



Canadian International
Trade Tribunal

Tribunal canadien du
commerce extérieur

Ottawa, le mardi 12 août 2003

Dossier n° PR-2003-002

EU ÉGARD À une plainte déposée par EDUCOM TS Inc. et
RAND IT Solutions 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 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*.

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.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

333 Laurier Avenue West
Ottawa, Ontario K1A 0G7
Tél.: (613) 990-2452
Fax.: (613) 990-2439
www.citt-tcce.gc.ca

333, avenue Laurier ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7
Tél. : (613) 990-2452
Fax. : (613) 990-2439
www.tcce-citt.gc.ca

Date de la décision et des motifs : Le 12 août 2003

Membre du Tribunal : Patricia M. Close, membre président

Agent principal d'enquête : Cathy Turner

Conseiller pour le Tribunal : John Dodsworth

Parties plaignantes : EDUCOM TS Inc. et RAND IT Solutions

Conseiller pour les parties plaignantes : Barbara A. McIsaac

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseiller pour l'institution fédérale : David M. Attwater



Ottawa, le mardi 12 août 2003

Dossier n° PR-2003-002

EU ÉGARD À une plainte déposée par EDUCOM TS Inc. et RAND IT Solutions 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 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*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 7 avril 2003, EDUCOM TS Inc. et RAND IT Solutions (EDUCOM-RAND) ont 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 du marché public (invitation n° FP867-010047/B) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour la fourniture d'un logiciel d'archivage automatisé pour le ministère des Pêches et Océans (MPO).

EDUCOM-RAND a allégué que TPSGC a procédé à une évaluation irrégulière, en contravention des dispositions des accords commerciaux applicables. Plus précisément, EDUCOM-RAND a allégué que TPSGC a déclaré sa soumission non conforme au motif qu'elle ne contenait pas un aperçu d'un plan de la formation proposée qui était censément exigé à l'article B.3.8 de la demande de propositions (DP); elle a soutenu que la DP ne contenait aucun tel article. EDUCOM-RAND a aussi allégué que sa soumission a été jugée non conforme au motif qu'elle ne contenait pas une lettre, en conformité avec l'article A.11.4, attestant qu'elle est un revendeur autorisé des logiciels Microsoft. Enfin, elle a allégué que TPSGC a, à tort, conclu que, même si sa soumission avait été déclarée conforme, EDUCOM-RAND n'aurait pas « voulu ou pu » supprimer certaines dispositions des modalités d'utilisation de la solution proposée, que TPSGC pourrait trouver inacceptables.

EDUCOM-RAND a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal recommande une nouvelle évaluation des soumissions et, si sa soumission est jugée gagnante, que le contrat lui soit adjugé ou, à titre de solution de rechange, qu'elle reçoive une indemnité en reconnaissance de sa perte d'une occasion de faire un profit. Dans le cadre d'une autre solution de rechange, elle a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal recommande que les frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission lui soient remboursés. De plus, elle a demandé à recevoir le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Le 11 avril 2003, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisque cette dernière répondait 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*

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

sur les marchés publics². Le 16 avril 2003, TPSGC a informé le Tribunal qu'un contrat de 230 480 \$ avait été adjugé à IXOS Software Inc. (IXOS). Le 9 mai 2003, 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 15 mai 2003, EDUCOM-RAND a demandé que TPSGC divulgue certains renseignements confidentiels ainsi que d'autres documents mentionnés dans le RIF; elle a aussi demandé une prorogation du délai pour le dépôt des observations sur le RIF. Après avoir reçu des observations des parties, le Tribunal a accueilli la demande et a reporté au 30 mai 2003 la date limite pour le dépôt des observations susmentionnées. EDUCOM-RAND a déposé ses observations le 30 mai 2003. Le 5 juin 2003, le Tribunal a autorisé TPSGC à répondre aux nouvelles allégations contenues dans les observations d'EDUCOM-RAND sur le RIF. Le 9 juin 2003, TPSGC a déposé ses observations et, le 13 juin 2003, EDUCOM-RAND a déposé sa réplique auprès du Tribunal.

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

Une DP a été publiée par l'intermédiaire du MERX, le Service électronique d'appel d'offres du Canada, le 11 novembre 2002, pour la fourniture d'un logiciel d'archivage automatisé pour le MPO.

La DP prévoit en partie ce qui suit :

A.1.1 EXIGENCES OBLIGATOIRES

Les exigences obligatoires de la présente DP sont distinguées au moyen des mots « **Obligatoire** », « **(O)** », ou **dans un énoncé couvrant une section du présent document**. Les mots « devra », « doit », « essentiel », « sera » et « exigé » dans la présente DP doivent être interprétés comme désignant une exigence obligatoire.

On demande au soumissionnaire de traiter chacune des exigences suffisamment en profondeur pour permettre à l'équipe d'évaluation d'effectuer une analyse et une évaluation complètes. Une proposition doit satisfaire à toutes exigences obligatoires. Une proposition qui n'est pas conforme à une exigence obligatoire sera déclarée IRRECEVABLE, sera rejetée et ne fera pas l'objet d'examen ultérieur.

A.1.1.4 EXIGENCES D'ATTESTATION

a) Pour obtenir un contrat, le soumissionnaire doit fournir :

- (ii) une lettre du fabricant du logiciel relativement à **chaque** élément logiciel **sans exception** de la solution de logiciel proposée dont le soumissionnaire n'est pas aussi le fabricant. La lettre doit être rédigée sur papier à en-tête du fabricant du logiciel et signée par un représentant autorisé de ce dernier.

La lettre du fabricant du logiciel doit être présentée sous la forme suivante :

*La présente confirme que, à titre de revendeur autorisé de notre logiciel, _____ [soumissionnaire] est autorisé à inclure notre logiciel en tant que partie de sa proposition en réponse à la demande de propositions n° **FP867-010047/B** du Canada.*

2. D.O.R.S. /93-602 [Règlement].

3. D.O.R.S. /91-499.

- c) Si un soumissionnaire ne soumet pas les attestations et les lettres susmentionnées avec sa proposition ou si lesdites attestations et lettres ne sont pas sous la forme requise par le Canada, le Canada communiquera avec le soumissionnaire, et ce dernier devra produire les attestations ou lettres décrites ci-dessus dans les trois (3) jours ouvrables (ou toute autre période plus longue que le Canada pourra déterminer, à sa discrétion). **Le défaut de satisfaire à cette demande de l'autorité contractante de TPSGC et de satisfaire à l'exigence dans le délai prévu rendra la proposition irrecevable.**

A.12 PRÉSENTATION, CONTENU ET NOMBRE DE COPIES DE LA PROPOSITION

A.12.3 [...]

La proposition technique du soumissionnaire **DOIT** donner des renseignements suffisamment détaillés et approfondis pour démontrer que le LOGICIEL proposé peut satisfaire aux exigences obligatoires énoncées dans la présente DP et les appendices. Chaque proposition technique doit **obligatoirement** inclure ce qui suit :

- d) Plan de formation Aperçu par le soumissionnaire de la formation proposée, en conformité avec l'article B3.8 et le tableau 4 et l'exigence obligatoire O-10. Le soumissionnaire doit fournir une description de la formation de deux jours requise pour que l'administrateur et son suppléant acquièrent une pleine connaissance de l'administration, de l'exploitation et de la recherche des défaillances eu égard au produit. Le soumissionnaire devrait inclure une copie du matériel de cours avec sa proposition.

B.3.9 OPTIONS

B.3.9.2 FORMATION

Après l'installation, l'entrepreneur doit fournir au client des options irrévocables de formation en anglais comme le décrit le prochain paragraphe (instructeurs et matériel de soutien) au MPO visant la solution de logiciel requise par le MPO aux prix précisés dans les Modalités de paiement (tableau 4).

La formation s'entend d'un cours d'ensemble personnalisé à l'intention du personnel du MPO. Le cours devra être donné dans la région de la capitale nationale à jusqu'à deux administrateurs de système par cours. Il devra porter sur tous les renseignements nécessaires, pour que les administrateurs de système exploitent la solution de logiciel de l'entrepreneur et exécutent, sécuritairement et efficacement, les activités d'exploitation et de maintien désignées du MPO. Le principal objectif de la formation consiste en l'acquisition par l'administrateur et son suppléant d'une pleine connaissance de l'administration, de l'exploitation et de la recherche de défaillances eu égard à la solution de logiciel d'archivage automatisé.

[Traduction]

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le tableau 4, à la section B.10, Modalités de paiement, prévoit ce qui suit :

FORMATION

Sous réserve de la demande de formation décrite à l'article B.3.9.2, l'entrepreneur sera rémunéré comme il est indiqué dans les présentes, après la prestation de la formation et son acceptation, après le dépôt d'une facture valable, sans application de frais FOB, la livraison à destination, droits de douane inclus, TPS/TVH en sus, payables par le destinataire s'il y a lieu.

[Traduction]

La modification n° 001 de la DP, datée du 12 décembre 2002, a modifié l'article A.11.4a)(ii), en partie, pour qu'il prévoise ce qui suit :

La lettre du fabricant de logiciel doit être présentée sous la forme suivante :

« La présente lettre confirme que nous avons autorisé [] (le "soumissionnaire") à inclure les produits logiciels [du fabricant du logiciel] précisés à l'annexe ci-jointe (collectivement les "produits [du fabricant de logiciel]") en tant que partie de sa proposition en réponse à la demande de propositions n° _____ du Canada (la "DP"). Nous vous avisons que l'autorité du soumissionnaire eu égard à la fourniture des produits [du fabricant de logiciel] au Canada se limite à la fourniture de produits aux termes d'un contrat qui à la fois résulte de la procédure de passation du marché public pertinente à la DP et intègre à notre satisfaction les modalités approuvées [du fabricant de logiciel] eu égard à l'utilisation des produits [du fabricant du logiciel], en conformité avec la procédure énoncée dans la DP. Pour éviter tout doute, le soumissionnaire n'est pas autorisé à prendre des engagements de quelque nature que ce soit au nom [du fabricant de logiciel] ou de l'une quelconque de ses entités associées ou liées. »

[Traduction]

La date de clôture initiale pour la présentation des propositions était le 16 décembre 2002; elle a été par la suite reportée au 10 janvier 2003. Selon TPSGC, trois propositions ont été reçues. Le 24 mars 2003, EDUCOM-RAND a été informée que sa proposition avait été déclarée non conforme. Le 7 avril 2003, EDUCOM-RAND a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu qu'une exigence obligatoire de la DP prévoit que la proposition technique du soumissionnaire doit inclure un aperçu d'un programme de formation de deux jours. Il a convenu que, comme le souligne la plainte, la DP ne comprend pas d'article B.3.8; cependant, l'article qui suit l'article B.3.7 est l'article B.3.9. Il a soutenu que l'article B.3.9.2 décrit un cours de formation sur la solution de logiciel offert par le soumissionnaire. Il a prétendu que le renvoi à l'article B.3.8, compris dans l'article A.12.3 aurait dû être un renvoi à l'article B.3.9. Il a soutenu qu'EDUCOM-RAND n'a pas été déclarée non conforme par rapport à l'article B.3.8, mais, plutôt, par rapport à l'article A.12.3. Il a soutenu que l'article A.12.3 donne suffisamment de renseignements sur la nature du cours de formation pour permettre aux soumissionnaires de préparer la description ou l'aperçu requis. De plus, il a soutenu que, comme le montre la pièce de courrier électronique d'EDUCOM-RAND datée du 20 janvier 2003⁴, EDUCOM-RAND était pleinement au courant de l'exigence obligatoire d'inclure un aperçu du cours de formation dans sa proposition.

En ce qui a trait à l'exigence obligatoire de soumettre une lettre d'attestation en provenance du fabricant de logiciel pour « **chaque** élément logiciel **sans exception** de la solution de logiciel proposée dont le soumissionnaire n'est pas aussi le fabricant », TPSGC a fait valoir ce qui suit : « Le dictionnaire *The Oxford Dictionary* définit "*software*" (logiciel) comme des "programmes et autres renseignements d'exploitation utilisés par un ordinateur" » [traduction]. Il a prétendu que le logiciel s'exprime soit en code objet soit en code source. Il a soutenu que le moteur de données de bureau Microsoft SQL Server Desktop Engine (MSDE) est un logiciel, puisqu'il se compose d'un « code », qu'il s'agit de « renseignements

4. Plainte, onglet 6.

d'exploitation pour un ordinateur » et qu'il « fait partie d'une application logicielle » [traduction]. Il a aussi soutenu que le MSDE est un élément de la solution de logiciel proposée par EDUCOM-RAND, assujetti à l'exigence d'attestation en provenance de Microsoft Corporation (Microsoft). Il a ajouté ce qui suit : « Le dictionnaire *The Oxford Dictionary* définit “*component*” (élément) comme “composant, formant, partie constitutive. Une partie constitutive ou composante” » [traduction]. Il a aussi soutenu que, tout en alléguant que le MSDE n'est pas un élément de la solution d'archivage sur Exchange (SAE), EDUCOM-RAND reconnaît que le MSDE est un élément du produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, et est une solution technologique utilisée par EDUCOM et qui est devenue une partie de l'application de la SAE. TPSGC a affirmé que le contrat de licence utilisateur final (CLUF)⁵ contient les modalités de la licence en vertu de laquelle Microsoft a accordé à EDUCOM le droit d'utiliser le produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft. Il a soutenu que la clause 2d)(iii) du CLUF prévoit que le « Produit », à savoir le produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, peut contenir des éléments accompagnés d'un contrat de licence distinct. Il a aussi soutenu que, comme l'a reconnu EDUCOM-RAND, l'addendum au CLUF⁶ s'applique au MSDE. TPSGC a soutenu que, puisque le MSDE est un élément du produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, assujetti à un contrat visant les éléments, le MSDE est un « élément de la solution de logiciel proposée » [traduction] aux fins de l'article A.11.4 de la DP et, par conséquent, qu'une lettre d'attestation en provenance du fabricant du logiciel était exigée.

TPSGC a soutenu que, contrairement à la position avancée par EDUCOM-RAND, l'attestation exigée à l'article A.11.4 de la DP n'est pas conditionnelle à ce que le soumissionnaire soit un revendeur autorisé du fabricant du logiciel du soumissionnaire. Il a soutenu que, dans la modification n° 001 de la DP, datée du 12 décembre 2002, la clause A.11.4a)(ii) a été modifiée de façon à supprimer le renvoi à « revendeur autorisé » de la « forme de présentation » de la lettre du fabricant du logiciel. Il a soutenu que l'attestation exigée est sans rapport avec le lien entre le fabricant du logiciel et le soumissionnaire, et ne limite pas l'exigence obligatoire aux seuls revendeurs du logiciel.

En ce qui a trait aux modalités supplémentaires s'appliquant au logiciel, TPSGC a soutenu que la proposition d'EDUCOM-RAND a été déclarée non conforme à la DP non pas parce que sa solution de logiciel incluait le MSDE, qui était assujetti à des modalités divergentes des modalités obligatoires de la DP, mais plutôt parce qu'EDUCOM-RAND ne pouvait pas négocier l'une quelconque des dispositions du CLUF, de sorte que la proposition aurait, au bout du compte, été déclarée non conforme à l'étape de la finalisation du contrat. Il a soutenu que sa décision à cet égard ne constitue pas un motif de plainte convenable.

En réponse à de nouvelles allégations avancées par EDUCOM-RAND dans ses observations sur le RIF, TPSGC a soutenu que la proposition d'IXOS comprenait une attestation de Microsoft, comme l'exige l'article 11.4 de la DP, et que Microsoft avait fourni la lettre d'attestation à IXOS avant la clôture des soumissions. TPSGC a aussi soutenu que la licence pertinente au logiciel, entre IXOS et la Couronne, comprend les modalités d'utilisation en plus des modalités obligatoires contenues dans la DP et ne comprend pas de modalités d'utilisation incompatibles avec la DP.

En ce qui a trait aux mesures correctives, TPSGC a soutenu que, si le Tribunal déterminait qu'il y a eu contravention aux accords commerciaux et recommandait une nouvelle évaluation, toutes les propositions devraient faire l'objet d'une nouvelle évaluation. Si le Tribunal recommandait une nouvelle

5. Plainte, onglet 10.

6. *Ibid.*

évaluation des propositions et qu'un autre soumissionnaire que l'entrepreneur en place devait être déclaré le soumissionnaire conforme le moins-disant, TPSGC a demandé qu'il puisse soit résilier le contrat et l'adjuger au soumissionnaire conforme le moins-disant, soit garder l'entrepreneur en place et verser une indemnité au soumissionnaire conforme le moins-disant. Il a aussi soutenu que toute indemnité adjugée devait se fonder sur le profit net et non sur le profit brut. Enfin, TPSGC a demandé à recevoir le remboursement des frais qu'il a engagés pour la préparation de l'exposé qu'il a déposé auprès du Tribunal.

Position d'EDUCOM-RAND

EDUCOM-RAND a soutenu que, le 16 janvier 2003, eu égard à l'article A.12.3d) de la DP, TPSGC a demandé ce qui suit : « À quel endroit, dans votre soumission, la Couronne trouvera-t-elle l'aperçu de la formation proposée? » [traduction]. Elle a dit avoir, le 20 janvier 2003, répondu : « Un aperçu du plan du cours de formation se trouve à la page 19 de la DP relativement à la formation de deux jours obligatoire » [traduction]. Elle a ajouté que, le 22 février 2003, TPSGC a demandé ce qui suit : « Veuillez indiquer à quel endroit, dans votre proposition, nous trouverons la description de la formation de deux jours requise à l'article A.12.3d) » [traduction]. Elle a dit avoir, le 26 février 2003, répondu à TPSGC et lui avoir affirmé : « Eu égard à l'article A.12.3d) ci-dessus, l'énoncé renvoie à l'article B.3.8 qui n'existe pas dans la DP. Eu égard au tableau 4, rien ne renvoie à une formation "de deux jours". Eu égard à l'exigence O-10, cette clause renvoie à l'article B.3.9.2, qui ne renvoie toujours pas à une formation quelconque de "deux jours". La question que je vous pose est la suivante : Pourquoi avez-vous besoin de voir notre formation de "deux jours". La description de cours qui se trouve dans le manuel de la SAE ne suffit-elle pas pour satisfaire à ces exigences? » [traduction]. EDUCOM-RAND a dit ne pas avoir interprété la DP comme signifiant qu'il fallait inclure dans la soumission l'aperçu détaillé et la description de cours, comme tels, de la formation proposée, assortie d'un prix, en option. EDUCOM-RAND a soutenu qu'il semble maintenant que TPSGC avait besoin d'un plan de formation détaillé et prétend maintenant déclarer la soumission d'EDUCOM-RAND non conforme au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences de l'article B.3.8, un article qui n'existe pas dans la DP.

EDUCOM-RAND a soutenu qu'un certain nombre de technologies ont servi à la création du produit de la SAE. Une de ces technologies était le produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, qui, selon EDUCOM-RAND, est mis à la disposition des sociétés aux fins de la conception, du développement et de l'essai de nouveaux produits logiciels. Elle a ajouté que le MSDE est un élément du produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, et qu'il est d'une technologie habilitante qu'EDUCOM a utilisée et qui est devenue une partie de l'application de la SAE. Selon EDUCOM-RAND, TPSGC a affirmé avec insistance que le MSDE est un élément logiciel de la SAE et que, par conséquent, EDUCOM-RAND est un revendeur du MSDE et est tenue de produire une lettre en provenance de Microsoft l'autorisant à inclure le MSDE en tant que partie de sa proposition. EDUCOM-RAND a soutenu qu'elle n'est pas tenue de produire une lettre parce que le MSDE constitue une technologie ou un outil et non un élément logiciel. Elle a aussi soutenu ne pas avoir acheté le MSDE et, donc, ne pas pouvoir être considérée comme un revendeur du MSDE. Elle a dit avoir obtenu de Microsoft une licence d'utilisation du MSDE et que, lorsqu'elle fournit l'application de la SAE qui englobe le MSDE, elle accorde une licence à la Couronne pour l'utilisation du produit de la SAE et une sous-licence pour l'utilisation du MSDE. Elle a ajouté que, en conformité avec la CLUF de Microsoft et son addendum, elle ne peut revendre le MSDE. Elle a soutenu que TPSGC a procédé en se fondant sur une interprétation erronée du lien établi entre EDUCOM-RAND et Microsoft.

Selon EDUCOM-RAND, TPSGC a, à tort, conclu que, même si sa soumission avait été déclarée conforme, elle n'aurait pas « voulu ou pu » supprimer certaines dispositions des modalités d'utilisation proposées de la solution proposée, que TPSGC pourrait trouver inacceptables. Elle a soutenu que TPSGC comprend mal la nature de l'addendum à la CLUF qui régit l'utilisation du MSDE. EDUCOM-RAND a soutenu que l'addendum énonce les modalités du contrat de licence entre EDUCOM (et subséquemment RAND) et Microsoft et qu'il ne se rapporte pas aux modalités de toute licence accordée à la Couronne relativement au produit de la SAE ou aux modalités de tout contrat entre EDUCOM-RAND et la Couronne portant sur la fourniture du produit de la SAE, sauf à un égard. Elle a soutenu que, étant donné qu'elle a des droits limités sur la redistribution du MSDE, elle doit intégrer ces droits limités de redistribution dans toute licence qu'elle accorde par la suite relativement aux produits de la SAE à la Couronne et dans tout contrat subséquent avec la Couronne. Elle a ajouté que, sous réserve de la restriction visant la redistribution, les modalités proposées de la licence à délivrer à la Couronne relativement au produit de la SAE peuvent faire l'objet de négociations.

En réponse à l'affirmation de TPSGC dans le RIF selon laquelle EDUCOM-RAND n'a jamais demandé d'éclaircissement relativement à l'article A.12.3d) de la DP⁷, EDUCOM-RAND a soutenu dans ses observations sur le RIF que cette affirmation est fautive et que sa pièce de courrier électronique datée du 26 février 2003⁸ est une demande d'éclaircissement. Elle a ajouté que TPSGC n'a pas répondu à la demande.

En ce qui a trait à l'exigence portant sur une lettre d'attestation, EDUCOM-RAND a soutenu dans ses observations sur le RIF que, dans l'ensemble de ses discussions avec TPSGC, il était clair que l'attestation voulue par TPSGC était l'attestation initialement décrite dans la DP et que TPSGC n'a jamais renvoyé au libellé de l'attestation compris dans la modification n° 001 de la DP, contrairement à ce qu'il prétend maintenant dans le RIF⁹. Elle a ajouté que, dans toutes les pièces de correspondance en provenance de TPSGC, il est fait mention de la lettre d'attestation relativement au revendeur¹⁰. EDUCOM-RAND a soutenu que TPSGC ne peut pas maintenant affirmer que sa proposition était lacunaire parce qu'elle ne contenait pas une lettre d'attestation différente de celle dont il avait été discuté dans l'ensemble de la procédure et qui a été citée dans la lettre du 24 mars 2003 au titre de motif des conclusions de non-conformité¹¹. EDUCOM-RAND a ajouté que, si la lettre d'attestation précisée dans la modification n° 001 de la DP était ce que TPSGC voulait obtenir, TPSGC était tenu d'exprimer clairement une telle exigence.

En réponse à l'exposé de TPSGC, daté du 9 juin 2003, EDUCOM-RAND a soutenu que TPSGC ne comprend pas les questions de cession de licence de logiciel et n'a pas une notion claire de la nature de la licence obtenue par EDUCOM-RAND, ladite licence lui permettant d'utiliser le MSDE et de le redistribuer en tant que moteur de données du produit d'archivage du courrier électronique d'EDUCOM-RAND. Elle a soutenu que TPSGC ne comprend pas qu'EDUCOM-RAND n'a pas proposé un produit Microsoft en réponse à la DP, mais a plutôt proposé le produit de la SAE, un produit développé par EDUCOM en utilisant le MSDE pour créer l'élément de la base de données de la SAE. Elle a fait valoir qu'elle détient une licence de Microsoft relativement au MSDE et qu'elle peut, en vertu de la licence, redistribuer le MSDE dans le cadre de son propre produit. Enfin, elle a soutenu que le CLUF est un contrat établi entre Microsoft

7. RIF, para. 90.

8. Plainte, onglet 8.

9. RIF, paras. 92, 115-116.

10. Plainte, onglets 5, 7.

11. Plainte, onglet 2.

et EDUCOM-RAND uniquement et que ledit contrat n'établit pas un contrat entre la Couronne et Microsoft.

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 qui, en l'espèce, sont l'*Accord sur les marchés publics*¹², l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹³ et l'*Accord sur le commerce intérieur*¹⁴.

L'alinéa XIII(4)c) de l'*AMP* prévoit que « [l]es adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres ».

Le paragraphe 1007(1) de l'*ALÉNA* prévoit que « [c]hacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce ».

Le paragraphe 1008(1) de l'*ALÉNA* prévoit en partie que « [c]hacune des Parties fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités : a) soient appliquées de façon non discriminatoire ».

Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit en partie que « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ».

Le Tribunal doit déterminer si, comme EDUCOM-RAND l'a allégué, TPSGC, lorsqu'il a évalué les propositions dans le cadre de la présente invitation à soumissionner, a procédé à une évaluation régulière, en conformité avec les accords commerciaux applicables.

En ce qui a trait au premier motif de plainte, le Tribunal est d'accord avec TPSGC sur le fait que, en conformité avec l'article A.12.3 de la DP, les soumissionnaires étaient tenus, dans le cadre d'un critère obligatoire, d'inclure un plan de formation. L'article A.12.3 prévoit en partie ce qui suit : « Chaque proposition technique doit **obligatoirement** inclure ce qui suit : d) Plan de formation » [traduction]. De plus, il ressort clairement de l'article A.12.3d) que cet aperçu se rapportait à la « formation de deux jours requise » [traduction]. Quant à l'allégation d'EDUCOM-RAND selon laquelle sa proposition a été déclarée non conforme parce qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article B.3.8, un article qui n'existe pas, le Tribunal fait d'abord observer que TPSGC a affirmé que la proposition d'EDUCOM-RAND n'a pas été déclarée non conforme par rapport à l'article B.3.8, mais a plutôt été déclarée non conforme par rapport à l'article A.12.3, étant donné que la proposition ne présentait pas l'aperçu de la formation requise.

12. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

13. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

14. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fre/it.htm>> [ACI].

Deuxièmement, le Tribunal est d'avis qu'il est évident, au vu des documents d'appel d'offres, que le renvoi, compris dans l'article A.12.3d) de la DP, à l'article B.3.8, un article qui n'existe pas, était une erreur et que le renvoi aurait dû viser l'article B.3.9. Le Tribunal accepte l'affirmation de TPSGC selon laquelle le renvoi à l'article B.3.8 était une erreur et que le renvoi correct aurait dû être à l'article B.3.9. Étant donné que l'exigence obligatoire O-10 et le tableau 4 (qui ont été mentionnés dans la phrase qui contenait le renvoi erroné à l'article B.3.8 dans l'article A.12.3d)) renvoient tous deux à l'article B.3.9.2 et puisque toute personne cherchant l'article B.3.8 aurait dû trouver l'article B.3.9 puisque ce dernier suivait l'article B.3.7, il appert au Tribunal qu'EDUCOM-RAND aurait dû pouvoir déterminer que le renvoi à l'article B.3.8 était une erreur. Selon le Tribunal, une telle erreur ne soustrait pas EDUCOM-RAND à son obligation de satisfaire à l'exigence obligatoire d'inclure un plan de la formation de deux jours dans sa soumission.

Par conséquent, le Tribunal est d'avis que, même si TPSGC a commis une erreur en renvoyant à l'article B.3.8 plutôt qu'à l'article B.3.9, il s'agissait d'une erreur *de minimis* qui n'a pas eu pour effet que TPSGC a agi d'une manière contraire aux dispositions de la DP dans sa détermination selon laquelle la proposition d'EDUCOM-RAND était non conforme parce qu'elle ne contenait pas un plan de formation de deux jours.

En ce qui a trait au deuxième motif de plainte, le Tribunal est dans ce cas encore d'accord avec TPSGC sur l'interprétation de ce dernier selon laquelle le MSDE est un élément logiciel du produit de la SAE et que, aux fins de l'article A.11.4 de la DP, EDUCOM-RAND était tenue de soumettre une lettre. Même si EDUCOM-RAND a soutenu que le MSDE constitue une technologie ou un outil et non un élément logiciel, cette dernière a reconnu que le MSDE est un élément du produit SQL Server, Édition Développeur de Microsoft, qu'EDUCOM a utilisé et qui est devenu une partie de la SAE¹⁵. Elle a aussi reconnu que le CLUF et son addendum s'appliquent au MSDE. L'article 4a)(i) de l'addendum au CLUF prévoit en partie ce qui suit : « Si vous choisissez de redistribuer le Code Redistribuable SQL ou le MSDE, vous vous engagez : i. à ne distribuer le MSDE que sous forme de code objet et uniquement en association avec un produit logiciel d'application que vous avez développé et qui ajoute des fonctionnalités significatives et principales au PRODUIT LOGICIEL ("Produit sous licence"), et comme partie intégrante d'un tel produit »¹⁶ [traduction].

À la lumière des éléments de preuve mis à sa disposition, le Tribunal estime qu'une lettre d'attestation en provenance de Microsoft devait être soumise par EDUCOM-RAND en tant que partie de sa proposition. Selon le Tribunal, TPSGC a raison de se préoccuper de l'utilisation d'autres logiciels en propriété exclusive inclus dans la solution de logiciel proposée et qu'il a donc inclus, au nombre des exigences obligatoires, l'exigence portant sur la présentation d'une autorisation du fabricant du logiciel que le soumissionnaire pouvait inclure le produit logiciel particulier dans le cadre de sa proposition. Le Tribunal est d'avis que TPSGC a déterminé, à raison, que la proposition d'EDUCOM-RAND était non conforme parce qu'elle ne comprenait pas une « lettre du fabricant du logiciel relativement à **chaque** élément logiciel **sans exception** de la solution de logiciel proposée dont le soumissionnaire n'est pas aussi le fabricant » [traduction].

Le Tribunal fait observer que, dans sa plainte, EDUCOM-RAND a renvoyé au texte de la version initiale de la lettre du fabricant du logiciel exigée à l'article A.11.4 de la DP. La version initiale de cette

15. Plainte à la p. 11.

16. Plainte, onglet 10.

lettre exigeait que le fabricant du logiciel confirme que le soumissionnaire, à titre de revendeur autorisé de son logiciel, est autorisé à inclure le logiciel dans sa soumission. À cet égard, EDUCOM-RAND a soutenu n'avoir pas été tenue de soumettre la lettre d'attestation, étant donné que ni l'une ni l'autre ne peut être considérée comme un revendeur de logiciel.

Cependant, le libellé de la lettre du fabricant du logiciel a été modifié par la modification n° 001 de la DP. Il est significatif, à cet égard, de constater que la nouvelle lettre exigée ne renvoyait pas au soumissionnaire en tant que revendeur de logiciel. Même s'il est malheureux que, dans ces pièces de correspondance, TPSGC ait continué à renvoyer au texte de la lettre initiale du fabricant du logiciel, EDUCOM-RAND aurait dû être informée des modifications apportées à la lettre par voie de la modification n° 001. De toute façon, le Tribunal doit interpréter le sens de l'attestation qui fait l'objet d'un renvoi dans l'article A.11.4 modifié de la DP, et non en fonction de son libellé initial, puisque rien n'indique que ledit article n'a pas été modifié d'une manière régulière. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le Tribunal est d'avis que le MSDE est un élément logiciel du produit de la SAE et qu'EDUCOM-RAND était donc tenue de soumettre une lettre d'attestation en provenance de Microsoft en tant que partie de sa proposition.

Le Tribunal n'est pas d'avis que la troisième et dernière allégation constitue un motif de plainte approprié. EDUCOM-RAND a allégué que TPSGC a, à tort, conclu que, même si sa proposition avait été déclarée conforme, EDUCOM-RAND n'aurait pas « voulu ou pu » supprimer certaines dispositions proposées des modalités d'utilisation de la solution proposée, que TPSGC pourrait trouver inacceptables. Selon le Tribunal, TPSGC n'a pas rejeté la soumission d'EDUCOM-RAND pour ces motifs. Plutôt, TPSGC semble avoir simplement indiqué, dans sa lettre du 24 mars 2003, qu'EDUCOM-RAND n'aurait pas pu passer un contrat contenant les modalités requises par TPSGC, même si elle avait été déclarée le soumissionnaire retenu. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas contrevenu aux accords commerciaux contrairement à ce qu'a allégué EDUCOM-RAND.

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

TPSGC a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés pour répondre à la plainte. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le Tribunal est d'avis qu'une lecture d'ensemble de l'article A.12.3d), de l'exigence obligatoire O-10, du tableau 4 et de l'article B.3.9.2 de la DP aurait dû avertir EDUCOM-RAND qu'un aperçu d'un plan de formation de deux jours était exigé en tant que partie de sa proposition. Toutefois, le Tribunal fait observer que, bien qu'il s'agisse là d'un point d'une importance mineure, le renvoi à l'article B.3.8 était une erreur. De plus, même après la modification de la lettre d'attestation du fabricant du logiciel exigée à l'article A.11.4, TPSGC a continué de renvoyer à la version initiale de la lettre. Il s'agissait là aussi d'une erreur de la part de TPSGC qui peut avoir été source d'une certaine confusion pour le soumissionnaire.

De plus, le dernier motif de plainte concernant la détermination de TPSGC selon laquelle EDUCOM-RAND ne pouvait pas négocier l'une quelconque des dispositions du CLUF, un motif déclaré non fondé par le Tribunal, a découlé de déclarations faites dans la lettre de rejet envoyée par TPSGC à EDUCOM-RAND. Selon le Tribunal, puisque TPSGC était l'auteur de la déclaration qui a donné lieu à la présente plainte, ainsi que l'auteur des erreurs susmentionnées qui ont été source d'une certaine confusion pour le soumissionnaire, TPSGC devrait supporter le coût de la défense de toute plainte découlant de telles erreurs. Le Tribunal n'accordera donc pas de frais relativement à la présente plainte.

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.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre président