



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2009-001 à
PR-2009-004

NETGEAR, Inc.

*Décision prise
le mercredi 16 avril 2009*

*Décision et motifs rendus
le mardi 5 mai 2009*

EU ÉGARD À des plaintes déposées 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

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.

Diane Vincent

Diane Vincent

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*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², 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. Le 16 avril 2009, NETGEAR, Inc. (Netgear) déposait quatre plaintes auprès du Tribunal en vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* concernant des demandes de rabais pour volume (DRV) dans le cadre des invitations n^{os} EN869-071124/O (DRV302), EN869-060292/X (DRV316), EN869-060297/N (DRV318) et EN869-060297/V (DRV325), produites par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du Conseil du Trésor (DRV302), du ministère de la Défense nationale (MDN) (DRV316), de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (DRV318) et de TPSGC (DRV325), en application de l'offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) n^o EN578-030742/000/EW des Services de soutien de l'équipement de réseau (SSER).

3. Les mêmes DRV avaient fait l'objet de plaintes devant le Tribunal, déposées le 25 juin 2008 à l'égard de la DRV302 et le 10 décembre 2008 à l'égard de la DRV316, de la DRV318 et de la DRV325.

4. Netgear indique que les plaintes actuelles sont fondées sur de nouveaux renseignements concernant les DRV susmentionnées, qui ont été obtenus de TPSGC le 23 mars 2009 au moyen de demandes d'accès à l'information et qui constituent de nouveaux éléments de preuve « qui confirment la validité des motifs antérieurs de plainte ou soulèvent de nouveaux motifs de plainte »³ [traduction].

5. Dans ces plaintes actuelles, Netgear soutient que TPSGC a incorrectement limité le marché à des fournisseurs particuliers de produits d'appellation commerciale et appliqué les procédures de passation des marchés d'une manière discriminatoire et non transparente contre Netgear, contrairement à plusieurs dispositions des accords commerciaux pertinents, lesquels sont, selon Netgear, l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁵ et l'*Accord sur les marchés publics*⁶. Netgear ajoute que TPSGC a, de façon préjudiciable, omis de divulguer les explications concernant les justifications techniques et les besoins opérationnels de l'utilisateur final. Netgear précise que, dans des plaintes antérieures, elle alléguait que « TPSGC avait 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 leur appellation commerciale et en refusant de fournir des renseignements supplémentaires qui étaient nécessaires pour permettre à Netgear (et à d'autres soumissionnaires) de répondre convenablement aux DRV »⁷ [traduction]. Netgear prétend que les nouveaux renseignements confirment que, contrairement à ce que TPSGC soutenait dans les procédures de plainte antérieures, il existe des façons suffisamment précises pour décrire les exigences de marché autrement qu'en indiquant simplement un produit particulier par son appellation commerciale.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Plainte à la p. 1.

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm>.

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

6. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

7. Plainte à la p. 6.

6. Les autres motifs de plainte de Netgear sont des allégations que TPSGC n'a pas :
- transmis aux autorités techniques du ministère client les questions posées pendant les périodes d'invitation;
 - avisé Netgear, conformément aux termes de l'OCIM des SSER, de renseignements relatifs à l'attribution de contrats liés aux DRV susmentionnées⁸.

7. Concernant le premier motif des plaintes actuelles, comme il a été indiqué dans le paragraphe 5, le Tribunal conclut qu'il s'agit essentiellement du même motif de plainte allégué dans les plaintes originales relatives à la DRV302, à la DRV316, à la DRV318 et à la DRV325. Dans les plaintes originales et actuelles à l'égard de la DRV302, de la DRV316, de la DRV318 et de la DRV325, Netgear allègue que TPSGC avait incorrectement limité le marché à des fournisseurs particuliers et appliqué les procédures de passation des marchés d'une manière discriminatoire en spécifiant sans justification des produits par leur appellation commerciale et, de façon inéquitable et préjudiciable, en omettant de divulguer les explications des justifications techniques et les besoins opérationnels de l'utilisateur final.

8. Netgear affirme que les nouveaux renseignements constituent de « nouveaux éléments de preuve » à l'égard de ce motif de plainte et ajoute que les nouveaux éléments de preuve soutiennent les nouveaux motifs de plainte concernant les DRV susmentionnées. Dans le cas des quatre DRV, et concernant l'affirmation de Netgear que ces nouveaux éléments de preuve sont pertinents pour les nouveaux motifs de plainte relativement à l'utilisation d'appellations commerciales par TPSGC, le Tribunal n'a pu trouver d'éléments liés à de nouveaux motifs de plainte dans les plaintes actuelles de Netgear.

9. Concernant la plainte originale relative à la DRV302, le Tribunal a conclu que la plainte avait été déposée après l'expiration du délai prévu au paragraphe 6(2) du *Règlement*⁹, de sorte qu'il n'a pas ouvert d'enquête. En d'autres termes, le Tribunal n'a pas examiné le bien-fondé de l'allégation de Netgear parce qu'il avait conclu que la plainte ne pouvait être entendue en raison de la question procédurale de sa tardivité, qui découle de la prescription légale.

10. À l'égard des plaintes originales relatives à la DRV316, à la DRV318 et à la DRV325, le Tribunal a indiqué que les motifs de plainte « ont déjà été traités par le Tribunal et, en tant que tel, constituent une question déjà réglée »¹⁰. Ainsi, le Tribunal estimait que l'examen du motif de plainte dans les décisions

8. Plainte à la p. 14.

9. Le paragraphe 6(2) du *Règlement* prévoit qu'un fournisseur potentiel qui a présenté à l'autorité contractante une opposition toute plainte ultérieure doit être déposée « 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 ».

10. *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au para. 6.

antérieures suffisait puisque même si les DRV étaient différentes, les circonstances pertinentes étaient fort similaires¹¹. Ce faisant, le Tribunal ne s'est pas prononcé sur la question du délai de dépôt des trois plaintes.

11. Étant donné que les DRV ou les processus de passation de marché qui sont à la source des plaintes originales et actuelles sont les mêmes, que l'allégation relative à ces DRV ou ces processus de passation des marchés, c'est-à-dire celle donnant lieu au premier motif de plainte, est la même et que les parties pertinentes, c'est-à-dire Netgear et TPSGC, sont les mêmes, l'allégation actuelle de Netgear à l'égard du premier motif de plainte constitue une tentative de remettre en litige la même plainte.

12. En ce qui a trait à la DRV302, le Tribunal se doit d'indiquer qu'on ne peut remédier à la prescription légale d'un motif de plainte, qui s'appliquait à la plainte originale, en déposant de nouveaux éléments de preuve, peu importe leur caractère convaincant.

13. En outre, le réexamen du premier motif de plainte de Netgear est assujéti au principe de la chose jugée seulement sur la question procédurale de la tardiveté. Aux termes de ce principe, lorsqu'une décision judiciaire finale a été rendue, une partie ne peut en contester le bien-fondé dans un nouveau litige devant le même tribunal¹². Par conséquent, même si le bien-fondé du premier motif de plainte n'a pas été examiné quant aux faits précis relatifs à la DRV302, ce motif de plainte a été examiné sur le plan procédural relativement à la tardiveté. Le Tribunal ne peut permettre que sa décision antérieure sur la tardiveté fasse l'objet d'une contestation indirecte tentée au moyen du dépôt de nouveaux éléments de preuve relatifs au bien-fondé.

14. Le Tribunal sait qu'il existe une exception très définie au principe de la chose jugée, soit la découverte de nouveaux éléments de preuve qu'on n'aurait pas pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, produire dans le premier litige. Toutefois, cette exception ne s'applique pas en l'espèce puisque les nouveaux éléments de preuve de Netgear, hormis la question de savoir si elle aurait pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, les produire dans le cadre de la plainte originale, ont trait au bien-fondé du premier motif de plainte, et non pas au respect de la procédure sur lequel repose le principe de la chose jugée dans la présente affaire.

15. En outre, concernant l'article 6 du *Règlement*, qui prévoit le délai du dépôt d'une plainte après la découverte d'un motif de plainte, le Tribunal ne peut accepter que la découverte de nouveaux éléments de preuve par Netgear constitue un nouveau fondement de son premier motif de plainte de manière à ce que le Tribunal doive établir de nouveaux délais. Si le Tribunal acceptait un tel raisonnement, il ferait face à la

11. Dans les dossiers n^{os} PR-2008-038 à PR-2008-043, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

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.

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.

12. *Wavel Venture Corp. v. Constantini*, [1997] 4 W.W.R. 194.

possibilité de plusieurs contestations indirectes par rapport aux procédures de plainte terminées. Le fondement du premier motif de plainte de Netgear était l'avis officiel de refus de réparation reçu le 10 juin 2008, comme il est énoncé dans le dossier n° PR-2008-019¹³. Ainsi, l'affirmation de Netgear que sa nouvelle procédure de plainte respecte les délais puisqu'elle a été déposée dans les 10 jours ouvrables suivant le 23 mars 2009¹⁴ ne fait que jeter de la confusion sur la question légale du respect des délais, laquelle a trait au moment de la connaissance du motif de plainte plutôt qu'au moment de la réception des éléments de preuve.

16. À l'égard de la DRV316, de la DRV318 et de la DRV325, le Tribunal souligne ce qui suit à l'examen des documents joints aux plaintes actuelles :

- pendant le processus de passation du marché, on a posé des questions afin d'obtenir notamment de TPSGC les exigences techniques, les spécifications, les configurations de produits et la justification de ces exigences plutôt que simplement une appellation commerciale et un code de produits;
- TPSGC a répondu par la négative aux demandes de renseignements supplémentaires;
- Netgear a déposé une plainte.

17. Le Tribunal souligne que la date de la réponse de TPSGC constitue le moment où Netgear « a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus » relatif à son motif de plainte.

18. En d'autres termes, la date à laquelle TPSGC a répondu aux questions est la date où commencent à s'écouler les « 10 jours ouvrables » prévus par le paragraphe 6(2) du *Règlement*. Pour ne pas se faire opposer la prescription, Netgear aurait dû déposer son motif de plainte dans les 10 jours ouvrables suivant la réception des réponses de TPSGC.

19. Selon les documents accompagnant les plaintes actuelles, Netgear a reçu les réponses de TPSGC aux questions relatives aux exigences techniques le 28 août 2008 (DRV316¹⁵ et DRV318¹⁶) et le 5 septembre 2008 (DRV325¹⁷). Dans sa décision rendue dans les dossiers n°s PR-2008-038 à PR-2008-043, le Tribunal déclarait que la plainte de Netgear avait été reçue le 27 novembre 2008 et avait été considérée déposée seulement le 10 décembre 2008 après que Netgear avait répondu à une question posée par le Tribunal aux fins d'éclaircissement¹⁸. Cela indique que le premier motif de plainte dans les plaintes originales avait été déposé bien après le délai de 10 jours ouvrables prévu au paragraphe 6(2) du *Règlement*, soit le 12 septembre 2008 pour la DRV316 et la DRV318 et le 19 septembre 2008 pour la DRV325.

20. Par conséquent, même si le Tribunal ne s'est pas penché sur la question du respect du délai de dépôt de la plainte dans les procédures de plainte originales, le Tribunal peut conclure à la lumière des éléments de preuve au dossier qu'en ce qui concerne la DRV316, la DRV318 et la DRV325, le premier motif de plainte dans les procédures actuelles de plainte est prescrit. Ainsi, en ce qui a trait au premier motif de plainte, tous les éléments de la décision du Tribunal déjà énoncés à l'égard de la DRV302 sont applicables à la DRV316, à la DRV318 et à la DRV325 et doivent être considérés comme s'appliquant. De plus, puisque les nouveaux

13. *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (2 juillet 2008), PR-2008-019 (TCCE) à la p. 2.

14. Plainte à la p. 15.

15. Plainte, pièce jointe 9 aux pp. 2-5.

16. Plainte, pièce jointe 3 aux pp. 12-15.

17. Plainte, pièce jointe 4 à la p. 34.

18. *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au para. 3.

éléments de preuve présentés par Netgear ne peuvent faire l'objet d'une enquête à l'égard de ces DRV étant donné le dépôt tardif de Netgear, le Tribunal demeure d'avis que ce motif de plainte est lié à une question qui a déjà été tranchée par le Tribunal.

21. Concernant le deuxième motif de plainte, soit que TPSGC n'a pas transmis les questions à l'autorité technique désignée du ministère client, le Tribunal ne peut rien trouver dans l'OCIM des SSER ou dans les accords commerciaux qui dicte la manière dont de telles questions doivent être traitées. Le Tribunal est d'avis que la façon dont l'institution fédérale obtient des réponses à des questions posées pendant une procédure de passation d'un marché public est une question interne qui relève entièrement du pouvoir discrétionnaire de cette institution fédérale. Ainsi, le Tribunal conclut que le deuxième motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

22. Concernant le troisième motif de plainte, soit que contrairement au paragraphe 14 de l'OCIM, TPSGC n'a pas avisé Netgear de l'attribution des contrats, le Tribunal souligne que le paragraphe 14 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]

23. Concernant la DRV302, puisque Netgear n'a présenté aucune proposition, le Tribunal conclut qu'elle ne satisfait pas à l'exigence d'être un offrant qui a répondu à une DRV et que, par conséquent, TPSGC n'est pas tenu en vertu du paragraphe 14 de l'OCIM de fournir à Netgear l'avis et les renseignements énumérés.

24. Concernant la DRV316, la DRV318 et la DRV325 pour lesquelles Netgear a, en effet, soumis des propositions, il est possible d'invoquer l'argument qu'aux termes d'une indication formulée dans les plaintes de Netgear, celle-ci a reçu les renseignements de TPSGC au moyen de demandes d'accès à l'information. De toute manière, le Tribunal souligne que le paragraphe 14 de l'OCIM ne contient aucun délai précis pour la remise de l'avis et des renseignements énumérés. Le Tribunal conclut donc à l'absence d'indication que TPSGC a contrevenu à la spécification contenue au paragraphe 14. Par conséquent, le Tribunal conclut que le troisième motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

25. Comte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur les plaintes et considère la question pour réglée puisque le premier motif de plainte, étant prescrit, ne peut être réexaminé par le Tribunal, tandis que les deuxième et troisième motifs n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

DÉCISION

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

Diane Vincent

Diane Vincent

Membre président