



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2007-088

NETGEAR, Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le lundi 26 mai 2008*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
PLAINTE	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	2
ANALYSE DU TRIBUNAL	6
Limitation du marché aux produits de Nortel.....	12
Les produits de Nortel spécifiés dans la DRV ne respectent pas les spécifications de la catégorie 1.1	17
Frais	18
DÉCISION DU TRIBUNAL	18

EU ÉGARD À une plainte déposée 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 la plainte 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 la plainte n'est pas fondée.

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'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par NETGEAR, Inc. L'indication provisoire du degré de complexité de la plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 1, 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

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

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
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
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

1. Le 25 février 2008, NETGEAR, Inc. (Netgear) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ au sujet d'une demande de rabais pour volume (DRV) dans le cadre de l'invitation n° EN869-060292/M (DRV171) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) en vue de l'acquisition d'équipement de réseau au nom du ministère de la Défense nationale (MDN). La DRV a été produite en application de l'offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) n° EN578-030742/000/EW des Services de soutien d'équipement de réseau (SSER).

2. Netgear a allégué que TPSGC avait incorrectement limité le marché aux produits d'un fournisseur particulier, à savoir Nortel Networks (Nortel) et appliqué les procédures de passation des 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 que TPSGC avait, de mauvaise foi, divulgué certains renseignements confidentiels à des concurrents et à des ministères utilisateurs finals, faisant ainsi preuve de partialité et de comportement discriminatoire à l'égard de Netgear.

4. À titre de mesure corrective, Netgear a demandé au Tribunal de recommander que le contrat adjudgé en réponse à la DRV171 soit annulé, 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. Subsidiairement, Netgear a demandé que son mandataire, Trust Business Systems (Trust), soit indemnisé à l'égard de l'occasion qu'il 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'une ordonnance 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 appel d'offres 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. Elle a aussi demandé qu'en raison de la nature systémique des problèmes relatifs à la présente plainte, le Tribunal rende une décision suspendant l'adjudication de tout contrat relatif à l'OCIM des SSER jusqu'à ce qu'il détermine la validité de la présente plainte et des plaintes antérieures².

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

2. Au moment où Netgear a demandé cette mesure corrective, le Tribunal avait déjà accepté d'enquêter sur un certain nombre de plaintes déposées par Netgear concernant d'autres DRV produites en application de l'OCIM des SSER (dossiers n^{os} PR-2007-075 à PR-2007-077 et dossiers n^{os} PR-2007-080 à PR-2007-083).

5. Le 6 mars 2008, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur une partie de la plainte, puisque celle-ci répondait 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. La présente plainte faisait partie d'une série de plaintes similaires déposées par Netgear sur lesquelles le Tribunal avait décidé d'enquêter⁴. Ce même jour, le Tribunal a également produit une ordonnance de report d'adjudication de contrat. Concernant l'allégation selon laquelle TPSGC avait incorrectement diffusé des renseignements confidentiels, le Tribunal a informé Netgear que la plainte n'indiquait pas, de façon raisonnable, que TPSGC n'avait pas passé le marché public conformément aux accords commerciaux applicables, de sorte que ce motif de plainte ne serait pas visé par l'enquête du Tribunal. Le Tribunal n'a pas produit d'ordonnance de report d'adjudication de contrat relativement à l'OCIM des SSER elle-même et n'a pas jugé que la plainte se prêtait à l'adoption de la procédure accélérée de règlement (c.-à-d. la procédure expéditive). Le 11 mars 2008, TPSGC a accusé réception de la plainte et informé le Tribunal qu'un contrat avait été adjugé. Par conséquent, le 12 mars 2008, le Tribunal a annulé son ordonnance de report d'adjudication de contrat. Le 31 mars 2008, TPSGC a déposé le rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 10 avril 2008, Netgear a déposé ses observations sur le RIF.

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

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

7. L'OCIM des SSER, de laquelle relève la 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^{os} PR-2007-075 à PR-2007-077, PR-2007-080 à PR-2007-083, PR-2007-091 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^{os} PR-2007-080 à PR-2007-083 n'étaient pas fondées. Le 15 mai 2008, le Tribunal a déterminé que les plaintes faisant l'objet des dossiers n^{os} PR-2007-075 à PR-2007-077 étaient aussi en majeure partie non fondées. 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.

[...]

[Traduction]

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. La DRV comportait les dispositions suivantes :

PROPOSITION DU SOUMISSIONNAIRE : (Obligatoire)

[...]

3. [...] Si la soumission porte sur un produit équivalent, on doit indiquer le fabricant OEM et le numéro de modèle OEM équivalent pour chaque article d'exécution. Si un produit équivalent soumissionné ne précise ni l'appellation commerciale 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 de NORTEL NETWORKS ou de leur équivalent. Nota : Tout produit équivalent doit être entièrement justifié suivant l'OCIM des SSER. On doit énumérer les produits équivalents par fabricant OEM et numéro de pièce en référence à la liste qui suit.

[...]

[Traduction]

11. Le 5 février 2008, TPSGC a présenté la DRV aux huit détenteurs d'une OCIM des SSER de la catégorie 1.1, y compris à Netgear. Pendant la période d'invitation, les questions suivantes ont été posées à TPSGC, qui a répondu ainsi :

Question 1 :

Cette question vise l'utilisateur final. TPSGC 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. De plus, rien dans l'OCIM n'oblige l'État à fournir un tel schéma. L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM.

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 de Nortel? L'État a l'obligation de procéder à toutes ses invitations avec impartialité et, en précisant les numéros de pièce de Nortel, on nourrit clairement un préjugé en faveur des produits de Nortel. 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'article 14 de l'OCIM permet de proposer des équivalents en cas de spécification de produits par appellation commerciale. L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM pour laquelle il y a eu une concurrence franche et loyale.

Question 3 :

L'article 14 de l'OCIM dit que la première possibilité pour traiter les DRV est « de recourir aux spécifications génériques de l'annexe A » et que la seconde possibilité est d'appliquer la section « Équivalents » selon laquelle « 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 Nortel, 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 de sorte que la possibilité s'offre vraiment de faire la démonstration des produits que nous planifions démontrer?

Réponse 4 :

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

[Traduction]

12. La DRV171 a clôturé le 8 février 2008. Netgear n'a déposé aucune proposition.

13. Le 25 février 2008, Netgear a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

ANALYSE DU TRIBUNAL

14. 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 la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal 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-Unis⁵, a cité dans sa plainte des dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁶ et de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷. Dans son RIF, TPSGC n'a pas directement abordé la question des accords applicables au marché visé par la présente plainte.

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

6. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

15. Bien qu'il n'y ait aucun doute que l'*ALÉNA* s'applique à ce marché public, le Tribunal fait observer que la Cour d'appel fédérale a récemment conclu que l'entité qui désire se prévaloir des dispositions de l'*ACI* doit démontrer qu'elle respecte les conditions de la définition du terme « fournisseur canadien » en vertu de l'article 518 de l'*ACI*^{8, 9}. L'article 518 définit « fournisseur canadien » comme un « [f]ournisseur qui a un établissement au Canada » et définit « établissement » comme un « [e]ndroit où le fournisseur exerce ses activités de façon permanente [...] ». Étant donné que Netgear est une entité ayant son siège aux États-Unis dont l'adresse d'entreprise est à Santa Clara (Californie), le Tribunal est d'avis qu'elle n'est pas un « fournisseur canadien » au sens de l'article 518 de l'*ACI*, de sorte que le Tribunal n'a pas compétence pour examiner les allégations de Netgear selon lesquelles le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences de l'*ACI*.

16. De toute manière, dans le contexte de la présente plainte, le Tribunal est d'avis que les dispositions de l'*ACI* invoquées par Netgear n'imposent pas à l'institution fédérale des obligations plus strictes que celles de l'*ALÉNA*. Comme tel, même si Netgear avait qualité en vertu de l'*ACI*, cela n'influerait pas sur la décision finale en ce qui concerne la présente plainte puisque l'analyse du Tribunal aux termes de l'*ALÉNA* s'appliquerait aussi aux termes de l'*ACI*.

17. 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

[...]

7. *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].

8. Voir *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corporation*, 2008 CAF 187 (22 mai 2008).

9. Il convient de faire remarquer que l'*Accord sur les marchés publics (AMP)* (15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>) ne s'applique pas au marché visé par la présente plainte, puisque la valeur estimée des produits spécifiés dans la DRV n'atteint pas le seuil monétaire applicable aux marchés visés par l'*AMP*.

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 [...]

[...]

18. Netgear a allégué qu'il n'était nullement justifié de spécifier les produits par appellation commerciale dans le cas de l'invitation visée par la présente plainte et que, en faisant cela, TPSGC avait contrevenu aux accords commerciaux. Netgear a soutenu que son mandataire, Trust, aurait pu présenter une proposition et se voir adjudger le contrat à titre de soumissionnaire le moins-disant si la DRV avait été conforme aux exigences des accords commerciaux. À son avis, les modalités détaillées de la 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 « Équivalents » de l'article 14 de l'OCIM des SSER, qui étaient incorporés par renvoi à la 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 puisse 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 devraient uniquement comporter des spécifications génériques sans utiliser d'appellations commerciales

19. Netgear a soutenu que TPSGC avait, par sa conduite, manifesté un extrême favoritisme envers Nortel 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-2001-048¹⁰, 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 le MDN ou TPSGC n'a offert aucune justification fonctionnelle en ce qui concerne les restrictions d'équivalence. Dans le cadre de ses procédures internes et de ses consultations avec le MDN, 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.

20. 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 aux soumissionnaires de faire la démonstration de leurs

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

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, tout comme ceux de Nortel. 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. Qui plus est, ses agents techniques ont toute la formation et les certifications nécessaires en ce qui concerne les produits de Cisco Systems Canada Co., Nortel, Hewlett-Packard, Foundry Networks Inc., Netgear et autres fabricants et qu'ils avaient largement participé à des essais de compatibilité et d'interfonctionnement de ces mêmes produits. Elle a allégué que l'expérience et la formation de ses agents techniques étaient nettement meilleures et plus étendues que celles du directeur en gestion de réseaux à la Direction générale des services d'infotechnologie (DGSIT) à TPSGC, lequel, selon Netgear, y allait d'opinions professionnelles sur les circonstances des DRV, mais sans préciser quels étaient ses antécédents, ses études ni sa formation en ce qui concerne les commutateurs de réseau local de la couche 2.

21. Netgear a soutenu que TPSGC avait bien dit vouloir uniquement les produits de Nortel lorsqu'il a refusé de répondre aux questions ou aux demandes de renseignements des soumissionnaires. Elle a soutenu que, même si la DRV laissait 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 la 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 quatre 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 l'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 ce 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.

22. Dans ses observations sur le RIF, Netgear a prétendu qu'après enquête approfondie, elle avait établi un nouveau motif de plainte. Plus précisément, elle a allégué que les produits de Nortel spécifiés dans la DRV ne respectaient pas les critères obligatoires de rendement spécifiés dans la catégorie 1.1 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER. Selon elle, TPSGC n'a pas fourni, dans la RVD ou dans le RIF, la preuve que les produits de Nortel visés satisfaisaient à ces critères.

23. 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 la plainte relative aux modalités de l'OCIM des SSER n'avait pas été déposée dans les délais et devait donc être rejetée. Il a fait remarquer que, dans le dossier n° PR-2007-021¹¹, le Tribunal avait décidé de ne pas faire enquête 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 auprès du Tribunal concernant les modalités de cette dernière aurait 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.

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

24. TPSGC a soutenu que les allégations de Netgear dans la présente plainte 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 comportait la présente plainte étaient elles aussi sans fondement et devaient de même être rejetées.

25. 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. À son avis, on examine chaque exigence d'une DRV de manière à établir quelle méthode est applicable aux circonstances uniques de la DRV. C'est un examen auquel se livre la DGSIT de TPSGC à titre d'autorité technique coordonnatrice conjointement avec le ministère client. Selon le directeur en gestion de réseaux de la DGSIT¹² :

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 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 DRV en question], 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]

26. Compte tenu des circonstances de la DRV en question, plus particulièrement du besoin opérationnel d'interfonctionnement avec les réseaux en place, TPSGC a fait valoir que la spécification par appellation commerciale était justifiée et tout à fait conforme aux prescriptions des accords commerciaux.

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 de passation du marché public n'avait pas été suivie conformément aux accords commerciaux.

12. Voir le RIF aux pp. 14-15 et la lettre jointe à la pièce 12 du RIF.

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 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'a pas l'obligation de leur fournir des renseignements additionnels, par exemple 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. TPSGC n'a pas demandé l'occasion de répondre au nouveau motif de plainte présumé de Netgear sur la question de savoir si les produits de Nortel visés respectaient les spécifications de la catégorie 1.1 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER.

31. TPSGC a demandé que la plainte soit rejetée et qu'on lui accorde le remboursement de ses frais.

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

33. 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 la présente plainte 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 de l'OCIM des SSER devrait suivre une procédure différente de celle énoncée dans l'article 14.

34. 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 rendues par le Tribunal 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 la présente affaire, que le dépôt des plaintes ou des oppositions au sujet de la teneur de l'OCIM des SSER n'avait 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.

35. 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 la DRV visée par la présente plainte. Plus précisément, le Tribunal doit déterminer, dans les circonstances de cette 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* évoquées ci-dessus.

36. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal se prononcera sur le principal motif de plainte de Netgear, à savoir que TPSGC a indûment limité le marché aux produits de Nortel, de même que sur son nouveau motif de plainte, à savoir que les produits de Nortel spécifiés dans la DRV ne respectent pas les critères obligatoires de rendement spécifiés dans la catégorie 1.1 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER.

Limitation du marché aux produits de Nortel

37. Netgear a allégué que TPSGC avait incorrectement limité le marché public aux produits de Nortel. Elle a formulé des allégations semblables de limitation incorrecte de marché aux produits de fournisseurs particuliers dans les autres plaintes concernant les DRV produites en application de l'OCIM des SSER, sur lesquelles le Tribunal a accepté d'enquêter. Le Tribunal considère que ce motif de plainte peut se diviser en trois grandes allégations. Le Tribunal examinera chaque allégation. Puisque les arguments de Netgear, les présumées défaillances de TPSGC et les renseignements déposés par les parties sont essentiellement les mêmes dans le cadre de la présente plainte et dans les dossiers n^{os} PR-2007-075 à PR-2007-077 et PR-2007-080 à PR-2007-083, le Tribunal juge qu'il convient de se fonder sur l'analyse élaborée dans le contexte de ses enquêtes sur ces plaintes semblables antérieures¹³.

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

38. L'essentiel de l'argumentation de Netgear est que TPSGC n'a pas livré l'information nécessaire sur les besoins opérationnels réels et justifiables du MDN et qu'il n'a pas justifié son recours à des appellations commerciales dans le cas de l'invitation visée par la présente plainte. 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 au MDN l'obligation de fournir à TPSGC pour chaque DRV une justification technique d'utiliser des produits par appellation commerciale.

39. 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 DGSIT¹⁴, TPSGC a fait valoir que, dans les DRV visées, l'exigence opérationnelle d'interfonctionnement avec le réseau du MDN en place justifiait le recours à une spécification par appellation commerciale.

40. 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.

13. Les exposés des motifs dans les dossiers n^{os} PR-2007-080 à PR-2007-083 et PR-2007-075 à PR-2007-077 ont été communiqués aux parties le 15 mai 2008 et le 23 mai 2008 respectivement.

14. Voir le RIF aux pp. 14-15 et la lettre jointe à la pièce 12 du RIF.

41. Le Tribunal n'interprète pas l'article 1007(3) de l'ALÉNA 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 le présent 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.

42. 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 la DRV en question. Selon l'avis technique, la DRV « [...] comportait 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 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 devions 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 en question] 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]

43. 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 la 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 garantis de leur interfonctionnement sûr comme pour les produits spécifiés par la 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.

44. Ainsi, le Tribunal admet les éléments de justification de TPSGC comme raisonnables dans les circonstances de la DRV visée par la présente plainte. 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 la DRV, TPSGC a permis que des produits équivalents soient proposés en application de l'article 14 de l'OCIM des SSER et de l'article 1007(3) de l'ALÉNA.

45. Le Tribunal est donc d'avis que, en l'espèce, TPSGC s'est conformé à l'article 1007(3) de l'ALÉNA 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 par exemple, pour que les soumissionnaires soient en mesure de préparer leur proposition.

46. 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 du MDN, 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 produits équivalents.

47. 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 ces dispositions, 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.

48. 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'industrie¹⁵. D'après TPSGC, il n'y a pas d'autres exigences obligatoires de rendement dans le cas de la DRV visée par cette plainte.

49. 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 l'invitation 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

15. RIF, pièce 10 à la p. 3.

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.

50. 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 au MDN 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 de l'invitation visée par la présente plainte 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.

51. En fait, le Tribunal fait observer que l'article 14 de l'OCIM des SSER, qui est intégré à la DRV visée par la présente plainte, impose nettement au fournisseur le fardeau de démontrer que tout produit proposé est :

[...] [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 proposé.

[...]

[Traduction, nos italiques]

52. 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 au MDN pour pouvoir présenter une soumission valable et démontrer l'équivalence des produits équivalents proposés. 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 l'invitation a été structurée pour garantir que seuls les produits de Nortel seraient jugés conformes.

53. 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 la DRV. Le Tribunal fait observer que, dans ses observations sur le RIF, Netgear a affirmé ce qui suit :

[...] Le Tribunal devrait prendre note que les agents techniques de Trust Business Systems et de Netgear ont toute la formation et les certifications nécessaires en ce qui concerne les produits de Cisco, Nortel, HP, Foundry, Netgear et autres fabricants et ont largement participé à des essais de compatibilité et d'interfonctionnement de ces produits. Certains ont même participé à des essais d'organismes tiers indépendants comme The Tolly Group. À notre avis, l'expérience et la formation de nos agents techniques sont nettement meilleures et plus étendues que celles du directeur en gestion de réseaux de la DGSIT à TPSGC¹⁶.

[Traduction]

54. Étant donné que ces compétences présumées et les affirmations répétées de Netgear, selon lesquelles il n'y a pas de problème de compatibilité ni d'interfonctionnement entre ses produits et ceux de Nortel, ne sont pas en cause, le Tribunal considère que Netgear a reçu les renseignements nécessaires pour qu'elle puisse déterminer lesquels de ses produits, s'il en est, étaient équivalents à ceux spécifiés dans la DRV171 et déposer des éléments de preuve démontrant un niveau d'équivalence entre ces produits et les produits spécifiés dans la DRV.

55. L'article 14 de l'OCIM des SSER dit clairement que « les produits équivalents de forme, d'agencement, de fonction et de qualité et qui sont entièrement compatibles, interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement *avec les produits spécifiés dans la DRV* seront pris en considération [...] » [traduction, nos italiques]. Cet énoncé, incorporé par renvoi à la DRV171, 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. D'après les arguments présentés dans la plainte et le manque de d'éléments de preuve, 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 justifié. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal ne peut accepter l'argument de Netgear selon lequel les conditions de la DRV171 avaient comme effet d'empêcher le dépôt d'une soumission valable équivalente.

56. 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-2003-001¹⁷ 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 de la présente plainte et pour les raisons susmentionnées, qu'une information sur les appareils en place et les environnements de réseau particuliers n'était pas nécessaire.

16. Observations sur le RIF à la p. 6, para. 6.

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

57. Par conséquent, le Tribunal ne peut conclure que TPSGC n'a pas fourni à Netgear des renseignements adéquats et 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

58. 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.

59. 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.

60. 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 fournie aux fournisseurs, la procédure de passation du marché jouait indûment en faveur des produits d'autres fournisseurs et que la procédure avait donc été appliquée d'une manière discriminatoire et contraire à l'article 1008 de l'*ALÉNA*.

61. Le Tribunal a déjà rejeté les trois allégations de Netgear selon lesquelles TPSGC a indûment limité les marchés aux produits de Nortel. 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*.

Les produits de Nortel spécifiés dans la DRV ne respectent pas les spécifications de la catégorie 1.1

62. Comme il a été indiqué précédemment, dans ses observations sur le RIF, Netgear a prétendu avoir découvert un nouveau motif de plainte. Elle a soutenu que les produits de Nortel spécifiés dans la DRV ne respectaient pas les critères obligatoires de rendement spécifiés dans la catégorie 1.1 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER. Elle a ajouté que TPSGC n'avait fourni aucune preuve, dans la DRV ou dans le RIF, que les produits de Nortel visés respectaient ces exigences.

63. 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. Ainsi, le Tribunal doit faire preuve de prudence dans la manière dont il traite les nouveaux motifs de plainte soulevés *après* qu'il a décidé d'enquêter sur une plainte. Le Tribunal est d'avis qu'il est douteux qu'il ait le pouvoir d'examiner des motifs de plainte non invoqués dans la plainte initiale d'une partie ou ne découlant pas de nouveaux renseignements présentés dans le RIF. Si le Tribunal acceptait un nouveau motif de plainte dans de tels cas, il pourrait dans les faits permettre aux parties plaignantes de contourner le processus officiel de plainte qui, notamment, exige que les renseignements présentés indiquent, de façon raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément aux accords commerciaux et que le Tribunal décide, dans un délai de cinq jours ouvrables suivant le dépôt de la plainte, s'il y a lieu d'enquêter sur un motif de plainte.

64. Le Tribunal étant d'avis que le nouveau motif de plainte de Netgear ne découlait pas de nouveaux renseignements présentés dans le RIF et puisque de toute manière Netgear n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de ce motif de plainte¹⁸, le Tribunal ne l'a pas examiné.

Frais

65. Le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte. Le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*) et est d'avis que le degré de complexité de la présente plainte correspond au premier degré de complexité prévu à l'annexe A de la *Ligne directrice*. 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 du marché public était faible, car celui-ci visait la fourniture de produits standard offerts dans le commerce. La complexité de la plainte était moyenne, puisqu'il s'agissait d'allégations au sujet de spécifications perçues comme restrictives. Enfin, le degré de complexité de la procédure était faible, étant donné qu'il n'y avait ni requêtes, ni parties intervenantes, ni audiences publiques, que le délai de 90 jours a été respecté et que les parties n'ont pas eu à produire des exposés au-delà de la procédure normale. Par conséquent, comme le prévoit la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du montant de l'indemnisation donnée par le Tribunal est de 1 000 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

67. 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 à la plainte, ces frais devant être payés par Netgear. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 1, 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

18. Il faut souligner que, même si Netgear a soutenu que TPSGC n'avait fourni aucun élément de preuve que les produits de Nortel visés satisfaisaient aux conditions spécifiées dans la catégorie 1.1 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER, le Tribunal n'a pu trouver aucune disposition dans les documents d'invitation qui obligerait TPSGC à fournir la preuve que les articles visés dans une DRV satisfont à ces conditions.