, pour ACC, une solution intégrée du type "système le plus performant" » et, donc, qu'il devrait leur être permis de soumettre

---

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

une proposition concurrentielle. Foundry a déclaré qu'un simple test « d'évaluation des performances » lui aurait permis ou aurait permis à ses revendeurs de faire la preuve de leur capacité.

Foundry n'a pas répondu à la justification technique détaillée présentée par ACC dans le RIF.

## 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 accords commerciaux applicables.

Le Tribunal a d'abord examiné la question de savoir si la plainte avait été déposée dans les délais prescrits. Foundry a découvert les faits à l'origine de sa plainte le 29 mars 2001, lorsqu'elle a reçu la lettre de TPSGC lui annonçant le refus de sa contestation du PAC. Le même jour, Foundry a présenté une opposition à TPSGC demandant le redressement de la situation. Le ou vers le 2 avril 2001, Foundry a décidé qu'elle n'allait pas recevoir la réparation qu'elle avait demandée relativement à son opposition et a décidé de déposer une plainte auprès du Tribunal. Le Tribunal a considéré la plainte comme étant déposée le 17 avril 2001. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal a déterminé que 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 question de savoir si la plainte était fondée.

Le paragraphe 1001(4) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>5</sup> prévoit qu'aucune partie ne peut préparer, élaborer ou autrement structurer un projet d'achat dans le but de se soustraire aux obligations du chapitre dix de l'ALÉNA. Il n'y a pas d'élément de preuve qui démontre qu'ACC ou TPSGC ont spécifié les 30 articles visés dans le marché public dans le but d'empêcher les fournisseurs éventuels autres que Cisco de soumissionner relativement au besoin. ACC n'était pas obligé de mettre en péril ses besoins opérationnels légitimes pour s'adapter aux circonstances d'entreprise particulières de Foundry, et le Tribunal accepte les éléments de preuve soumis par ACC selon lesquels il était nécessaire de préciser ses besoins comme elle l'a fait dans le cadre du présent marché public.

De son propre aveu, Foundry n'était pas capable de fournir 9 des 30 articles requis dans l'invitation à soumissionner. En outre, le RIF a présenté une justification technique détaillée du rejet de l'affirmation de Foundry selon laquelle cette dernière était capable de satisfaire aux exigences du marché public. Foundry n'a pas présenté de réponse à la justification technique susmentionnée. Par conséquent, le Tribunal est convaincu que Foundry n'était pas capable de répondre au besoin visé dans le marché public tel qu'il était spécifié.

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal conclut que la plainte de Foundry n'est pas fondée. Compte tenu des circonstances, il n'est pas nécessaire que le Tribunal examine la question plus générale de savoir si TPSGC a agi correctement en utilisant une procédure limitée d'appel d'offres dans le cadre du présent marché public.

---

5. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ci-après ALÉNA].

**DÉCISION DU TRIBUNAL**

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

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président