



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2007-075 à
PR-2007-077

NETGEAR, Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le jeudi 15 mai 2008*

*Motifs rendus
le vendredi 23 mai 2008*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 PLAINTE1

 PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....2

ANALYSE DU TRIBUNAL7

 Limitation de l’acquisition aux produits de fournisseurs particuliers 14

 Déclarer de façon inappropriée non conforme la proposition de Netgear en réponse à la
 DRV136 20

 Achat de logiciel au moyen d’une procédure d’invitation visant le matériel informatique
 seulement..... 21

 Frais 23

DÉCISION DU TRIBUNAL..... 24

EU ÉGARD À trois plaintes déposées par NETGEAR, 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 À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**NETGEAR, INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****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 deux des plaintes, PR-2007-075 et PR-2007-076, ne sont pas fondées et que une des plaintes, PR-2007-077, est fondée en partie.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre aux plaintes, ces frais devant être payés par NETGEAR, Inc. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes, en tant qu'ensemble, donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Diane Vincent

Diane Vincent

Membre président

Susanne Grimes

Susanne Grimes

Secrétaire intérimaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal : Diane Vincent, membre président

Directeur : Randolph W. Heggart

Gestionnaire de l'enquête : Michael W. Morden

Enquêteur : Josée Leblanc

Conseillers pour le Tribunal : Alain Xatruch
Georges Bujold
Eric Wildhaber

Partie plaignante : NETGEAR, Inc.

Conseiller pour la partie plaignante : Debra Lance

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

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

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7

Téléphone : 613-993-3595
Télocopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTES

1. Le 2 janvier 2008, NETGEAR, Inc. (Netgear) a déposé quatre plaintes 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 au sujet de demandes de rabais pour volume (DRV) dans le cadre des invitations n^{os} EN869-060292/C (DRV134), EN869-060331/D (DRV136), EN869-060331/G (DRV141) et EN869-060292/D (DRV142) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) en vue de l'acquisition d'équipement de réseau au nom de Recherche et développement pour la Défense Canada (DRV134), du ministère de la Défense nationale (MDN) (DRV136 et DRV141) et du ministère de l'Environnement (DRV142)². Toutes les DRV ont été produites en application de l'offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) n^o EN578-030742/000/EW des Services de soutien de l'équipement de réseau (SSER).

2. Netgear a allégué que TPSGC avait incorrectement limité le marché aux produits de fournisseurs particuliers, à savoir Cisco Systems Canada Co. (Cisco) (DRV134, DRV136 et DRV142) et Hewlett-Packard (HP) (DRV141), et appliqué les procédures de passation de marchés d'une manière discriminatoire. En ce qui concerne ce motif de plainte, Netgear a plus précisément allégué que TPSGC :

- 1) n'était nullement justifié de spécifier des produits par appellation commerciale;
- 2) avait refusé de fournir des renseignements additionnels aux soumissionnaires (c.-à-d. des renseignements sur les appareils et les réseaux actuels), sous forme de schémas de réseau par exemple, pour que les soumissionnaires soient en mesure de préparer leur proposition;
- 3) n'avait pas permis aux fournisseurs de démontrer par des essais l'équivalence des produits qu'ils proposaient.

3. Netgear a aussi allégué qu'en ce qui concerne la DRV136, TPSGC avait incorrectement jugé sa proposition non conforme au motif qu'elle avait proposé des produits qui, selon TPSGC, ne figuraient pas sur la liste des produits approuvés de Netgear. De plus, Netgear a allégué qu'en ce qui concerne la DRV141, TPSGC avait tenté incorrectement d'acheter des logiciels au moyen d'une procédure d'invitation qui aurait dû se limiter au matériel informatique seulement.

4. À titre de mesure corrective, Netgear a demandé au Tribunal d'annuler le contrat adjugé en réponse à la DRV136 et de l'accorder à Trust Business Systems (Trust), seul offrant des produits Netgear pour le besoin, s'il s'avérait que Trust avait présenté la proposition la moins-disante. Pour ce qui est des autres DRV, et de la DRV136 au cas où la mesure corrective ne serait pas accordée, Netgear demandait au Tribunal de recommander que tous les contrats soient annulés et qu'un nouvel appel d'offres soit lancé relativement aux besoins sans la section « Équivalents » de l'OCIM des SSER et que seules les spécifications génériques de l'annexe A de l'OCIM des SSER soient utilisées. Subsidiativement, Netgear a demandé que son mandataire, Trust, soit indemnisé à l'égard de l'occasion qu'elle a perdue de participer et de tirer profit des invitations. En outre, Netgear a demandé le remboursement des frais qu'elle avait engagés relativement à la plainte, la production d'ordonnances de report d'adjudication de contrat et l'application de la procédure expéditive. Elle voulait également que le Tribunal exige de TPSGC qu'il procède à tout marché futur dans le cadre de l'OCIM des SSER en utilisant seulement les spécifications génériques de l'annexe A de l'OCIM des SSER et que les spécifications par appellation commerciale ne soient pas utilisées. Enfin, elle a demandé que TPSGC soit tenu de décrire convenablement et de justifier tous les besoins opérationnels et que tous les renseignements permettant aux fournisseurs de présenter des offres recevables soient inclus dans les futures DRV.

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

2. Les quatre DRV en question (c.-à-d. les DRV 134, 136, 141 et 142) ont été considérées faire l'objet de plaintes distinctes et se sont donc fait attribuer des numéros de dossier différents (c.-à-d. PR-2007-075 à PR-2007-078).

5. Le 10 janvier 2008, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur les plaintes, puisque celles-ci répondaient aux exigences du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. Les présentes plaintes étaient les premières d'une série de plaintes similaires déposées par Netgear sur lesquelles le Tribunal avait décidé d'enquêter⁴. Le Tribunal n'a pas produit d'ordonnances de report d'adjudication de contrat et n'a pas non plus jugé que les plaintes se prêtaient à l'adoption de la procédure accélérée de règlement (c.-à-d. la procédure expéditive). Le 15 janvier 2008, TPSGC a accusé réception des plaintes et informé le Tribunal que la DRV142 avait été annulée. Par conséquent, le 23 janvier 2008, le Tribunal a informé les deux parties qu'il rejetait la plainte dans le dossier n° PR-2007-078, conformément à l'alinéa 10a) du *Règlement*, ayant conclu que la plainte ne s'appuyait sur aucun fondement valable puisqu'il n'y avait aucun processus d'approvisionnement pouvant faire l'objet d'une plainte. Le 4 février 2008, TPSGC a déposé le rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 14 février 2008, Netgear a déposé ses observations sur le RIF. Le 18 février 2008, le Tribunal a demandé à TPSGC de déposer d'autres renseignements sur la procédure du marché public et le contenu des DRV en question. Le 22 février 2008, TPSGC a répondu à la demande du Tribunal et, le 29 février 2008, Netgear a déposé ses observations sur la réponse de TPSGC.

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

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

7. L'OCIM des SSER, de laquelle relève les DRV, a été attribuée à un certain nombre d'entreprises qui ont répondu à une demande d'offre à commandes (DOC) concurrentielle en vue de fournir de l'équipement de réseau au gouvernement fédéral. Le concours pour l'obtention de l'OCIM des SSER a duré du 24 juin au 11 juillet 2006 et, le 13 octobre 2006, des OCIM ont été attribuées à Netgear et à 22 autres entreprises. Au cours du processus, tous les détenteurs éventuels d'une OCIM ont eu l'occasion de commenter ou de faire modifier les modalités de la DOC comportant une offre à commandes type de laquelle relèverait les OCIM subséquentes. Les entreprises n'ont reçu d'OCIM que pour les catégories de matériel auxquelles leurs produits étaient admissibles selon les spécifications génériques comprises dans la DOC. Dans le cas de Netgear, son OCIM se limite au matériel de la catégorie 1.1 ou aux commutateurs de réseau local de la couche 2. Selon la procédure décrite dans l'OCIM des SSER et compte tenu des limitations évoquées ci-dessous, TPSGC peut soit passer directement une commande à une entreprise pour la fourniture du matériel, soit soumettre les besoins à la concurrence en envoyant des demandes de prix, sous la forme de DRV, aux détenteurs d'une OCIM des SSER pertinents, qui peuvent alors faire à TPSGC une meilleure offre finale en fonction du besoin énoncé. Toutefois, pour les besoins qui dépassent 100 000 \$, TPSGC est contraint selon les modalités de l'OCIM des SSER de produire une DRV. L'OCIM prévoit en outre que les offrants, comme Netgear, conviennent que les modalités de l'OCIM s'appliquent à chaque commande.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. Netgear a déposé 14 autres plaintes au sujet d'autres DRV relevant de l'OCIM des SSER sur lesquelles le Tribunal a décidé d'enquêter (dossiers n°s PR-2007-080 à PR-2007-083, PR-2007-088, PR-2007-090 à PR-2007-094 et PR-2008-003 à PR-2008-006). Le 29 avril 2008, le Tribunal a déterminé que les plaintes faisant l'objet des dossiers n°s PR-2007-080 à PR-2007-083 n'étaient pas fondées et a fait parvenir son exposé des motifs aux parties le 15 mai 2008. Les décisions du Tribunal au sujet des autres plaintes sont toujours en instance.

8. L'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER présente des spécifications génériques relatives aux commutateurs de réseau local. Tous les détenteurs d'une OCIM des SSER de catégorie 1.1 peuvent proposer leurs produits préalablement admis à l'égard de tout besoin ayant ces spécifications. Ces spécifications génériques sont liées à des prescriptions de résultats et ne font pas référence à des marques ou à des produits en particulier. L'OCIM des SSER permet également à TPSGC de spécifier des produits par appellation commerciale, auquel cas les soumissionnaires peuvent proposer des produits équivalents dans la mesure où ils répondent aux conditions suivantes, qui figurent à l'article 14 de l'OCIM des SSER :

[...]

Équivalents : *Ces conditions en matière d'équivalence ne sont applicables que lorsque le client a spécifié un produit par appellation commerciale. Toutes les autres DRV ont pour base les spécifications génériques de l'annexe A*

Toute DRV peut énoncer des besoins d'équipement spécifié par appellation commerciale, modèle et/ou numéro de pièce. Les produits équivalents de forme, d'agencement, de fonction et de qualité qui sont entièrement compatibles et interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement avec les produits spécifiés dans la DRV seront pris en considération si l'offrant :

- i. désigne clairement dans sa réponse à la DRV l'appellation commerciale, le modèle et/ou le numéro de pièce du produit équivalent proposé;
- ii. démontre que l'équivalent proposé est entièrement compatible, interfonctionnel et interchangeable avec les produits spécifiés dans la DRV;
- iii. présente les spécifications complètes avec une documentation technique descriptive pour chaque produit équivalent proposé;
- iv. atteste la conformité de l'équivalent proposé en démontrant qu'il répond aux critères obligatoires de rendement spécifiés dans la DRV;
- v. indique clairement les éléments des spécifications et de la documentation technique descriptive qui démontrent l'équivalence du produit équivalent proposé.

Sur demande, l'offrant doit présenter un échantillon à des fins d'essai à l'autorité contractante et celle-ci peut exiger qu'il effectue une démonstration du produit équivalent qu'il propose. Les produits équivalents proposés seront jugés non conformes si :

- i. la réponse à la DRV ne livre pas toute l'information permettant à l'autorité contractante d'évaluer l'équivalence de l'équivalent proposé, y compris des renseignements additionnels demandés en cours d'évaluation;
- ii. l'autorité contractante détermine que l'équivalent proposé ne respecte pas ou ne dépasse pas les exigences obligatoires spécifiées dans la DRV;
- iii. l'autorité contractante juge que l'équivalent proposé n'est pas équivalent de forme, d'agencement, de fonction ou de qualité au produit spécifié dans la DRV ou que l'équivalent proposé n'est pas entièrement compatible et interchangeable et qu'il n'interfonctionne pas avec le matériel actuel de l'État tel que décrit dans la DRV.

[...]

9. L'OCIM des SSER comporte les articles suivants en ce qui concerne la tenue d'essais :

14) Procédure de commande/limitations

[...]

Démonstration ou essai de compatibilité : TPSGC peut exiger que l'offrant démontre par des essais (y compris des essais de compatibilité) que tout produit qu'il propose en réponse à la DRV respecte les spécifications de la DRV. [...]

[...]

49) Démonstration ou essai de compatibilité**a. LIGNES DIRECTRICES**

À la seule discrétion du Canada, les produits offerts dans le cadre de cette OCIM peuvent faire l'objet d'une évaluation de fonctionnalité et de rendement avant toute adjudication de commande ou de contrat.

[...]

b.13 Le Canada n'a pas l'obligation de faire l'essai de tout produit ou option proposé.

[...]

[Traduction]

10. L'article 14 de l'OCIM des SSER prescrit aussi ce qui suit en ce qui concerne la production de DRV :

Procédure de commande/limitations

Les commandes passées individuellement par l'autorité administrative de la Direction générale des services d'infotechnologie (DGSIT) de TPSGC (*article 6c*) au nom d'utilisateurs spécifiés en application de cette offre à commandes ne doivent pas dépasser les limites qui suivent. Les limites sont en fonction des catégories. Les commandes individuelles ne doivent pas s'appliquer à plusieurs catégories à la fois :

[...]

Une fois qu'un offrant s'est qualifié dans une catégorie, tout le matériel offert par cet offrant, selon la liste des prix canadiens publiés des OEM, *qui entre dans la définition technique de cette catégorie* peut être commandé.

[...]

11. Chaque DRV comportait les dispositions suivantes :

PROPOSITION DU SOUMISSIONNAIRE : (Obligatoire)

[...]

3. [...] Si la soumission porte sur un produit équivalent, on doit indiquer l'OEM et le numéro de modèle OEM équivalent pour chaque article d'exécution. Si un produit équivalent soumissionné ne précise ni la marque ni le numéro de modèle du matériel soumissionné, la soumission sera jugée irrecevable et rejetée.

[...]

5. La soumission doit porter sur tous les articles d'exécution énumérés à l'annexe « A » (MÊME SI ON PROPOSE UN MATÉRIEL ÉQUIVALENT) pour que la proposition soit prise en considération.

[...]

7. Les modalités de l'offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) **EN578-030742/000/EW** s'appliquent à l'évaluation de cette DRV et à tout marché ou commande qui s'ensuit.

CRITÈRES D'ÉVALUATION : (Obligatoire)

1. Les propositions doivent satisfaire à toutes les conditions et exigences techniques obligatoires de l'OCIM n° **EN578-030742/000/EW** et de la présente DRV.

2. Les propositions conformes seront évaluées selon le coût global le plus bas.

SOUSSIONS DE PRODUITS ÉQUIVALENTS :

Les soumissions de produits équivalents doivent répondre à toutes les exigences de l'OCIM en ce qui concerne les soumissions de produits équivalents. Une soumission de produits équivalents doit entièrement justifier l'équivalence pour chaque élément à l'égard duquel un produit équivalent est proposé.

[...]

Annexe « A » de la DRV – LISTE DES PRODUITS À LIVRER	
Exigences :	Pour la fourniture et la livraison des produits suivants [CISCO/NORTEL/HP]⁵ ou de leur équivalent. Nota : Tout produit équivalent doit être entièrement justifié suivant l'OCIM des SSER. On doit énumérer les produits équivalents par OEM et numéro de pièce en référence à la liste qui suit.

[...]

[Traduction]

12. En décembre 2007, TPSGC a envoyé les trois DRV aux huit détenteurs d'une OCIM des SSER de catégorie 1.1, y compris à Netgear. Pour chaque DRV, sous réserve de légères modifications concernant la DRV134, les questions suivantes ont été posées à TPSGC et, pour chaque DRV, TPSGC a répondu de la même façon⁶ :

Question 1 :

Cette question vise l'utilisateur final. L'État demandera-t-il à l'utilisateur de nous présenter un schéma de réseau indiquant les appareils déjà installés et leur configuration en réseau, et où et comment les nouveaux commutateurs que décrit l'invitation seront installés et configurés dans le réseau en place?

Réponse 1 :

Par souci de sécurité, l'État ne fournira pas de schéma de réseau du client.

Question 2 :

Le client présentera-t-il ses besoins opérationnels en ce qui concerne les commutateurs de réseau couche 2 de la catégorie 1.1 avec les éléments de justification sans faire référence aux numéros de pièce [Cisco/HP]? *TPSGC fournira-t-il les justifications qu'invoque le client pour indiquer une marque de produit*⁷? L'État a l'obligation de procéder à toutes ses invitations avec impartialité et, en précisant les numéros de pièce [Cisco/HP], on nourrit clairement un préjugé en faveur des produits [Cisco/HP]. Aucune partie ne peut préparer, concevoir ni structurer un marché afin d'éviter une concurrence franche et loyale dans une invitation particulière, ce qui comprend les tentatives de recourir dans les OCIM à des modalités discriminatoires.

Réponse 2 :

L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM pour laquelle il y a eu une concurrence franche et loyale.

5. Les DRV157 et DRV165 faisaient référence à CISCO, la DRV166 à NORTEL et la DRV174 à HP.

6. Plainte de Netgear aux pp. 7-8.

7. Le texte en italique figure seulement dans la question relative à la DRV134.

Question 3 :

L'article 14 de l'OCIM dit que la première possibilité pour traiter des DRV est « de recourir aux spécifications génériques de l'annexe A » et que la seconde possibilité est d'appliquer la section « Équivalents » selon lequel « des conditions équivalentes sont applicables dans les seuls cas où le client a spécifié un produit par appellation commerciale ». Pour cette seconde possibilité de désignation par appellation commerciale, il est possible que l'utilisateur final entre en dérogation aux accords commerciaux selon la façon dont l'invitation par DRV est traitée et la soumission est évaluée. L'État modifiera-t-il l'article 14 de l'OCIM aux fins de cette invitation par DRV de manière à écarter la seconde possibilité d'invitation par DRV appelée « Équivalents » et l'État présentera-t-il la documentation demandée d'appel d'offres avec toute l'information pouvant permettre aux fournisseurs de présenter une soumission valable, ce qui comprend les plans et les spécifications techniques?

Réponse 3 :

L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM.

Question 4 :

Nous sommes directement concernés par l'OCIM lorsqu'elle dit que le Canada n'a pas l'obligation de demander aux soumissionnaires de faire la démonstration des produits qu'ils proposent. Il peut être difficile d'évaluer les produits proposés par un soumissionnaire par l'appréciation d'une fiche technique sans démonstration des capacités. Si le client s'interroge sur les capacités avant l'adjudication d'un contrat, on devrait avoir l'obligation de demander préalablement une telle démonstration et cette mesure ne devrait avoir aucun caractère facultatif. Le client peut y aller de fausses hypothèses au sujet des capacités en matière d'interfonctionnement avec l'infrastructure en place par exemple, et il devient discriminatoire pour le soumissionnaire de ne pas avoir la possibilité de démontrer la capacité du produit qu'il propose. La plupart des fabricants conçoivent leurs produits pour qu'ils interfonctionnent avec une infrastructure de réseau qui comprend le matériel de [Cisco/HP], sinon ils ne seraient tout simplement pas en affaires. Le client confirmera-t-il que des essais sont obligatoires et n'ont rien de facultatif *s'il y a des doutes au sujet de la compatibilité, de l'interfonctionnement ou de l'interchangeabilité*⁸¹, de sorte que la possibilité s'offre vraiment de faire la démonstration des produits équivalents proposés?

Réponse 4 :

L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM.

13. De plus, la question suivante relative à la DRV141 a été posée :

Question 5 :

Nous croyons savoir que l'OCIM des SSER est censée servir à l'acquisition de matériel informatique de réseautique qui, dans le cas de cette invitation, satisfait aux exigences de la catégorie 1.1. L'article 6 est un logiciel de gestion de réseau, de sorte qu'il ne devrait pas faire partie de cette invitation. Par conséquent, l'État aurait-il l'obligation de supprimer cet article de l'invitation?

Réponse 5 :

L'article 6 est visé par la catégorie 1.1, par conséquent il demeurera dans cette invitation.

14. Netgear a présenté une proposition en réponse à la DRV136, mais n'a pas soumissionné dans le cadre des autres DRV. Selon TPSGC, des soumissions ont été reçues et des contrats ont été adjugés relativement aux DRV134, DRV136 et DRV141.

8. Le texte en italique figure seulement dans les questions relatives à la DRV134.

15. Le 2 janvier 2008, Netgear a déposé ses plaintes auprès du Tribunal.

ANALYSE DU TRIBUNAL

16. 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. À la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de chaque 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 est tenu de déterminer si le marché a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents. En l'espèce, Netgear, qui est une entreprise ayant son siège aux États-Unis⁹, a cité dans ses plaintes des dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*¹⁰ et de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹¹. Dans son RIF, TPSGC n'a pas directement abordé la question des accords applicables aux marchés visés.

17. Bien qu'il n'y ait aucun doute que l'*ALÉNA* et l'*Accord sur les marchés publics*¹² s'appliquent aux marchés visés, le Tribunal fait observer que la question de savoir si une entité ayant son siège aux États-Unis a qualité pour déposer une plainte en vertu de l'*ACI* est actuellement examinée par la Cour d'appel fédérale¹³. Par conséquent, que le Tribunal ait compétence ou non pour examiner les allégations de Netgear selon lesquelles les marchés n'ont pas été passés conformément aux exigences de l'*ACI* est une question qui demeurera incertaine jusqu'à ce que la loi à cet égard soit clarifiée par la Cour d'appel fédérale.

18. Dans le contexte de ces plaintes, le Tribunal est toutefois d'avis qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si les marchés ont été passés conformément aux dispositions de l'*ACI*, puisque les dispositions pertinentes des trois accords commerciaux ont en gros le même effet et les allégations de Netgear sont essentiellement les mêmes aux termes de toutes les ententes. Étant donné que les dispositions de l'*ACI* qu'a invoquées Netgear n'imposent pas à l'institution fédérale des obligations plus strictes que celles de l'*ALÉNA* ou de l'*AMP*, que Netgear ait qualité en vertu de l'*ACI* n'influe pas outre mesure sur la décision que doit prendre le Tribunal. Pour résumer, sans préjuger de l'issue de la révision judiciaire mentionnée ci-haut, il reste que, si Netgear avait qualité en vertu de l'*ACI*, cela n'influerait pas sur la décision finale en ce qui concerne ces plaintes, puisque l'analyse du Tribunal aux termes de l'*ALÉNA* et de l'*AMP* s'appliquerait aussi aux termes de l'*ACI*. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal limitera son examen à la question de savoir si les marchés ont été passés conformément aux exigences de l'*ALÉNA* et, dans le cas de la DRV136, de l'*AMP*.

9. Les renseignements fournis avec les plaintes indiquent que Netgear a été constituée au Delaware et que son adresse d'entreprise se trouve à Santa Clara (Californie).

10. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

11. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

12. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP]. L'*ALÉNA* s'applique aux trois DRV visés par ces plaintes, mais l'*AMP* s'applique seulement à la DRV136. L'*AMP* ne s'applique pas aux DRV134 et DRV141, puisque la valeur estimative des articles indiqués dans ces DRV est inférieure au seuil monétaire applicable aux marchés publics assujettis à l'*AMP*.

13. Voir *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corporation*, A-310-07 (CAF). Cette demande de révision judiciaire concerne la décision du Tribunal dans le dossier n° PR-2007-008 (30 août 2007) au sujet de la plainte déposée par Northrop Grumman Overseas Services Corporation.

19. Les dispositions suivantes de l'*ALÉNA* s'appliquent à la présente enquête :

Article 1007 : Spécifications techniques

1. Chacune 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.

[...]

3. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques prescrites par ses entités n'exigent ni ne mentionnent de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché, et à condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

[...]

Article 1008 : Procédures de passation des marchés

1. Chacune des Parties fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités
- a. soient appliquées de façon non discriminatoire, et

[...]

Article 1013 : Documentation relative à l'appel d'offres

1. La documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables [...]. La documentation contiendra également :

[...]

g. une description complète des produits ou services demandés et de toutes autres exigences, y compris les spécifications techniques, la certification de conformité, les plans, les dessins et les instructions nécessaires;

h. les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que les prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...]

[...]

20. Les dispositions de l'*AMP* qui s'appliquent à la présente enquête prévoient ce qui suit :

Article VI – Spécifications techniques

1. Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou services qui vont faire l'objet d'un marché, telles que la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité et les dimensions, les symboles, la terminologie, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ou les procédés et méthodes de production, ainsi que les prescriptions relatives aux procédures d'évaluation de la conformité définies par les entités contractantes, ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.

[...]

3. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marque de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

[...]

Article VII - Procédures de passation des marchés

1. Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire [...]

[...]

Article XII - Documentation relative à l'appel d'offres

[...]

2. La documentation relative à l'appel d'offres remise au fournisseur contiendra tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, notamment [...]

[...]

g) la description complète des produits ou services demandés ou de toutes exigences, y compris les spécifications techniques et la certification de conformité, auxquelles il faut satisfaire, et les plans, dessins et instructions nécessaires;

h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...].

21. Netgear a allégué qu'il n'était nullement justifié de spécifier les produits par appellation commerciale dans le cas des invitations visées et que, en faisant cela, TPSGC avait contrevenu aux accords commerciaux. Netgear a soutenu que son mandataire, Trust, aurait pu présenter des propositions et se voir adjuger les contrats à titre de soumissionnaire le moins-disant si les DRV avaient été conformes aux exigences des accords commerciaux. À son avis, les modalités détaillées des DRV qui semblaient laisser de la place aux produits équivalents avaient en réalité pour effet d'exclure les offres équivalentes conformes. Elle a allégué que certains articles restrictifs, y compris la section d'« Équivalents » de l'article 14 de l'OCIM des SSER, qui étaient incorporés par renvoi aux DRV, donnaient la possibilité à TPSGC d'adopter des spécifications injustifiées et indûment restrictives. Netgear a allégué que, bien qu'il soit vrai qu'une entité fédérale peut décider de ses propres besoins, le recours à la section « Équivalents » dans l'OCIM des SSER ne conférait pas à TPSGC le pouvoir de concevoir des spécifications techniques restrictives ni des modalités contractuelles ayant pour but ou pour effet d'éviter la concurrence dans les faits. Netgear a fait alors valoir que les demandes futures dans le cadre de l'OCIM des SSER doivent uniquement comporter des spécifications génériques sans utiliser d'appellations commerciales.

22. Netgear a soutenu que TPSGC avait, par sa conduite, manifesté un extrême favoritisme envers Cisco et HP et une extrême partialité à l'égard de tous les autres détenteurs d'une OCIM de catégorie 1.1. Elle a allégué que le Tribunal avait déjà jugé, dans le dossier n° PR-2001-048¹⁴, que de telles pratiques de passation des marchés publics allaient à l'encontre des accords commerciaux et que les soumissionnaires devaient jouir de toute latitude pour proposer des possibilités différentes ou des solutions de rechange dans le cadre des appels d'offres. À son avis, TPSGC ne peut concevoir des spécifications faisant en sorte que seuls les produits qu'il veut acheter satisfassent aux besoins énoncés. Selon elle, TPSGC n'a donné aucune justification pour la spécification de produits par appellation commerciale, et les ministères clients ou TPSGC n'ont offert aucune justification fonctionnelle en ce qui concerne les restrictions d'équivalence. Dans le cadre de ses procédures internes et de ses consultations avec les ministères clients, TPSGC aurait été au fait de ce qui justifiait techniquement une spécification par appellation commerciale, mais a refusé de le communiquer aux soumissionnaires désireux d'être mieux informés des besoins à l'étape de l'invitation. À cet égard, Netgear a déposé un document interne de TPSGC intitulé « Feuille de renseignements des SSER » [traduction] qui, à ses yeux, démontre que, pour chaque DRV, le ministère client doit avoir fourni à TPSGC une justification technique de son recours à des produits spécifiés par appellation commerciale.

14. *Re plainte déposée par Foundry Networks Inc.* (12 mars 2002).

23. Netgear a allégué que, au moment où a été produite l'OCIM, elle « [...] n'avait aucune idée que TPSGC recourrait aux dispositions « Équivalents » de l'article 14 pour éviter une concurrence franche et loyale et se soustraire à l'obligation de permettre des soumissionnaires de faire la démonstration de leurs produits [...] » [traduction]. Netgear a soutenu que tous ses produits étaient conformes aux normes connues pour l'ensemble des protocoles et interfaces et des logiciels et matériel liés, constatation valant pour tous les fabricants des produits mentionnés dans les DRV. À son avis, il n'y avait donc aucun problème d'interfonctionnement. Selon Netgear, des entreprises de ce genre ne seraient pas en affaires si leurs produits n'interfonctionnaient pas avec ceux des autres fabricants. Elle a aussi soutenu que ses produits avaient été rigoureusement mis à l'épreuve dans ses laboratoires et que leur fonctionnement avec les produits de Cisco, HP et d'autres fabricants avait été confirmé.

24. Netgear a soutenu que TPSGC a bien dit vouloir uniquement les produits de Cisco ou HP lorsqu'il a refusé de répondre aux questions ou aux demandes de renseignements des soumissionnaires. Elle a soutenu que, même si les DRV laissaient la possibilité d'offrir des produits équivalents, les soumissionnaires qui auraient pu proposer des solutions de rechange ne pouvaient le faire par manque de renseignements dans les DRV sur les besoins opérationnels réels des clients. Elle a soutenu que les soumissionnaires avaient demandé à être renseignés sur l'environnement technologique en place (c.-à-d. des schémas de réseau indiquant les appareils et la configuration en place) pour les trois DRV, mais que TPSGC avait refusé de livrer cette information. Elle a fait valoir que les soumissionnaires doivent pouvoir recevoir ces renseignements pour préparer leur proposition. Netgear a soutenu que TPSGC, en répondant par l'énoncé « l'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM. » [traduction], évitait les questions que les soumissionnaires étaient en droit de poser au sujet des modalités de chaque invitation. Selon Netgear, cette approche n'a aucun sens, puisque TPSGC est tenu de fournir aux soumissionnaires tous les renseignements dont ils ont besoin pour soumissionner et que, dans ces cas, ceux qui offraient des produits équivalents se voyaient refuser une information de base jugée essentielle sur le matériel et l'environnement de réseau en place.

25. TPSGC a allégué que, conformément à l'article 14 de l'OCIM des SSER, il était possible de spécifier le matériel par appellation commerciale dans les DRV. Il a en outre allégué que les plaintes relatives aux modalités de l'OCIM des SSER n'avaient pas été déposées dans les délais et devaient donc être rejetées. Il a fait remarquer que, dans le dossier n° PR-2007-021¹⁵, le Tribunal avait décidé de ne pas enquêter et avait expressément et directement donné l'avis suivant à Trust :

Étant donné que les détenteurs de l'OCIM des SSER auraient reçu une copie de l'offre à commandes le 13 octobre 2006, toute plainte déposée auprès du Tribunal concernant les modalités de cette dernière auraient dû être déposée dans les 10 jours ouvrables suivant la réception de l'offre à commandes, c.-à-d. au plus tard le 27 octobre 2006.

26. TPSGC a soutenu que les allégations de Netgear dans ces plaintes reprenaient pour ainsi dire celles de Trust, Netgear et une autre entreprise liée dans un grand nombre de plaintes déposées depuis mai 2007. Il a soutenu que, puisque les mêmes allégations avaient été traitées et rejetées à plusieurs reprises par le Tribunal, les allégations que comportaient les présentes plaintes étaient elles aussi sans fondement et devaient de même être rejetées.

15. *Re plainte déposée par Trust Business Systems* (12 juin 2007).

27. TPSGC a en outre soutenu que le Tribunal avait jugé, dans le dossier n° PR-2007-021, que la plainte n'indiquait pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'avait pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents, y compris ce qui suit :

Selon les renseignements contenus dans la plainte, le Tribunal est d'avis que la DRV et la procédure suivie par TPSGC sont conformes à la procédure décrite dans la section 14 de l'OCIM des SSER [...]

28. TPSGC a allégué que ce jugement disait à Trust que la conduite de TPSGC, en ce qui concerne la façon de traiter les DRV et, en particulier, la fourniture de schémas de réseau, respectait les dispositions de l'article 14 de l'OCIM des SSER et n'indiquait pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'avait pas été suivie conformément aux accords commerciaux.

29. Pour ce qui est de l'allégation de Netgear selon laquelle les soumissionnaires potentiels ne disposaient pas d'une information suffisante pour proposer des produits équivalents, TPSGC a aussi soutenu que, s'il avait produit, en application de l'OCIM des SSER, une DRV demandant aux soumissionnaires de démontrer l'équivalence du matériel proposé avec les produits spécifiés par appellation commerciale, il n'avait pas l'obligation de leur fournir des renseignements additionnels sous forme de schémas de réseau, exigence qui n'aurait sa place que si la DRV avait permis les démonstrations d'équivalence par rapport à des spécifications génériques.

30. Le 18 février 2008, le Tribunal a demandé à TPSGC de répondre à quatre questions. Netgear a ensuite eu l'occasion de formuler des commentaires sur les réponses de TPSGC. Les trois premières questions avaient trait au premier principal motif de plainte de Netgear, c.-à-d. que TPSGC avait limité de façon inappropriée le marché public aux produits de fournisseurs particuliers. La première question portait ce qui suit :

Étant donné que l'article 1007(3) de l'Accord de libre-échange nord-américain prévoit en partie qu'on ne peut utiliser de marque de fabrique ou de commerce particulier « à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché », comment TPSGC justifie-t-il l'utilisation de marques dans les DRV en question?

[Traduction]

31. TPSGC a allégué que, dans l'OCIM des SSER, on envisage deux modes de définition de l'exigence technique : 1) par spécification générique et 2) par spécification comportant des appellations commerciales ou leurs équivalents. Il a fait valoir que, par exemple, dans le cas de la DRV035¹⁶, des spécifications génériques ont été utilisées parce qu'il a été conclu que l'interfonctionnement avec un réseau ne posait pas problème. Quant aux DRV en question, toutefois, TPSGC a soutenu qu'en tant qu'autorité technique, la DGSI avait pris en considération l'importance cruciale de l'intégrité des réseaux en question ainsi que les risques inhérents que pose le fait de se fier à des spécifications génériques, et qu'elle avait conclu que la possibilité d'utiliser les marques spécifiques, tout en prévoyant la possibilité d'équivalents, devait être utilisée. Selon le directeur de la gestion de réseau à la DGSI¹⁷ :

Dans les circonstances où il faut un interfonctionnement avec le matériel en place, une description précise des exigences techniques applicables est d'une très grande complexité à cause du grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement qui interviennent. Il existe au bas mot des centaines de facteurs semblables à aborder non seulement dans les spécifications des produits, mais aussi d'une manière plus essentielle dans l'énoncé de critères d'interfonctionnement. Si nous devons utiliser uniquement des spécifications génériques, il serait fort possible que des critères essentiels soient oubliés par inadvertance et, par conséquent, on ferait l'acquisition de produits qui ne sont pas entièrement interfonctionnels avec les produits en place. Il est donc nécessaire que nous insistions sur un interfonctionnement intégral avec des produits spécifiés par appellation commerciale si nous

16. La DRV035 n'est pas en cause dans ces plaintes.

17. Pièce jointe 1 à la réponse de TPSGC aux questions posées par le Tribunal le 18 février 2008 à la p. 1.

entendons entièrement répondre aux besoins de l'État. Il est primordial que le matériel acquis soit interfonctionnel avec le matériel en place, tout défaut sur ce plan risquant de compromettre le fonctionnement des réseaux de l'État.

La DGSIT est professionnellement d'avis que, dans les circonstances particulières des DRV134, 136 et 141 et compte tenu des besoins des réseaux visés par ces marchés, le recours à des spécifications génériques aurait présenté un risque inacceptable de faire acquérir des produits qui ne sont pas tout à fait compatibles.

[Traduction]

32. Netgear a prétendu que TPSGC n'avait pas répondu directement à la question du Tribunal. Selon Netgear, la procédure de l'OCIM des SSER fait intervenir TPSGC et le ministère client, qui doit expliquer pourquoi il n'utilise pas les spécifications génériques avant la publication des DRV. Elle a soutenu que TPSGC aurait donc dû avoir ces justifications pour chacune des DRV en question et que TPSGC n'avait pas agi de bonne foi lorsqu'il n'avait pas fourni cette information aux soumissionnaires. Selon Netgear, lorsque les détenteurs de l'OCIM ont posé des questions légitimes concernant les exigences opérationnelles, dont les justifications, TPSGC n'a pas fait participer les ministères clients et n'a pas fourni cette information aux soumissionnaires. Quant à la DRV035, Netgear a fait valoir que cette DRV a été la seule qui a été produite pendant la totalité de la période de la procédure d'OCIM des SSER qui avait utilisé la spécification générique.

33. La deuxième question portait ce qui suit :

Concernant l'allégation que TPSGC n'a pas fourni de renseignements adéquats dans la documentation d'appel d'offres de manière à permettre aux soumissionnaires de préparer une soumission valable, le Tribunal souligne que la disposition sur les « Équivalents » figurant à l'article 14 de l'OCIM exige que, pour démontrer l'équivalence aux produits sollicités, le soumissionnaire doit :

iv. établir la conformité de son équivalent proposé en démontrant qu'il remplit tous les critères de rendement obligatoire prévus dans la DRV.

Compte tenu de cette exigence, quels sont les critères de rendement obligatoire, s'il en est, qui ont été fournis afin que les soumissionnaires offrant des produits équivalents soient en mesure d'établir la conformité dans les cas où seule une marque de produit précise a été indiquée?

[Traduction]

34. TPSGC a soutenu que cette partie de l'OCIM des SSER fait porter au fournisseur le fardeau de démontrer qu'il respecte les exigences de rendement obligatoire indiquées. Selon lui, l'identification d'un produit de marque particulière indique que les exigences de rendement obligatoire visées par l'invitation sont les spécifications de rendement de ce produit particulier. Il a soutenu que de telles spécifications sont bien comprises dans l'industrie et que la désignation d'un produit particulier fournit un point de référence commode pour l'industrie. Il a ajouté que Netgear fait référence à cette réalité à la page 3 de ses observations sur le RIF, où elle indiquait ce qui suit :

[...]

Tous les produits fabriqués par Netgear sont conformes à ces normes ouvertes pour l'ensemble des protocoles, des interfaces et des logiciels/micrologiciels connexes, de même que l'ensemble des produits des fabricants mentionnés dans les DRV, de sorte que l'interfonctionnement ne pose absolument aucun problème. Les sociétés comme Netgear ne seraient pas en affaire si leurs produits ne s'intégraient pas aux produits des autres fabricants comme Cisco.

[...]

[Traduction]

35. Selon TPSGC, la disposition sur les « Équivalents » n'exige pas qu'en plus d'indiquer une marque précise, ils fournissent aussi des spécifications génériques de rendement obligatoire reproduisant les spécifications de rendement du produit désigné. Cela, à son avis, créerait une redondance et irait à l'encontre de l'objectif de l'utilisation d'une marque de produit. Il a ajouté que la partie (iv) de la disposition sur les « Équivalents » visait à permettre à TPSGC d'ajouter des spécifications de rendement requises en sus de celles du produit désigné, au besoin. Selon TPSGC, dans le cas des trois DRV en question, les spécifications de rendement du produit identifié suffisent.

36. Netgear a soutenu qu'une fois de plus, TPSGC n'a pas répondu à la question du Tribunal. Elle a affirmé que TPSGC avait absolument refusé de fournir des critères de rendement obligatoires aux soumissionnaires pour leur permettre d'établir la conformité. Netgear a déclaré qu'elle ne voyait initialement aucun problème avec l'usage de marque comme point de référence étant donné que la plupart des fabricants ont des produits de différentes densités de port (p. ex. commutateur 10/100 de densité de port 24, commutateur 10/100 de densité de port 48). Elle a prétendu qu'elle ne s'attendait pas à ce que TPSGC abuse de la possibilité d'utiliser une marque comme point de référence pour ensuite refuser de fournir d'autres spécifications d'exigence opérationnelle. Selon elle, les actes de TPSGC ont rendu inutile la section des demandes de renseignements des invitations de DRV.

37. La troisième question portait ce qui suit :

Concernant le « Rapport d'équivalence » joint au RIF comme pièce confidentielle 13, comment l'équivalence des produits énumérés dans la DRV136 a-t-elle été déterminée? Notamment, à quelles spécifications les produits de NETGEAR Inc. (Netgear) ont-ils été comparés?

[Traduction]

38. TPSGC a soutenu que l'article 14 de l'OCIM des SSER impose au soumissionnaire le fardeau d'établir sa prétention selon laquelle son produit est compatible avec les produits indiqués dans la DRV, qu'ils s'intègrent à ceux-ci et qu'ils leurs sont interchangeable. Il a affirmé que l'évaluateur avait déterminé que Trust n'avait pas fourni suffisamment de renseignements ni de renseignements pertinents à cet égard. TPSGC a fait valoir que les exigences d'interfonctionnalité ne peuvent être satisfaites que par de simples affirmations et des renseignements non conformes. TPSGC a indiqué que l'évaluateur avait ensuite rejeté la soumission de Trust et avait jugé inutile d'examiner les autres exigences de compatibilité.

39. Netgear a indiqué qu'une fois de plus, TPSGC n'avait pas répondu à la question du Tribunal. Elle a prétendu qu'il est apparent qu'un employé de TPSGC, et non pas un employé du MDN, avait participé à l'évaluation technique, ce qui est illogique puisque le MDN, comme utilisateur final, aurait été tenu responsable en cas de contestation auprès du Tribunal¹⁸. Elle a aussi souligné que Trust avait présenté deux options dans le cadre de sa proposition et que l'évaluateur n'avait apparemment pas évalué ces deux options. Elle a soutenu que si TPSGC avait voulu une démonstration concernant les capacités des produits proposés, elle aurait pu en demander une.

40. Dans l'examen des allégations que comportent ces plaintes, le Tribunal doit analyser deux étapes de la passation d'un marché pour chacune des DRV. La première est celle de l'OCIM des SSER elle-même, et la seconde est liée à chacune des DRV.

18. Conformément à la pièce A des commentaires de Netgear du 29 février 2008 sur la réponse de TPSGC à la demande de renseignements du Tribunal.

41. Comme le Tribunal l'a déclaré dans le dossier n° PR-2007-021, c'était pendant la période d'invitation, en l'occurrence de juin à juillet 2006, ou lorsque les OCIM réelles ont été produites, en l'occurrence le 13 octobre 2006, que tout détenteur d'une OCIM des SSER aurait pu déposer une plainte ou s'opposer aux dispositions de cette offre à commandes. Comme l'a fait observer TPSGC, le Tribunal a fixé le 27 octobre 2006, soit 10 jours ouvrables après la production des OCIM, comme date de dépôt d'une plainte ou d'opposition au sujet de la structuration des OCIM des SSER. Le Tribunal conclut donc que tous les motifs de plainte contenus dans les présentes plaintes concernant les articles de l'OCIM des SSER ont été déposés après les délais impartis par le *Règlement*. À ce titre, le Tribunal accepte que, lorsque TPSGC décide de spécifier le matériel par appellation commerciale, il doit s'en tenir à la procédure de l'article 14 de l'OCIM des SSER. Netgear ne peut donc pas, en l'espèce, présenter l'argument selon lequel toute future demande relevant des OCIM des SSER devrait suivre une procédure différente de celle énoncée dans l'article 14.

42. Il reste que la déclaration du Tribunal dans le dossier n° PR-2007-021 ne veut pas dire que TPSGC se conforme nécessairement aux exigences des accords commerciaux lorsqu'il choisit de spécifier un produit par appellation commerciale au lieu d'adopter des spécifications génériques dans une DRV. Le Tribunal fait observer à cet égard que TPSGC a tenté de déduire des décisions antérieures que le Tribunal avait déjà conclu que l'OCIM des SSER respecte toutes les exigences des accords commerciaux et que, par conséquent, toutes les DRV conformes à la procédure de l'article 14 de l'OCIM des SSER satisfont aux exigences des accords commerciaux. Ce n'est pas ce que le Tribunal a fait. Dans les affaires antérieures, le Tribunal a conclu, comme dans les présentes affaires, que le dépôt des plaintes ou des oppositions au sujet de la teneur de l'OCIM des SSER n'avaient pas respecté les délais. Que le Tribunal ne soit pas à même de se prononcer sur le contenu de l'OCIM des SSER n'est pas synonyme d'une déclaration de conformité aux accords commerciaux.

43. De toute manière, le Tribunal conclut que, indépendamment de la conformité aux exigences des accords commerciaux de l'OCIM des SSER, chaque DRV prise isolément est une procédure distincte pouvant aboutir à l'adjudication d'un « contrat spécifique » selon la définition de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* et doit donc respecter les exigences des accords commerciaux. Le Tribunal fait observer que les fournisseurs potentiels peuvent déposer des plaintes auprès du Tribunal sur tout aspect des procédures employées par le gouvernement en vue de l'adjudication de contrats. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que les modalités de l'OCIM des SSER ne soustraient pas TPSGC à l'obligation de se conformer aux accords commerciaux dans toute DRV, y compris dans les DRV visées. Plus précisément, le Tribunal doit déterminer, dans les circonstances de ces DRV, si TPSGC était justifié de spécifier les produits par appellation commerciale et s'il a procédé aux acquisitions en respectant les dispositions de l'*ALÉNA* et de l'*AMP* évoquées ci-dessus.

44. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal se prononcera sur les trois principaux motifs de plainte de Netgear, à savoir que TPSGC a indûment limité l'acquisition aux produits de fournisseurs particuliers, qu'en ce qui concerne la DRV136, TPSGC a incorrectement déclaré sa proposition non conforme au motif qu'elle avait proposé des produits ne figurant pas sur la liste des produits approuvés de Netgear et qu'en ce qui concerne la DRV141, TPSGC a tenté de façon inappropriée d'acheter un logiciel au moyen d'une procédure d'invitation qui aurait dû se limiter au matériel informatique.

Limitation de l'acquisition aux produits de fournisseurs particuliers

45. Netgear a allégué dans ces plaintes que TPSGC avait de façon inappropriée limité les marchés publics aux produits de fournisseurs particuliers, de même que dans les 14 autres plaintes concernant les DRV produites dans le cadre de l'OCIM des SSER, qui ont été acceptées pour enquête par le Tribunal.

Comme il l'a indiqué dans l'exposé des motifs des dossiers n^{os} PR-2007-080 à PR-2007-083, le Tribunal considère que ce motif de plainte peut se diviser en trois grandes allégations dont il traitera séparément. Puisque les arguments de Netgear, les présumées défaillances de TPSGC et les renseignements déposés par les parties sont essentiellement les mêmes dans les dossiers de plainte en question et dans les dossiers n^{os} PR-2007-080 à PR-2007-083, le Tribunal juge qu'il convient de se fonder sur l'analyse élaborée dans l'exposé des motifs de ces dossiers, qui a été publié le 15 mai 2008.

Allégation 1 — TPSGC n'était nullement justifié de spécifier les produits par appellation commerciale

46. L'essentiel de l'argumentation de Netgear est que TPSGC n'a pas livré l'information nécessaire sur les besoins opérationnels réels et justifiables des divers ministères et qu'il n'a pas justifié son recours à des appellations commerciales dans le cas des invitations visées. À l'appui de cette argumentation, Netgear s'est reportée au document déjà mentionné, la « Feuille de renseignements des SSER », qui, à son avis, imposait aux ministères clients l'obligation de fournir à TPSGC pour chaque DRV une justification technique d'utiliser des produits par appellation commerciale.

47. Pour sa part, TPSGC a allégué que chaque exigence d'une DRV est examinée par la DGSIT à titre d'autorité technique coordonnatrice conjointement avec le ministère client. En s'appuyant sur l'avis technique produit par le directeur en gestion de réseaux de la DGSIT¹⁹, TPSGC a fait valoir que, dans les DRV visées, l'exigence opérationnelle d'interfonctionnement avec les réseaux ministériels en place justifiait le recours à une spécification par appellation commerciale.

48. L'article 1007(3) de l'ALÉNA interdit de recourir à une appellation commerciale dans des spécifications techniques « [...] à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché [...] ». Dans les cas où il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire un besoin, l'article 1007(3) précise que des termes tels que « ou l'équivalent » doivent figurer dans la documentation relative à l'appel d'offres lorsqu'on se réfère à une appellation commerciale.

49. L'article VI(3) de l'AMP indique de même qu'il ne doit pas être exigé « [...] de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux [...] à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. »

50. Le Tribunal n'interprète pas ces articles comme exigeant nécessairement que les entités fédérales justifient *en cours* d'appel d'offres le recours à des appellations commerciales pour décrire les besoins visés par les marchés publics. Ce n'est cependant pas dire qu'elles n'ont jamais l'obligation de le faire. Bien sûr, lorsque la question fait l'objet d'une enquête du Tribunal comme dans les présents cas, une entité fédérale doit alors pouvoir exposer au Tribunal pourquoi il n'y avait pas « d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible » de décrire les exigences du marché. Que cette justification vienne d'un document interne comme la Feuille de renseignements des SSER de TPSGC ou de tout autre moyen employé n'est pas pertinent, selon le Tribunal, tant que le Tribunal est en mesure de bien cerner la nature de la justification fournie.

51. En l'espèce, l'avis technique produit par le directeur en gestion de réseaux de la DGSIT et sur lequel s'est appuyé TPSGC a fourni au Tribunal la justification des besoins opérationnels réels des ministères clients et du recours à des appellations commerciales dans les DRV en question. Selon l'avis technique, les DRV « [...] comportaient l'acquisition de matériel de réseau à installer et à intégrer aux réseaux en place et dont l'intégrité et la fiabilité étaient essentielles au ministère ou à l'organisme client [...] » [traduction]. L'avis technique ajoutait qu'il était « [...] primordial que le matériel acquis soit

19. Pièce jointe 1 à la réponse de TPSGC aux questions posées par le Tribunal le 18 février 2008.

interfonctionnel avec le matériel en place, tout défaut sur ce plan risquant de compromettre le fonctionnement des réseaux de l'État [...] » [traduction]. En ce qui concerne le recours à des appellations commerciales, l'avis technique stipulait ce qui suit :

Dans les circonstances où il faut un interfonctionnement avec le matériel en place, une description précise des exigences techniques applicables est d'une très grande complexité à cause du grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement qui interviennent. Il existe au bas mot des centaines de facteurs semblables à aborder non seulement dans les spécifications des produits, mais aussi d'une manière plus essentielle dans l'énoncé de critères d'interfonctionnement. Si nous devons utiliser uniquement des spécifications génériques, il serait fort possible que des critères essentiels soient oubliés par inadvertance et, par conséquent, on ferait l'acquisition de produits qui ne sont pas entièrement interfonctionnels avec les produits en place. [...]

La DGSIT est professionnellement d'avis que, dans les circonstances particulières des DRV 134, 136 et 141 et compte tenu des besoins des réseaux visés par ces marchés, le recours à des spécifications génériques aurait présenté un risque inacceptable de faire acquérir des produits qui ne sont pas tout à fait compatibles.

[Traduction]

52. Le Tribunal fait observer que, bien que Netgear ait allégué que rien ne justifiait de spécifier un produit par appellation commerciale, puisque tous les fabricants de produits semblables à ceux que mentionnent les DRV adhèrent à des normes connues pour l'ensemble des protocoles et interfaces et des logiciels et matériel liés, elle n'a pas fourni au Tribunal des éléments de preuve à l'appui de cette allégation. Elle n'a pas non plus fourni d'éléments de preuve au Tribunal (c.-à-d. des résultats d'essais comparatifs de laboratoires indépendants ou des rapports techniques) pour indiquer que leurs produits ou ceux que vendent d'autres fabricants offrent toutes les caractéristiques ou les critères de rendement garants de leur interfonctionnement sûr comme pour les produits spécifiés par les DRV. Ainsi que le Tribunal l'a déclaré à maintes reprises, la partie plaignante a le fardeau de la preuve et doit justifier ses allégations. Le Tribunal est d'avis que Netgear ne l'a pas fait en l'espèce.

53. Ainsi, le Tribunal admet les éléments de justification de TPSGC comme raisonnables dans les circonstances des DRV visées. Le Tribunal est d'avis que le recours à des appellations commerciales était justifié, puisqu'il ne semblait pas exister d'autre moyen suffisamment précis de décrire les exigences du marché. Le Tribunal fait observer que, bien que spécifiant des produits par appellation commerciale dans les DRV, TPSGC a permis que des produits équivalents soient proposés en application de l'article 14 de l'OCIM des SSER, de l'article 1007(3) de l'ALÉNA et de l'article VI(3) de l'AMP.

54. Le Tribunal est donc d'avis que, en l'espèce, TPSGC s'est conformé à l'article 1007(3) de l'ALÉNA et à l'article VI(3) de l'AMP et conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Allégation 2 — TPSGC a refusé de fournir des renseignements additionnels aux soumissionnaires (c.-à-d. des renseignements sur les appareils et les réseaux en place), sous forme de schémas de réseau, pour que les soumissionnaires soient en mesure de préparer leur proposition

55. Netgear a allégué que TPSGC avait dérogé aux prescriptions des accords commerciaux en manquant de fournir aux soumissionnaires de produits équivalents l'information essentielle qu'ils croyaient leur aurait alors permis de présenter des offres équivalentes conformes. Netgear a fait valoir en particulier que, faute de recevoir des schémas de réseau et des renseignements supplémentaires sur les besoins opérationnels réels et les appareils et réseaux en place des ministères clients, les soumissionnaires ne pouvaient démontrer l'équivalence des produits qu'ils proposaient. Bref, selon Netgear, il était impossible sans des renseignements additionnels de TPSGC que les soumissionnaires préparent une proposition conforme de produit équivalent.

56. À cet égard, le Tribunal fait observer que l'article 1013 de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit : « La documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables [...] ». Le Tribunal considère que les alinéas g) et h) énoncent clairement que, pour respecter cette disposition, une institution fédérale doit communiquer aux fournisseurs « une description complète des produits ou services demandés et de toutes autres exigences, y compris les spécifications techniques [...] » et « [...] tous les éléments, autres que les prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...] ». Le Tribunal fait observer que l'*ALÉNA* ne prévoit pas de façon particulière de présenter les besoins opérationnels et les spécifications techniques.

57. L'article XII(2) de l'*AMP* exige également que les fournisseurs reçoivent « [...] tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables [...] », notamment « [...] la description complète des produits ou services demandés ou de toutes exigences, y compris les spécifications techniques et la certification de conformité, auxquelles il faut satisfaire, et les plans, dessins et instructions nécessaires [...] » et « [...] les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...] ». Le Tribunal fait également observer que l'*AMP* n'exige pas que les besoins opérationnels et les spécifications techniques soient exprimées dans un format particulier.

58. TPSGC a indiqué que la spécification d'un produit par appellation commerciale signifie bel et bien que les exigences obligatoires de rendement dans les invitations sont les spécifications de rendement du produit en question. Il a ajouté que de telles spécifications sont bien comprises de l'industrie et que la désignation d'un produit constitue un point de référence commode pour l'industrie²⁰. D'après TPSGC, il n'y a pas d'autres exigences obligatoires de rendement dans le cas des DRV visées.

59. Le Tribunal fait observer que Netgear n'a pas contesté les déclarations de TPSGC selon lesquelles les spécifications techniques, telles qu'indiquées, sont généralement un fait connu de l'industrie. Elle n'a pas fourni non plus d'éléments de preuve qu'il y a d'autres exigences, spécifications et facteurs non dévoilés à prendre en considération dans l'évaluation des soumissions. Le Tribunal en conclut que les exigences et les spécifications techniques dans les invitations en question sont généralement un fait connu de l'industrie et que, en désignant un produit par appellation commerciale, modèle et numéro de série, on se trouvait à informer les fournisseurs potentiels des exigences obligatoires de rendement auxquelles devait répondre tout produit équivalent proposé. En se fondant sur les renseignements fournis, le Tribunal conclut que l'évaluation des produits équivalents proposés devait, dans chaque cas, être uniquement fondée sur les spécifications techniques des produits désignés par appellation commerciale et qu'ainsi, en indiquant l'interfonctionnement requis avec certains produits spécifiés par appellation commerciale, TPSGC énonçait convenablement les besoins opérationnels et les spécifications techniques.

60. Le Tribunal considère en l'espèce que Netgear n'a pas établi que TPSGC n'avait pas livré aux fournisseurs toute l'information nécessaire pour qu'ils puissent préparer des soumissions valables. Il n'est pas persuadé non plus que TPSGC était tenu de fournir des renseignements additionnels sur l'équipement et l'environnement de réseau en place dans les ministères clients pour que les fournisseurs soient en mesure de présenter une offre équivalente conforme. Le Tribunal est d'avis que des renseignements additionnels se seraient imposés seulement si l'évaluation de tout produit équivalent proposé dans le cadre des invitations visées avait fait intervenir des exigences ou des spécifications techniques autres que celles des produits spécifiés par appellation commerciale. Cependant, ceci ne semble pas être le cas.

20. Lettre de TPSGC en date du 25 février 2008 à la p. 3.

61. En fait, le Tribunal fait observer que l'article 14 de l'OCIM des SSER, qui est intégré aux DRV visées, impose nettement aux fournisseurs le fardeau de démontrer que tout produit proposé doit être :

[...] [équivalent] de forme, d'agencement, de fonction et de qualité qui sont entièrement compatibles et interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement *avec les produits spécifiés dans la DRV* [...]:

- i. désigne clairement dans sa réponse à la DRV l'appellation commerciale, le modèle et/ou le numéro de pièce du produit équivalent proposé;
- ii. démontre que l'équivalent proposé est entièrement compatible, interfonctionnel et interchangeable *avec les produits spécifiés dans la DRV*;
- iii. présente les spécifications complètes avec une documentation technique descriptive pour chaque produit équivalent proposé;
- iv. atteste la conformité de l'équivalent proposé en démontrant qu'il répond aux critères obligatoires de rendement spécifiés dans la DRV;
- v. indique clairement les éléments des spécifications et de la documentation technique descriptive qui démontrent l'équivalence du produit équivalent proposé.

[...]

[Traduction, nos italiques]

62. Comme il incombe aux soumissionnaires de démontrer l'équivalence avec les « produits spécifiés dans la DRV », le Tribunal ne peut comprendre pourquoi ils auraient besoin de schémas de réseau et de renseignements additionnels sur les besoins opérationnels réels et les appareils et réseaux en place dans les ministères clients pour pouvoir présenter une soumission valable et démontrer l'équivalence du produit équivalent proposé. Le Tribunal est d'avis que, au vu de l'information fournie par TPSGC et des modalités de l'article 14 de l'OCIM des SSER, Netgear n'a pas su étayer son allégation selon laquelle, sans renseignements additionnels, il était impossible aux soumissionnaires désirant offrir un produit équivalent de préparer une proposition conforme. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal considère qu'il n'a pas été établi que les invitations ont été structurées pour garantir que seuls les produits de Cisco ou HP (selon le cas) seraient jugés conformes.

63. Le Tribunal considère que, si des produits sont désignés par appellation commerciale, modèle et numéro de série, les fournisseurs d'équipement de réseau seraient en mesure de déterminer lesquels de leurs produits, s'il y en a, seraient compatibles, interchangeables et interfonctionneraient harmonieusement avec les produits spécifiés dans les DRV. Le Tribunal fait observer que, dans sa réponse aux réponses qu'a fournies TPSGC au Tribunal le 18 février 2008, Netgear a affirmé ce qui suit :

[...]

Il faut souligner que les produits de Netgear ont été rigoureusement mis à l'épreuve dans les laboratoires de Netgear et qu'il a été confirmé qu'ils interfonctionnaient avec ceux de Cisco, de Nortel, de HP et de Foundry [...].

[Traduction]

64. Malgré cette présumée mise à l'épreuve et les affirmations répétées de Netgear selon lesquelles il n'y a pas de problèmes de compatibilité ni d'interfonctionnement entre ses produits et ceux de Cisco ou HP, le Tribunal conclut que, lorsque son mandataire, Trust, a choisi de soumissionner (c.-à-d. dans le cas de la DRV136), ses efforts en vue de démontrer l'équivalence avec les produits spécifiés par appellation commerciale n'avaient pas la rigueur voulue pour convaincre le Tribunal qu'il fallait des renseignements supplémentaires pour soumissionner. En fait, Trust n'a même pas comparé les spécifications techniques des produits proposés par Netgear à celles du produit désigné par appellation commerciale. Le Tribunal considère que seule une liste des spécifications techniques du produit proposé par Netgear ne constitue pas une démonstration d'équivalence avec les produits spécifiés dans la DRV.

65. De l'avis du Tribunal, si Trust ou Netgear avait fourni des éléments de preuve avec sa soumission démontrant un degré d'équivalence avec le produit demandé (c.-à-d. un rapport d'ingénierie, les résultats d'essais comparatifs, voire une comparaison et une analyse systématiques des spécifications techniques respectives de ses produits et des produits spécifiés dans la DRV) et si TPSGC concluait toujours que la soumission de Trust n'était pas conforme, l'argumentation de Netgear disant qu'elle était incapable de bien soumissionner sans renseignements additionnels ou que les procédures de passation des marchés avaient été appliquées d'une manière discriminatoire aurait eu plus de poids. Il apparaît néanmoins au Tribunal que la soumission de Trust ne livrait aucune indication à l'appui des assertions de compatibilité de façon à ce que TPSGC soit au moins en mesure d'évaluer le caractère équivalent ou approprié des produits qu'elle proposait. Quoiqu'il affirme Netgear au sujet des capacités de ses produits, le Tribunal constate qu'elle n'a fourni dans le cadre de ses plaintes aucun élément de fond propre à confirmer concrètement les affirmations faites par elle que ses produits respectaient ou dépassaient toutes les exigences.

66. D'après les arguments présentés dans les plaintes, le Tribunal se voit incapable de conclure, tout compte fait, que le besoin exprimé de renseignements additionnels, y compris des schémas de réseau ou une liste d'autres appareils devant être en interface avec les commutateurs demandés, était bel et bien justifié. L'article 14 de l'OCIM des SSER dit clairement que « les produits équivalents de forme, d'agencement, de fonctionnement et de qualité et qui sont entièrement compatibles, interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement avec les appareils spécifiés dans la DRV seront pris en considération [...] » [traduction, nos italiques]. Cet énoncé, incorporé par renvoi à chaque DRV, n'exige pas des soumissionnaires qu'ils traitent plus généralement de questions de réseautage qui, de l'avis du Tribunal, pourraient demander des renseignements additionnels sous forme de schéma de réseau ou de listes de produits en interface.

67. En ce qui concerne l'argumentation de Netgear selon laquelle le Tribunal avait déjà déterminé dans le dossier n° PR-2001-048 que le défaut pour une institution fédérale de fournir un schéma de réseau équivalait à une violation des accords commerciaux, le Tribunal fait observer que ses déclarations dans le dossier n° PR-2001-048 ne signifient pas que le refus de livrer de l'information sur les appareils et l'environnement de réseau en place constitue toujours une violation des dispositions pertinentes des accords commerciaux. Si cette information peut être requise dans certains cas pour que les soumissionnaires potentiels puissent préparer une proposition, elle peut se révéler non essentielle dans d'autres cas. Dans le dossier n° PR-2003-001²¹ par exemple, le Tribunal a statué que, en l'espèce, un schéma de réseau aurait pu être utile, mais sans qu'il soit nécessaire pour que les fournisseurs soient en mesure de présenter des soumissions valables. De même, le Tribunal est d'avis, au sujet des présentes plaintes et pour les raisons susmentionnées, qu'une information sur les appareils en place et les environnements de réseau particuliers n'était pas nécessaire.

68. Par conséquent, dans les circonstances où Trust a présenté une soumission (c.-à-d. dans le cas de la DRV136), le Tribunal conclut à l'absence d'éléments de preuve que TPSGC ne s'est pas conformé aux modalités de l'OCIM des SSER ni aux exigences de l'ALÉNA et de l'AMP en déclarant la soumission de Trust non conforme par défaut de démonstration d'équivalence. Le Tribunal ne peut conclure non plus que TPSGC n'a pas livré une information suffisante dans le cas de ces DRV (DRV134 et DRV141) auxquelles Trust n'a pas répondu. Pour ces raisons, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Allégation 3 — TPSGC n'a pas permis aux fournisseurs de démontrer par des essais l'équivalence des produits qu'ils proposaient

69. Le Tribunal considère que l'OCIM des SSER définit clairement que des essais se feront à la discrétion de l'État. Comme mentionné plus haut, le Tribunal considère que les allégations au sujet de la teneur de l'OCIM des SSER devaient être déposées au plus tard le 27 octobre 2006 pour que soient respectés les délais impartis par l'article 6 du *Règlement*. Ce motif de plainte n'a donc pas été présenté dans les délais.

21. *Re plainte déposée par Bajai Inc.* (7 juillet 2003).

70. De toute manière, le Tribunal considère que, en admettant l'apparente argumentation de Netgear selon laquelle TPSGC aurait dû donner aux fournisseurs l'occasion de faire la démonstration par des essais des produits équivalents qu'ils proposaient, ces mêmes soumissionnaires auraient indûment été soustraits à l'obligation de démontrer, par la procédure de l'article 14 de l'OCIM des SSER, l'équivalence entre les produits qu'ils offraient et les produits spécifiés dans les DRV. Un tel résultat irait à l'encontre des modalités de l'OCIM des SSER, car il laisserait entendre qu'une partie aurait pu simplement proposer un produit sans renseigner sur son équivalence en s'attendant à ce qu'on lui offre l'occasion de démontrer par des essais l'équivalence de son produit avec les produits spécifiés dans les DRV.

71. Enfin, le Tribunal fait observer que Netgear a aussi fait valoir que, en raison des manquements allégués de TPSGC pour ce qui est des justifications de la spécification par appellation commerciale et du manque d'information fourni aux fournisseurs, les procédures de passation des marchés jouaient indûment en faveur des produits d'autres fournisseurs et que ces procédures étaient appliquées d'une manière discriminatoire et contraire à l'article 1008 de l'ALÉNA et à l'article VII de l'AMP.

72. Le Tribunal a déjà rejeté les trois allégations de Netgear selon lesquelles TPSGC aurait indûment limité les marchés aux produits de fournisseurs particuliers. Le Tribunal est donc incapable de conclure que la conduite de TPSGC allait à l'encontre des dispositions antidiscriminatoires de l'article 1008 de l'ALÉNA et de l'article VII de l'AMP.

Déclarer de façon inappropriée non conforme la proposition de Netgear en réponse à la DRV136

73. Netgear a soutenu que TPSGC avait incorrectement conclu que les produits que Trust avait proposés en réponse à la DRV136 ne figuraient pas sur la liste de prix publiée de Netgear approuvée par TPSGC à la date de clôture. Netgear a prétendu qu'il s'agissait d'un moyen déguisé d'écarter les fournisseurs en mesure d'offrir une solution équivalente à la marque de produits mentionnée.

74. Netgear n'a pas soutenu ces affirmations au moyen d'éléments de preuve ou de renseignements établissant le bien-fondé de ce motif de plainte dans les observations qu'elle a formulées au cours de la procédure de plainte. Comme rien dans le dossier n'appuie l'allégation de Netgear à cet égard, le Tribunal ne peut conclure que Netgear a été écartée au motif que ses produits proposés ne figuraient pas sur sa liste de prix publiée. En fait, à la lumière de l'ensemble des éléments de preuve présentés dans cette procédure de plainte et des conclusions du Tribunal à l'égard des autres motifs de plainte de Netgear, le Tribunal est d'avis que Netgear a été écartée parce qu'elle n'avait pas démontré convenablement l'équivalence de ses produits avec les produits mentionnés dans la DRV.

75. Netgear a ajouté qu'il était manifeste qu'un analyste technique de TPSGC, et non du MDN, avait effectué l'évaluation de sa proposition et que ses avis étaient erronés et non appuyés par le rapport d'équivalence²² qui a été préparé. Netgear a fait remarquer que le même fabricant fabrique les convertisseurs d'interface à gigabit pour Netgear et Cisco et que, par conséquent, les produits proposés de Netgear étaient entièrement compatibles avec les produits de Cisco et qu'ils s'y intégraient parfaitement.

76. TPSGC a affirmé avoir reçu trois soumissions en réponse à la DRV136. Il a indiqué que deux des soumissions, dont celle de Trust, ont été jugées non conformes aux conditions de la DRV. Il a fait valoir que son analyste technique avait conclu que la soumission de Trust n'était pas conforme aux conditions techniques d'équivalence de produits indiquées dans la DRV et l'OCIM des SSER. TPSGC a soutenu que le rapport d'équivalence susmentionné faisait ressortir les différences entre les produits proposés de Netgear et les produits énumérés dans la DRV.

22. Pièce confidentielle 13, RIF.

77. Comme il l'a dit à de nombreuses reprises par le passé, le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à l'évaluation de la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une proposition, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas, d'une autre manière, procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure²³. Le Tribunal estime qu'aucune de ces circonstances ne ressort des plaintes dont il est saisi. Le Tribunal conclut donc que TPSGC a adéquatement évalué la proposition de Netgear conformément à la méthodologie énoncée dans la DRV et l'OCIM des SSER et que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Achat de logiciel au moyen d'une procédure d'invitation visant le matériel informatique seulement

78. Netgear a ajouté que TPSGC avait tenté d'acheter des produits (c.-à-d. des logiciels de réseautique) non visés par la catégorie 1.1 de l'OCIM des SSER. Selon elle, cette tentative constituait une violation des conditions de l'OCIM des SSER et des accords commerciaux.

79. TPSGC n'a pas répondu à cette allégation dans le RIF. Toutefois, dans une DRV ultérieure (qui n'est pas en question), TPSGC a supprimé les exigences de logiciel au moyen de modifications à la DRV.

80. Compte tenu du manque de renseignements fournis sur cette question, le Tribunal a demandé, dans le cadre des questions envoyées à TPSGC le 18 février 2008, que TPSGC formule des commentaires particuliers sur cette allégation de Netgear. Cela constituait la quatrième question posée, que voici :

Concernant la DRV141, Netgear a allégué que TPSGC a tenté d'acheter des produits logiciels au moyen d'un marché public visant le matériel informatique seulement. Veuillez formuler des commentaires sur cette allégation.

[Traduction]

81. Dans sa réponse, TPSGC a fait valoir que l'article 29 de l'OCIM des SSER prévoit ce qui suit concernant le matériel acquis :

29) Matériel

[...]

- iii) Les logiciels applicables doivent être la version actuelle, sauf indication contraire, d'usage général et ne pas nécessiter de recherche et développement supplémentaire. Les logiciels doivent être soutenus par le matériel informatique jusqu'à la limite de la capacité d'expansion de celui-ci et doit lui être entièrement compatible. Les logiciels doivent faire l'objet d'une intégration et d'une interface complètes avec le matériel informatique.

[...]

[Traduction]

82. TPSGC a soutenu que l'article 6 de la DRV141, ProCurve Manager Plus 2.1 100 Media (ProCurve), constitue un outil logiciel qui permet à un exploitant de réseau de configurer, de mettre à jour, de suivre et de réparer les dispositifs ProCurve sollicités dans la DRV et qui est intégré au réseau en cause.

23. *Re plainte déposée par K-W Leather Products Ltd.* (3 septembre 2002), PR-2002-012 (TCCE); *Re plainte déposée par Polaris Inflatable Boats (Canada) Ltd.* (23 juin 2003), PR-2002-060 (TCCE); *Re plainte déposée par The Impact Group* (14 juin 2006), PR-2005-050 (TCCE); *Re plainte déposée par Excel Human Resources Inc. (faisant affaire sous le nom d'excelITR)* (25 août 2006), PR-2005-058 (TCCE); *Re plainte déposée par Maxxam Analytics Inc.* (20 septembre 2007), PR-2007-017 (TCCE).

TPSGC a soutenu qu'il était ainsi directement lié à l'exploitation de l'équipement sollicité et servait à en améliorer la fonctionnalité, de sorte qu'il était visé par la portée et l'objet de l'article 29(iii) de l'OCIM des SSER. Il a ajouté que la valeur du logiciel correspondait approximativement à 1 p. 100 de la valeur des composantes de matériel informatique de la DRV.

83. Dans ses observations sur la réponse de TPSGC, Netgear a soutenu que TPSGC interprétait complètement hors de son contexte l'article 29(iii) de l'OCIM des SSER et a soutenu que le logiciel mentionné dans cet article a trait au logiciel qui accompagne les commutateurs de la catégorie 1.1 et qui est exploité sur les commutateurs eux-mêmes. Selon elle, cela se compare à l'achat d'un ordinateur personnel (OP) assorti d'un système d'exploitation Windows^{MD} et aux achats subséquents des autres logiciels séparément. Elle a soutenu que le logiciel ProCurve de HP est un logiciel non exploité sur les commutateurs, mais plutôt sur un OP distinct. Elle a soutenu que même s'il peut y avoir une offre à commandes de logiciels de HP, il est entièrement inapproprié d'acquérir les logiciels au moyen de l'offre à commandes de matériel informatique que constitue l'OCIM des SSER.

84. En ce qui concerne l'affirmation de TPSGC selon laquelle le logiciel ne représentait que 1 p. 100 du prix de la DRV, Netgear a soutenu que les termes de la DRV exigeaient que la soumission porte sur l'ensemble des produits et que le fait de ne pas soumissionner sur le logiciel ProCurve aurait rendu sa soumission non conforme.

85. Le Tribunal est d'avis que les accords commerciaux, dont l'*ALÉNA*, font en sorte qu'une institution fédérale est régie par les termes énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres pour toute invitation particulière. Par conséquent, l'institution fédérale mène une procédure de passation du marché public d'une façon non conforme à l'*ALÉNA* si elle n'agit pas conformément aux termes des documents d'invitation. Dans le cas de la DRV141, le Tribunal est d'avis que l'achat de logiciel, comme le logiciel ProCurve de HP, dans le cadre d'une DRV, était inapproprié compte tenu du libellé de l'OCIM des SSER. Le Tribunal fait observer que l'article 14 de l'OCIM des SSER prévoit expressément que « [l]es commandes individuelles²⁴ ne doivent pas s'appliquer à plusieurs catégories à la fois ». À l'examen de la spécification générique de commutateur LAN L2 jointe à l'OCIM de Netgear et de l'OCIM des SSER elle-même, le Tribunal ne peut trouver aucune référence qui permettrait l'achat de logiciel assorti des capacités attribuées, par TPSGC et Netgear, au logiciel ProCurve de HP. Le Tribunal estime donc que TPSGC a tenté d'acheter des produits non visés par la catégorie 1.1 de l'OCIM des SSER. Le Tribunal est d'avis que cela revient à modifier sans autorisation les conditions de l'invitation. Le Tribunal conclut donc qu'en tentant d'acheter le logiciel susmentionné, TPSGC a « chevauché plusieurs catégories » [traduction] et a contrevenu aux dispositions de l'OCIM des SSER, de sorte qu'il n'a pas mené cette partie du marché conformément à l'*ALÉNA*. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte est fondé.

86. Même si le Tribunal a conclu que ce motif de plainte est fondé, il ne recommandera pas de mesure corrective à cet égard parce qu'après avoir pris en considération les critères énoncés au paragraphe 31.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que Netgear n'a subi aucun préjudice. Premièrement, sur la foi des renseignements présentés, le Tribunal n'est pas convaincu que Netgear aurait soumis une réponse à la DRV141 si le logiciel susmentionné n'avait pas fait partie des produits sollicités. Deuxièmement, compte tenu de ses conclusions à l'égard des autres motifs de plainte de Netgear, le Tribunal n'est pas convaincu que même si TPSGC s'en était tenu aux catégories de produits énoncés dans l'OCIM des SSER, Netgear aurait agi différemment lors de la présentation d'une soumission que ce qu'elle a fait dans le cas de la DRV136, où elle n'a pas tenté de démontrer l'équivalence avec les produits indiqués dans la DRV. Le

24. Aux fins de ces plaintes et de la procédure de passation du marché public décrit dans l'OCIM des SSER, on peut remplacer le terme « DRV » par le terme « commande ».

Tribunal fait également observer que, dans le contexte d'une DRV ultérieure visant l'achat de produits couverts par la catégorie 1.1 de l'OCIM des SSER, TPSGC avait supprimé de cette DRV l'exigence d'un programme logiciel particulier²⁵. Le Tribunal est d'avis que cette mesure de TPSGC indique qu'il s'en tiendra aux catégories de produits dans les prochaines procédures de passation de marché public dans le cadre de l'OCIM des SSER. Vu ce qui précède, le Tribunal a décidé de ne pas recommander de mesure corrective.

Frais

87. TPSGC a soutenu que Netgear savait, ou aurait dû savoir compte tenu des conclusions antérieures du Tribunal, que les allégations contenues dans les plaintes étaient répétitives et sans fondement. TPSGC a demandé le remboursement des frais qu'il a engagés pour avoir répondu à ces plaintes. Il a aussi demandé que le Tribunal tienne compte de la conduite du mandataire de Netgear, Trust, relativement au dépôt de ces plaintes et de nombreuses plaintes antérieures. Il a fait valoir que malgré les directives antérieures fournies à Trust par le Tribunal à plus d'une reprise, Trust a décidé de ne pas suivre ces directives et de continuer à déposer des plaintes redondantes à l'égard des mêmes éléments de l'OCIM des SSER, taxant inutilement les ressources du Tribunal et des autres parties. Ainsi, compte tenu de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal (la *Ligne directrice*), TPSGC a soutenu que le Tribunal devait déterminer si Trust s'est engagée dans un litige frivole et vexatoire et fixé les frais en conséquence.

88. Netgear a prétendu que lorsqu'il octroie des frais conformément à sa *Ligne directrice*, le Tribunal devrait tenir compte de la conduite de TPSGC, notamment du fait que TPSGC n'a pas fourni les renseignements demandés par le Tribunal.

89. Le Tribunal est d'avis que même s'il est vrai que certaines plaintes semblables déposées par le mandataire de Netgear concernant d'autres DRV produites dans le cadre de l'OCIM des SSER n'ont pas été acceptées pour enquête, il n'en demeure pas moins que dans le cas de ces plaintes et des autres plaintes susmentionnées, le Tribunal a conclu que des enquêtes étaient justifiées. Si le Tribunal avait estimé que les plaintes de Netgear constituaient des « litiges frivoles ou vexatoires » à la lumière de ses décisions antérieures de ne pas ouvrir d'enquête dans certains cas, il ne les aurait pas acceptées pour enquête. Par conséquent, le Tribunal ne se penchera pas sur la question de savoir si Trust s'est engagée dans des litiges frivoles et vexatoires dans le cadre de la détermination des frais.

90. Le Tribunal est aussi en désaccord avec l'argument de Netgear selon lequel TPSGC n'a pas fourni les renseignements demandés par le Tribunal. TPSGC a fourni les renseignements qu'il jugeait suffisants pour répondre aux questions du Tribunal. De toute manière, compte tenu de la décision du Tribunal sur les plaintes, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la conduite de TPSGC dans l'octroi des frais.

91. À la lumière de ce qui précède et des circonstances de ces dossiers de plainte, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre aux plaintes. Le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice* et est d'avis que ces dossiers de plainte, collectivement, le degré de complexité des présentes plaintes correspond au niveau de complexité médian prévu à l'annexe A de la *Ligne directrice* (niveau 2). La *Ligne directrice* fonde l'évaluation du degré de complexité sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure. La complexité des marchés publics était faible puisque les marchandises en question étaient des articles commerciaux

25. Dans ses observations relatives à la réponse de TPSGC aux questions du Tribunal, Netgear a indiqué qu'en ce qui concerne la DRV211, l'exigence d'un logiciel de Cisco a été éliminée de l'invitation.

standard. La complexité des plaintes était moyenne puisqu'il s'agissait d'allégations au sujet de spécifications perçues comme restrictives. Enfin, la complexité de la procédure était moyenne puisqu'il y avait une seule requête mineure, sans intervenant ni audience publique. Le délai de 135 jours a été accordé suivant l'omission par TPSGC de signifier à Netgear ses réponses aux questions du Tribunal comme le Tribunal le lui avait ordonné. Étant donné que le Tribunal aurait jugé fondé un des motifs de plainte de Netgear, il s'écartera de sa *Ligne directrice* et réduira le montant normalement payable pour une cause de niveau 2 de 2 400 \$ à 1 000 \$. Par conséquent, l'indication provisoire du montant de l'indemnisation donnée par le Tribunal est de 1 000 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

92. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que deux des plaintes, PR-2007-075 et PR-2007-076, ne sont pas fondées et que une des plaintes, PR-2007-077, est fondée en partie.

93. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre aux plaintes, ces frais devant être payés par NETGEAR, Inc. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes, en tant qu'ensemble, donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Diane Vincent
Diane Vincent
Membre président