



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-2008-038 à  
PR-2008-043

NETGEAR, Inc.

*Décision prise  
le vendredi 12 décembre 2008*

*Décision et motifs rendus  
le jeudi 8 janvier 2009*

EU ÉGARD À six plaintes déposées 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

**PAR**

**NETGEAR, INC.**

**CONTRE**

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES  
GOUVERNEMENTAUX**

### **DÉCISION DU TRIBUNAL**

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur a décidé de ne pas enquêter sur les plaintes.

Serge Fréchette  
Serge Fréchette  
Membre président

Hélène Nadeau  
Hélène Nadeau  
Secrétaire

## EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>1</sup>, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*<sup>2</sup>, déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. De plus, en vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. NETGEAR, Inc. (Netgear), de Santa Clara (Californie), a allégué que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), à l'égard de demandes de rabais pour volume (DRV) pour les invitations n<sup>os</sup> EN869-060297/M (DRV211), EN869-060292/Y (DRV315), EN869-060292/X (DRV316), EN869-060297/N (DRV318), EN869-060297/V (DRV325) et EN869-071750/I (DRV336) 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) :

- 1) a incorrectement limité le marché aux produits de fournisseurs particuliers et appliqué les procédures de passation des marchés d'une manière discriminatoire en spécifiant sans justification des produits par appellation commerciale et en refusant de fournir des renseignements supplémentaires qui, selon Netgear, étaient nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de produits équivalents de préparer leur soumission;
- 2) a fait des déclarations mensongères dans ses répliques à des plaintes et des invitations antérieures en affirmant qu'il n'y avait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire une exigence qu'en spécifiant la marque de commerce et le numéro de la pièce;
- 3) a divulgué, de mauvaise foi, des renseignements confidentiels à des concurrents et à des ministères utilisateurs finaux;
- 4) a aussi fait preuve de discrimination et de partialité contre Netgear en ignorant la demande de Netgear de mettre à jour sa liste de prix publiée (LPP);
- 5) a supprimé des produits de la LPP préalablement approuvée en affirmant incorrectement que ces produits ne faisaient pas partie de la catégorie énoncée dans l'OCIM des SSER;
- 6) en étant conscient de la très courte période d'invitation pour les DRV, a délibérément conçu les DRV pour que seuls les revendeurs des produits portant la marque de commerce demandée puissent gagner;
- 7) à l'égard de la DRV315, de la DRV316 et de la DRV318, a intentionnellement fourni des renseignements trop tard au cours de la période d'invitation pour permettre à Netgear de faire une soumission convenable;
- 8) à l'égard de la DRV325 et de la DRV336, n'a délibérément pas fourni les renseignements nécessaires qui auraient permis à Netgear de faire une soumission convenable;
- 9) a refusé de fournir des renseignements sur les résultats des DRV;

---

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

- 10) a refusé de rencontrer Netgear dans le cadre d'une séance d'information pour lui expliquer pourquoi ses propositions avaient été déclarées non conformes;
- 11) au sujet de l'OCIM des SSER dans son ensemble, a refusé de la modifier tel que Netgear avait demandé et, de plus, a incorrectement annulé l'OCIM de Netgear.

3. Les plaintes de Netgear ont été reçues originalement par le Tribunal le 27 novembre 2008. Toutefois, le Tribunal a conclu que les plaintes de Netgear n'étaient pas conformes aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, qui requiert que soient exposés de façon claire et détaillée les motifs et les faits à l'appui pour que le Tribunal puisse se prononcer. Par conséquent, conformément au paragraphe 30.12(2), à 13 h 38 le 5 décembre 2008, le Tribunal a télécopié une lettre à Netgear dans laquelle il lui demandait des éclaircissements au sujet de l'énoncé suivant : « [...] les entités ne peuvent adopter des spécifications qui restreignent de façon injustifiée et sans nécessité [...] qui deviennent un moyen déguisé d'écartier des fournisseurs en mesure d'offrir une solution "équivalente" au produit portant la marque de produit mentionnée » [traduction]. En se référant aux spécifications, Netgear semble avoir confondu les exigences de TPSGC concernant les soumissions pour les DRV avec sa méthode d'évaluation des soumissions. Par conséquent, les faits à l'appui des plaintes de Netgear à cet égard n'étaient pas clairs pour le Tribunal. Netgear a fourni ses éclaircissements le 10 décembre 2008.

4. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que « [...] le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal [...] doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ». Le paragraphe 6(2) prévoit qu'un fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal « [...] dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ».

5. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre dix de l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>3</sup>, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>4</sup> ou à l'*Accord sur les marchés publics*<sup>5</sup>, selon le cas. En l'espèce, l'*ALÉNA* s'applique aux six DRV et l'*AMP* ne s'applique qu'à la DRV318.

6. Les deux premiers motifs de plainte, qui ont trait à la façon dont TPSGC a formulé les exigences et à l'allégation que TPSGC a menti au sujet de la façon dont il prétend avoir dû décrire les exigences, ont déjà été traités par le Tribunal et, en tant que tel, constituent une question déjà réglée<sup>6</sup>.

---

3. *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].

4. 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)>.

5. 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)> [AMP].

6. Les mêmes motifs de plainte ont été allégués par Netgear dans des plaintes précédentes concernant d'autres DRV publiées dans le cadre de l'OCIM des SSER. Le Tribunal s'est prononcé sur ces motifs de plainte dans les dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-075 à PR-2007-077, PR-2007-080 à PR-2007-083, PR-2007-088, PR-2007-091 à PR-2007-094, PR-2008-003 à PR-2008-006, PR-2008-014 et PR-2008-015, et PR-2008-019.

7. Dans les décisions précédentes, le Tribunal a jugé que Netgear n'avait pas établi que TPSGC n'avait pas livré aux fournisseurs toute l'information nécessaire pour qu'ils puissent préparer une soumission valable et n'a pas été persuadé 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 était d'avis qu'en fournissant une marque de commerce ainsi que les numéros de modèle et de série, les sociétés offrant de l'équipement de réseau devaient être en mesure de déterminer lequel de leurs produits, le cas échéant, seraient entièrement compatibles et interchangeables et pouvaient interfonctionner harmonieusement avec les produits spécifiés dans les DRV. Le Tribunal ne peut trouver aucun ensemble de faits nouveaux qui justifierait un réexamen de ces motifs de plainte.

8. Le troisième motif de plainte, qui concerne la divulgation par TPSGC de renseignements confidentiels, a aussi déjà été traité par le Tribunal<sup>7</sup>.

9. De l'avis du Tribunal, les allégations répétées de Netgear concernant les motifs de plainte ci-dessus frisent l'abus de procédure vexatoire.

10. Au sujet des quatrième et cinquième motifs de plainte, qui concernent le traitement de la LPP de Netgear, le Tribunal est d'avis que de telles procédures relèvent de l'administration des contrats et ne font pas partie en soi de la procédure des marchés publics. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* limite la compétence du Tribunal à « [...] la procédure des marchés publics suivie [...] », ce qui comprend tous les éléments du processus d'approvisionnement jusqu'à l'adjudication du contrat inclusivement. Les questions d'administration de contrats, cependant, ne font pas partie du processus d'enquête du Tribunal ni de sa compétence. De plus, après avoir examiné les plaintes par rapport à ces motifs, le Tribunal ne peut trouver aucune indication raisonnable que les soumissions de Netgear à l'égard des DRV ont été rejetés parce que les produits proposés ne figuraient pas dans la LPP de Netgear. Par conséquent, le Tribunal conclut que Netgear n'a pas démontré que TPSGC soit allé à l'encontre des exigences des accords commerciaux.

11. Au sujet du sixième motif de plainte, l'allégation que TPSGC, étant conscient du processus d'invitation écourté, ait arrangé les DRV pour faire en sorte que seuls les revendeurs des produits de marque demandés puissent gagner, le Tribunal fait remarquer que l'article 14 de l'OCIM des SSER prévoit ce qui suit :

[...]

**Délai pour donner suite à une DRV :** La période normale accordée à un offrant pour donner suite à une DRV sera de quatre (4) jours ouvrables à partir de la date de publication de la DRV. Cette période peut être réduite en cas d'urgence ou prolongée dans le cas d'exigences plus complexes à la discrétion de l'autorité contractante de TPSGC.

[...]

[Traduction]

---

7. Le Tribunal s'est prononcé sur ce motif dans les dossiers n<sup>os</sup> PR-2008-014 et PR-2008-015, et PR-2008-019.

12. Il est clair pour le Tribunal que le principe de base de l'OCIM des SSER était de permettre aux agences gouvernementales et aux entités commerciales de créer un véhicule contractuel consensuel qui autorisait un processus d'approvisionnement écourté. L'OCIM des SSER a été négociée à l'été 2006 et attribuée à des sociétés le 13 octobre 2006. Si Netgear avait des préoccupations à l'égard de cet article de l'OCIM des SSER, elle aurait dû déposer ses plaintes auprès du Tribunal au plus tard 10 jours ouvrables après cette date, soit le 27 octobre 2006. Par conséquent, le Tribunal considère que ce motif de plainte a été déposé après le délai spécifié à l'article 6 du *Règlement*.

13. Au sujet des septième et huitième motifs de plainte, l'allégation que TPSGC ait fourni des renseignements trop tard dans le processus d'invitation pour qu'ils soient utiles à Netgear, ou que TPSGC n'a fourni aucune réponse appropriée, le Tribunal fait remarquer que Netgear allègue que TPSGC était conscient de circonstances particulières du protocole de soumission de Netgear et qu'il a délibérément écourté le délai de réponse de Netgear. Comme le Tribunal l'a fait remarquer ci-dessus au sujet du sixième motif de plainte, l'OCIM des SSER a été établi pour permettre un processus d'approvisionnement écourté. Le Tribunal fait aussi remarquer que Netgear a été en mesure de présenter des soumissions pour toutes six DRV. Par conséquent, en fournissant à tous les titulaires de l'OCIM des SSER les mêmes renseignements au même moment, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas procédé aux acquisitions en ne respectant pas les dispositions des accords commerciaux pertinents.

14. Au sujet des neuvième et dixième motifs de plainte, l'allégation que TPSGC ait refusé de fournir des renseignements concernant les résultats des DRV et de tenir une séance d'information afin d'expliquer pourquoi les propositions de Netgear ont été jugées non conformes, le Tribunal ne peut trouver aucune indication raisonnable que TPSGC n'a pas procédé aux invitations conformément à l'OCIM des SSER et à l'ALÉNA.

15. Le paragraphe 1015(6) de l'ALÉNA stipule ce qui suit :

Une entité devra,

- a. sur demande, informer les fournisseurs participants, dans les moindres délais, des décisions relatives à l'adjudication des marchés, et les en informer par écrit s'ils en font la demande;
- b. sur demande, communiquer aux fournisseurs dont la soumission n'a pas été retenue des renseignements pertinents concernant les raisons du rejet, et les informer des caractéristiques et des avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que du nom de l'adjudicataire.

16. L'OCIM des SSER prévoit ce qui suit :

[...]

**Communication des résultats des DRV :** Tous les offrants qui donnent suite à une DRV seront avisés par écrit des résultats du processus de DRV. Les renseignements suivants seront inclus :

- A) le numéro de la DRV (p. ex. DRV n° 12345-012345);
- B) l'offrant retenu pour la commande subséquente (p. ex. XYZ Inc.);
- C) la valeur de la commande subséquente (p. ex. 000 000,00 \$, TPS/TVH comprise);
- D) le nombre d'offres déposées auprès de TPSGC en réponse à la DRV (p. ex. 5);
- E) le prix évalué proposé par l'offrant auquel l'avis est transmis et le prix évalué de l'offrant sélectionné pour la commande subséquente dans le cadre de la DRV.

À moins d'y être obligé par un tribunal ou un autre organisme d'une administration compétente, le Canada ne divulguera pas les prix unitaires proposés par l'offrant pour donner suite à une DRV. Le Canada n'indiquera pas non plus, dans l'avis portant sur les résultats de la DRV, les quantités précises des articles faisant l'objet d'une commande subséquente.

[...]

[Traduction]

17. Dans ses plaintes, Netgear a fourni des renseignements qui indiquent que, pour un certain nombre de plaintes en question, TPSGC l'a informé des raisons pour lesquelles ses propositions n'avaient pas été retenues. De plus, Netgear a affirmé sans en faire la preuve que « [...] TPSGC avait constamment refusé de lui fournir [l'avis des résultats des DRV mentionné ci-dessus] [...] » [traduction]. Toutefois, le Tribunal ne trouve rien dans les plaintes qui indique que de telles demandes aient été formulées concernant les DRV ou que TPSGC ait refusé de fournir ces renseignements.

18. Au sujet du dernier motif de plainte, l'allégation que TPSGC ait refusé de modifier l'OCIM des SSER comme l'a demandé Netgear et que, par conséquent, Netgear n'ait pas obtenu l'OCIM des SSER pour la période du 31 octobre 2008 au 31 octobre 2010, il ne se rapporte pas aux DRV puisque celles-ci ont été publiées avant la fin de la période initiale de l'OCIM des SSER. Par conséquent, ce motif de plainte ne fournit pas d'indication raisonnable que TPSGC agissait de façon contraire aux accords commerciaux en ce qui concerne les DRV.

19. En termes généraux, en ce qui concerne ce dernier motif de plainte, le Tribunal fait remarquer que l'OCIM des SSER prévoit ce qui suit :

[...]

**12) Prolongement de la durée de validité de l'offre à commandes**

- i) Le Canada a le droit de demander à l'offrant de prolonger la période de commandes subséquentes liées à cette offre à commandes.
- ii) Si la durée de validité de l'offre à commandes était prolongée au-delà de la période initiale, l'offrant s'engage par la présente à fournir les biens/services ci-inclus pendant au maximum quarante-huit (48) mois supplémentaires, par tranche de 24 mois, selon les modalités, les prix et les taux ci-inclus.

[...]

[Traduction]

Il est clair pour le Tribunal que TPSGC a par conséquent le droit de demander à tous les offrants, y compris Netgear, de prolonger leur OCIM des SSER selon les modalités en vigueur. Le Tribunal n'interprète pas cette clause comme signifiant que, en l'espèce, les offrants peuvent suggérer ou demander des modifications à l'OCIM des SSER.

20. Il est aussi clair pour le Tribunal, selon l'échange de courriels entre les deux parties concernant cette question, que Netgear n'a pas signé le prolongement de l'OCIM des SSER tel qu'il se présentait lorsqu'elle l'avait reçu de TPSGC, mais a plutôt tenté d'y apporter des modifications. Lorsqu'il a fait parvenir la modification prolongeant l'OCIM des SSER à Netgear, TPSGC a été clair que, si la modification signée n'était pas reçue par TPSGC au plus tard le 31 octobre 2008, l'OCIM des SSER de Netgear expirerait à cette date. Le Tribunal ne peut donc trouver aucune indication que TPSGC n'a pas bien agi en ne prolongeant pas l'OCIM des SSER de Netgear lorsqu'il n'a pas reçu une copie signée de sa modification à la date limite indiquée.

21. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur les plaintes et tient la question pour réglée.

### DÉCISION

22. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur les plaintes.

Serge Fréchette  
Serge Fréchette  
Membre président