



Tribunal canadien du  
commerce extérieur

Canadian International  
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN  
DU COMMERCE  
EXTÉRIEUR

# Marchés publics

## DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-080 à  
PR-2007-083

NETGEAR, Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et  
des Services gouvernementaux

*Décision rendue  
le mardi 29 avril 2008*

*Motifs rendus  
le jeudi 15 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 .....	7
Limitation de l'acquisition aux produits de fournisseurs particuliers .....	12
Répartition des besoins en vue d'éviter la concurrence .....	17
Frais .....	18
DÉCISION DU TRIBUNAL .....	18

EU ÉGARD À quatre 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<sup>e</sup> 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 les plaintes ne sont pas fondées.

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 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 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 de plainte 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

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 juridiques pour le Tribunal :	Georges Bujold Alain Xatruch
Partie plaignante :	NETGEAR, Inc.
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Debra Lance
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques 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<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0G7  
Téléphone : 613-993-3595  
Télécopieur : 613-990-2439  
Courriel : [secretaire@tcce-citt.gc.ca](mailto:secretaire@tcce-citt.gc.ca)

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### PLAINTÉ

1. Le 31 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*<sup>1</sup> au sujet de demandes de rabais pour volume (DRV) dans le cadre des invitations n<sup>os</sup> EN869-060331/J (DRV157), EN869-060331/V (DRV165), EN869-060331/U (DRV166) et EN869-060331/W (DRV174) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) en vue de l'acquisition d'équipement de réseau pour le ministère de la Défense nationale (DRV174), le ministère de l'Environnement (EC) (DRV165, DRV166) et le Bureau des passeports (DRV157)<sup>2</sup>. Toutes les DRV ont été produites en application de l'offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) n<sup>o</sup> 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) (DRV157, DRV165), Nortel Networks (Nortel) (DRV166) et Hewlett-Packard (HP) (DRV174) 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.

[Traduction]

3. Netgear a aussi allégué que TPSGC avait structuré les marchés pour se soustraire à ses obligations aux termes des accords commerciaux en répartissant les besoins d'EC en deux DRV (DRV165 et DRV166) de manière à éviter la concurrence et à contourner les dispositions contractuelles de l'OCIM des SSER.

4. À titre de mesure corrective, Netgear a demandé au Tribunal d'annuler le contrat adjugé en réponse à la DRV157 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 DRV157 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. Subsidiairement, 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,

---

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

2. Les quatre DRV en question (c.-à-d. les DRV 157, 165, 166 et 174) ont fait l'objet d'autant de plaintes et reçu chacune leur propre numéro de dossier (c.-à-d. PR-2007-080 à PR-2007-083).

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.

5. Le 8 février 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*<sup>3</sup>. Les présentes plaintes étaient les deuxièmes d'une série de plaintes similaires déposées par Netgear sur lesquelles le Tribunal avait décidé d'enquêter<sup>4</sup>. Ce même jour, le Tribunal a également produit des ordonnances de report d'adjudication de contrat. Le Tribunal n'a toutefois pas jugé que les plaintes se prêtaient à l'adoption de la procédure accélérée de règlement (c.-à-d. la procédure expéditive). Le 12 février 2008, TPSGC a accusé réception des plaintes et informé le Tribunal qu'un contrat avait été adjugé relativement à la DRV157. Par conséquent, le 12 mars 2008, le Tribunal a annulé son ordonnance de report d'adjudication de contrat ayant trait à la DRV157. Le 4 mars 2008, TPSGC a déposé le rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 17 mars 2008, Netgear a déposé ses observations sur le RIF.

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.

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

---

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. Netgear a déposé quatre autres séries de plaintes au sujet d'autres DRV relevant de l'OCIM des SSER sur lesquelles le Tribunal a décidé d'enquêter (dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-075 à PR-2007-077, PR-2007-088, PR-2007-090 à PR-2007-094 et PR-2008-003 à PR-2008-006). Les décisions du Tribunal au sujet des quatre autres séries de plaintes sont toujours en instance.

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. 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 :

***Commandes passées par l'autorité administrative (DGSIT)***

Les commandes relevant de cette offre à commandes ne peuvent dépasser 100 000,00 \$, TPS ou TVH comprise.

***Des commandes multiples NE PEUVENT EN AUCUN CAS être passées pour contourner les limitations énoncées ci-dessus.***

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.

***Commandes passées par l'autorité contractante de TPSGC au moyen du processus de demande de rabais pour volume :***

**Recours au processus de DRV :** Pour les besoins dépassant les limitations précitées de commande, TPSGC produira une demande de rabais pour volume (« DRV »), qui peut aussi être définie comme une demande pour une « meilleure offre finale » (MOF). En plus de ces besoins, TPSGC peut, à sa discrétion, produire une demande de rabais pour volume à l'égard de tout besoin. Le processus de demande de rabais pour volume permet aux offrants de confirmer à TPSGC leur meilleure offre finale à l'égard d'un besoin déterminé pour un ou plusieurs clients.

[...]

[Traduction]

11. La clause suivante a été ajoutée à l'article 14 de l'OCIM des SSER par la modification 001 publiée le 27 décembre 2006 :

**À la page 8 de l'OCIM, article 14), « Procédure de commande/limitations »****Insertion : *Commandes passées par l'autorité administrative (DGSIT)***

Les commandes relevant de cette offre à commandes ne doivent pas dépasser 100 000,00 \$, TPS ou TVH comprise. Les commandes jusqu'à 25 000,00 \$ seront directement traitées par l'autorité administrative de la DGSIT. Pour les commandes de 25 000,01 \$ à 100 000,00 \$, il faudra une justification à l'égard du OEM. [...]

[Traduction]

12. 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	
<b>Exigences :</b>	<b>Pour la fourniture et la livraison des produits suivants [CISCO/NORTEL/HP]<sup>5</sup> 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.</b>

[...]

[Traduction]

13. En janvier 2008, TPSGC a présenté les quatre DRV aux huit détenteurs d'une OCIM des SSER de la catégorie 1.1, y compris à Netgear. Pour chaque DRV, TPSGC s'est vu poser les questions suivantes et a répondu de la même manière<sup>6</sup> :

**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?

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

6. Voir, par exemple, la plainte de Netgear aux pp. 3-4.

**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 [Cisco/Nortel/HP]? L'État a l'obligation de procéder à toutes ses invitations avec impartialité et, en précisant les numéros de pièce [Cisco/Nortel/HP], on nourrit clairement un préjugé en faveur des produits [Cisco/Nortel/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'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 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/Nortel/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 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]

14. Le 18 janvier 2008, Netgear a présenté une proposition en réponse à la DRV157. Elle n'a pas soumissionné dans le cadre des autres DRV.

15. Le 31 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-Unis<sup>7</sup>, a cité dans ses plaintes des dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>8</sup> et de l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>9</sup>. Dans son RIF, TPSGC n'a pas directement abordé la question des accords applicables aux marchés visés par ces plaintes.

17. Bien qu'il n'y ait aucun doute que l'*ALÉNA* s'applique 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 fédérale<sup>10,11</sup>. 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 de l'*ACI* et de l'*ALÉNA* ont en gros le même effet et les allégations de Netgear sont essentiellement les mêmes aux termes de ces deux 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*, 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* 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*.

---

7. 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).

8. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <[http://www.ait-aci.ca/index\\_fr/ait.htm](http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm)> [ACI].

9. *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<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].

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

11. 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](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)>) ne s'applique pas aux marchés visés par ces plaintes, puisque la valeur estimée des produits spécifiés dans chaque DRV n'atteint pas le seuil monétaire applicable aux marchés visés par l'*AMP*.

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. Netgear a allégué qu'il n'était nullement justifié de spécifier les produits par appellation commerciale dans le cas des invitations visées par ces plaintes 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 adjudger 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 incorporées 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.

21. Netgear a soutenu que TPSGC avait, par sa conduite, manifesté un extrême favoritisme envers Cisco, Nortel 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-2001-048<sup>12</sup>, 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.

22. 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 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. Qui plus est, ses agents techniques ont toute la formation et les certifications nécessaires en ce qui concerne les produits de Cisco, Nortel, HP, Foundry Networks Inc., Netgear et autres fabricants et ils avaient largement participé à des essais de compatibilité et d'interfonctionnement de ces mêmes produits. Elle a enfin allégué que l'expérience et la formation de ses agents techniques étaient nettement meilleures et plus étendues que celles du responsable en gestion de réseaux à la DGSIT de TPSGC, lequel 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.

23. Netgear a soutenu que TPSGC a bien dit vouloir uniquement les produits de Cisco, Nortel 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 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 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.

---

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

24. 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-2007-021<sup>13</sup>, 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.

25. 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.

26. 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 à ses circonstances uniques. 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 de la DGSIT en gestion de réseaux<sup>14</sup> :

*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] 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]

27. Compte tenu des circonstances des 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.

---

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

14. Voir le RIF aux pp. 18-19.

28. 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. [...]*

29. 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.

30. 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.

31. TPSGC a demandé que les plaintes soient rejetées et qu'on lui accorde le remboursement de ses frais.

32. 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.

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 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.

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 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.

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 les DRV visées par les présentes plaintes. 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* évoquées ci-dessus.

36. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal se prononcera sur les deux principaux motifs de plainte de Netgear, à savoir que TPSGC a indûment limité l'acquisition aux produits de fournisseurs particuliers et qu'il a structuré les invitations pour se soustraire aux obligations des accords commerciaux en répartissant les besoins d'EC de manière à éviter la concurrence et à contourner les dispositions contractuelles de l'OCIM des SSER.

### **Limitation de l'acquisition aux produits de fournisseurs particuliers**

37. Le Tribunal considère que ce motif de plainte peut se diviser en trois grandes allégations dont il traitera séparément.

#### 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 des divers ministères et qu'il n'a pas justifié son recours à des appellations commerciales dans le cas des invitations visées par les présentes plaintes. 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.

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 de la DGSIT en gestion de réseaux<sup>15</sup>, 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.

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.

---

15. Voir le RIF aux pp. 17-19. Bien que le directeur en gestion de réseaux de la DGSIT ait produit cet avis en date du 22 février 2008 aux fins de l'enquête du Tribunal dans les dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-075 à PR-2007-077 et concerne à ce titre les DRV visées par ces plaintes, TPSGC a maintenu que les éléments de justification fournis étaient également applicables aux circonstances des DRV visées par les présentes plaintes. Le Tribunal les accepte donc aux fins des DRV visées par les présentes plaintes.

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 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.

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 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 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 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 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.

44. Ainsi, le Tribunal admet les éléments de justification de TPSGC comme raisonnables dans les circonstances des DRV visées par ces plaintes. 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 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, 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 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.

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 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.

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'industrie<sup>16</sup>. D'après TPSGC, il n'y a pas d'autres exigences obligatoires de rendement dans le cas des DRV visées par ces plaintes.

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 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.

---

16. RIF, pièce 19 à la p. 3.

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 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 par ces plaintes 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 aux DRV visées par les présentes plaintes, 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]

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 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, Nortel ou HP (selon le cas) 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 les 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 TPSGC<sup>17</sup>.

[Traduction]

54. Malgré les compétences présumées de Netgear et ses affirmations répétées selon lesquelles il n'y a pas de problèmes de compatibilité ni d'interfonctionnement entre ses produits et ceux de Cisco, Nortel ou HP, le Tribunal conclut que, lorsque son mandataire, Trust, a choisi de soumissionner (c.-à-d. dans le cas de la DRV157), 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.

55. 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. Quoi qu'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.

56. 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.

57. 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

---

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

dossier n° PR-2003-001<sup>18</sup> 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.

58. Par conséquent, dans les circonstances où Trust a présenté une soumission (c.-à-d. dans le cas de la DRV157), 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 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 (DRV165, DRV166 et DRV174) 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

59. 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.

60. 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.

61. 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.

62. 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 TPSGC allait à l'encontre des dispositions antidiscriminatoires de l'article 1008 de l'ALÉNA.

### **Répartition des besoins en vue d'éviter la concurrence**

63. Netgear a en outre prétendu que TPSGC avait contrevenu aux accords commerciaux en lançant deux invitations pour EC, à savoir les DRV165 et DRV166, dans le but d'éviter la concurrence. Elle a soutenu que cela constituait une violation de l'article 14 de l'OCIM des SSER qui stipule que « *[d]es commandes multiples NE PEUVENT EN AUCUN CAS être passées pour contourner les limitations énoncées ci-dessus.* »

---

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

64. TPSGC a fait valoir que les allégations de Netgear faisaient appel à une fausse interprétation de l'article 14 de l'OCIM des SSER. Il a soutenu que l'article 14, tel que modifié, stipule qu'une commande peut être passée pour répondre à des besoins d'une valeur estimative de moins de 100 000 \$, c.-à-d. un marché à conclure avec un détenteur d'une OCIM des SSER, si cette mesure est convenablement justifiée<sup>19</sup>. Selon TPSGC, l'article 14 exige le recours à la procédure de DRV seulement pour les besoins de plus de 100 000 \$. TPSGC a maintenu que, dans les quatre DRV visées par ces plaintes, la valeur était de moins de 100 000 \$ et que, malgré cela, il avait choisi d'appliquer la procédure de DRV au lieu de passer une commande à une entreprise. TPSGC a donc soutenu que l'allégation de Netgear selon laquelle il tentait d'éviter la concurrence non seulement était dénuée de tout fondement, mais aussi que l'affirmation contraire est vraie – TPSGC était allé au-delà de ses obligations et avait procédé à chaque acquisition par voie de concours.

65. Le Tribunal considère que TPSGC s'en est tenu aux dispositions de l'OCIM des SSER en agissant comme il l'a fait dans les DRV165 et DRV166. Le Tribunal fait observer que, comme la valeur était relativement peu élevée (valeur estimative de 50 000 \$ et 60 000 \$ respectivement) dans ces DRV<sup>20</sup>, TPSGC avait le droit, en vertu de l'article 14 de l'OCIM des SSER, de passer directement une commande aux entreprises dont les produits étaient demandés à condition de justifier convenablement la mesure prise selon ce que prévoyait cet article. Le Tribunal fait remarquer cependant que TPSGC a néanmoins choisi d'élargir les possibilités de concurrence en appliquant la procédure de DRV dans les deux invitations. Le Tribunal fait aussi remarquer que, dans ces DRV, les produits demandés – ou les équivalents – étaient ceux de deux fabricants distincts, à savoir Cisco (DRV165) et Nortel (DRV166). Pour ces raisons, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

### Frais

66. 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 sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*) et est d'avis que, collectivement, le degré de complexité des présentes plaintes 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 des marchés publics était faible, car ceux-ci visaient la fourniture de produits standard offerts dans le commerce. La complexité des plaintes 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

67. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes ne sont pas fondées.

---

19. Les modalités de l'OCIM des SSER font référence à une justification par un OEM.

20. Plainte de Netgear à la p. 2, para. C.

68. 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. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes, en tant qu'ensemble, 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