



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2009-044 et
PR-2009-045

1091847 Ontario Ltd.

*Décision prise
le mercredi 16 septembre 2009*

*Décision et motifs rendus
le mercredi 30 septembre 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

1091847 ONTARIO LTD.

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.

Ellen Fry

Ellen Fry

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. 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 9 septembre 2009, 1091847 Ontario Ltd. déposait deux plaintes auprès du Tribunal aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* concernant deux demandes d'offre à commandes (DOC) en vue de la fourniture d'équipement de réseau, soit l'invitation n° EN578-030742/G (PR-2009-044) et l'invitation n° EN578-030742/H (PR-2009-045), émises au nom de divers ministères gouvernementaux.

3. 1091847 Ontario Ltd. soulève 15 motifs de plainte et déclare que les motifs s'appliquent aux deux DOC. Le Tribunal aborde chaque motif séparément et, sauf indication contraire, ses conclusions s'appliquent aux deux plaintes.

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 que le 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. Autrement dit, une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle a pris connaissance des faits à l'origine de l'opposition, ou suivant la date où elle aurait dû vraisemblablement les découvrir, soit pour présenter une opposition auprès de l'institution fédérale, soit pour déposer une plainte auprès du Tribunal. Si une partie plaignante présente une opposition auprès de l'institution fédérale dans le délai prévu, 1091847 Ontario Ltd. peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où elle a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation de l'institution fédérale.

6. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par 1091847 Ontario Ltd. démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³, au chapitre cinq de

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. *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° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

l'Accord sur le commerce intérieur⁴, à l'Accord sur les marchés publics⁵ ou au chapitre Kbis de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili⁶, selon le cas. En l'espèce, tous les accords commerciaux s'appliquent.

MOTIF 1

7. 1091847 Ontario Ltd. allègue que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) a attribué à tort des offres à commandes principales et nationales (OCPN) à des titulaires actuels d'offres à commandes individuelles et ministérielles (OCIM) sans appel d'offres et n'a pas donné à de nouveaux fournisseurs l'occasion de soumissionner.

8. Le 13 mai 2009, TPSGC publiait l'invitation n° EN578-030742/G, qui visait à « [...] renouveler l'offre à commandes principale et nationale des services de soutien de l'équipement de réseau [...] pour permettre à de nouveaux soumissionnaires d'être admissibles et d'être ajoutés à la liste des titulaires d'OCPN publiée en octobre 2006 [...] » [traduction]. Le 9 juin 2009, TPSGC publiait l'invitation n° EN578-030742/H, qui visait à « [...] ajouter des nouvelles catégories d'équipement de réseau [...] » [traduction].

9. Les invitations n°s EN578-030742/G et EN578-030742/H donnent à de nouveaux fournisseurs l'occasion de soumissionner pour une OCPN. De plus, les documents d'appels d'offres ne contiennent aucune restriction apparente sur le nombre de titulaires possibles d'offres à commandes ni sur l'ordre dans lequel les commandes doivent être offertes aux titulaires d'offres à commandes. Il est donc improbable que 1091847 Ontario Ltd. subisse un préjudice en raison de l'attribution d'OCPN à des titulaires d'OCIM actuels sans appel d'offres. Par conséquent, le Tribunal conclut que les plaintes, pour ce motif, n'indiquent pas de façon raisonnable que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 2

10. 1091847 Ontario Ltd. allègue que TPSGC doit exiger de tous les titulaires d'OCPN actuels qu'ils soumissionnent dans le cadre de l'invitation n° EN578-030742/G s'ils veulent se faire attribuer une OCPN de services de soutien de l'équipement de réseau (SSER) en vertu de cette nouvelle DOC.

11. TPSGC publiait la modification n° 005 à l'invitation n° EN578-030742/G le 5 juillet 2009. La question 28 prévoit ce qui suit : « [...] dans quels cas un "titulaire actuel d'OCPN de SSER" doit-il présenter une proposition, maintenant en 2009 [...] » [traduction]. La réponse prévoit ce qui suit : « Un titulaire actuel d'offre à commandes de SSER n'est pas tenu de présenter une proposition sauf s'il vise de nouveau une application qui a évolué et à laquelle la catégorisation initiale ne correspond plus ou s'il veut être admissible pour une catégorie pour laquelle il ne l'est pas actuellement. [...] » [traduction].

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

5. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

6. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997). Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

12. Le Tribunal considère que 1091847 Ontario Ltd. connaissait ou aurait dû vraisemblablement connaître le fondement de ce motif de plainte le 5 juillet 2009 à la publication de la modification n° 005. Pour respecter les exigences de l'article 6 du *Règlement*, 1091847 Ontario Ltd. aurait dû déposer sa plainte (PR-2009-044) auprès du Tribunal ou présenter une opposition à TPSGC au plus tard le 20 juillet 2009. 1091847 Ontario Ltd. affirme avoir présenté une opposition à TPSGC le 23 juillet 2009, soit après la date limite prescrite pour la présentation d'une opposition. De plus, 1091847 Ontario Ltd. a déposé sa plainte (PR-2009-044) auprès du Tribunal le 9 septembre 2009, soit après la date limite prescrite pour le dépôt d'une plainte. Par conséquent, à l'égard du motif 2 relatif à l'invitation n° EN578-030742/G, le Tribunal considère que la plainte (PR-2009-044), pour ce motif, n'a pas été déposée dans le délai prescrit.

13. À l'égard du motif 2 relatif à l'invitation n° EN578-030742/H, TPSGC a publié un appel d'offres concurrentiel sous forme de cette invitation pour donner aux fournisseurs l'occasion d'ajouter de nouvelles catégories d'équipement. Tous les fournisseurs, y compris les titulaires d'une offre à commandes, devaient soumissionner pour ajouter de nouvelles catégories d'équipement à l'offre à commandes. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte (PR-2009-045), pour ce motif, n'indique pas de façon raisonnable que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 3

14. 1091847 Ontario Ltd. allègue que TPSGC n'a pas respecté les modalités des OCIM.

15. Selon les plaintes⁷, la clause 7.3 des OCIM prévoyait ce qui suit :

À chaque deux ans (c.-à-d. la date anniversaire de l'établissement des OCIM des SSER et la date de leur renouvellement), TPSGC informera l'industrie au moyen du SEAO MERX de l'occasion pour de nouveaux soumissionnaires de devenir des soumissionnaires admissibles pour les OCIM des SSER.

Les nouveaux processus d'admissibilité des soumissionnaires et d'évaluation des offres seront identiques à ceux qui sont exposés en détail dans la DOC de SSER n° EN578-030742/D.

[Traduction]

16. 1091847 Ontario Ltd. soutient qu'étant donné que les OCIM des SSER ont commencé le 1^{er} novembre 2006, TPSGC était tenu d'informer l'industrie de l'occasion pour de nouveaux soumissionnaires de devenir admissibles à la date anniversaire, soit le 1^{er} novembre 2008. TPSGC a plutôt attribué des OCPN à des titulaires d'OCIM sans appel d'offres.

17. Le Tribunal considère que 1091847 Ontario Ltd. connaissait ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de ses plaintes le ou autour du 1^{er} novembre 2008, lorsqu'elle aurait appris que TPSGC n'avait pas informé l'industrie, comme l'indique l'OCIM. Afin de respecter les exigences de l'article 6 du *Règlement*, 1091847 Ontario Ltd. aurait dû déposer ses plaintes auprès du Tribunal ou présenté une opposition à TPSGC dans les 10 jours ouvrables suivant la date où elle a découvert, ou aurait dû vraisemblablement découvrir, son motif de plainte. 1091847 Ontario Ltd. affirme avoir présenté des oppositions à TPSGC le 23 juillet 2009 (invitation n° EN578-030742/G) et le 31 juillet 2009 (invitation n° EN578-030742/H), soit après les délais prescrits pour présenter des oppositions. De plus, 1091847 Ontario Ltd. déposait ses plaintes auprès du Tribunal le 9 septembre 2009, soit après la date limite prescrite pour le dépôt d'une plainte. Par conséquent, le Tribunal considère que ce motif de plainte n'a pas été déposé dans le délai prescrit.

7. Plainte à la p. 40.

MOTIF 4

18. 1091847 Ontario Ltd. allègue que TPSGC a refusé de répondre à des questions opérationnelles légitimes pendant le processus de demande de rabais pour volume (DRV). Elle soutient qu'elle a découvert ce motif de plainte alors qu'elle s'enquerrait des processus de commandes des OCIM et des DRV.

19. Ce motif de plainte a trait à des événements qui se sont produits dans le passé à l'égard de l'OCIM actuel et ne paraît pas lié aux marchés actuels. Le processus de DRV fait partie du processus de commandes qui s'applique après la délivrance d'une offre à commandes.

20. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit :

Tout *fournisseur potentiel* peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte.

[Nos italiques]

21. L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* définit comme suit l'expression « fournisseur potentiel » :

« fournisseur potentiel » Sous réserve des règlements pris en vertu de l'alinéa 40*f.1*), *tout soumissionnaire – même potentiel – d'un contrat spécifique*.

[Nos italiques]

22. La définition du terme « fournisseur potentiel » à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* exige que l'expression « tout soumissionnaire – même potentiel » ne soit pas interprétée isolément, mais plutôt dans le contexte d'un « contrat spécifique ».

23. Aucun élément de preuve n'indique que 1091847 Ontario Ltd. était un fournisseur potentiel dans le cadre de l'OCIM. Par conséquent, le Tribunal conclut que 1091847 Ontario Ltd. n'est pas un fournisseur potentiel, de sorte qu'elle n'a pas qualité pour déposer ses plaintes pour ce motif.

MOTIF 5

24. 1091847 Ontario Ltd. allègue que TPSGC a refusé de fournir aux soumissionnaires les « justifications OEM [fabricant d'équipement original] » [traduction] et que « la justification "aucun produit de remplacement" a été utilisée par le passé comme processus voilé pour éviter la concurrence » [traduction] dans le cadre des DOC liées aux OCIM. Elle demande que TPSGC soit tenu de fournir ces justifications aux soumissionnaires lorsqu'on le lui demande dans le cadre des DOC en question.

25. La nécessité de ces justifications qui est alléguée par 1091847 Ontario Ltd. ne se présenterait que lors du processus de commande, de sorte qu'elle ne s'applique pas à cette étape de la procédure de passation du marché public. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 6

26. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Produits équivalents » dans les deux invitations⁸ est discriminatoire, puisque c'est la façon dont TPSGC a procédé dans le passé pour permettre aux exigences de DRV d'être définies par l'utilisation d'une marque particulière et d'un numéro de modèle. Selon elle, la clause n'est donc pas conforme au paragraphe 1008(2) de l'*ALÉNA*.

27. Le paragraphe 1008(2) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

[...] chacune des Parties fera en sorte que ses entités

- a. ne communiquent pas à un fournisseur des renseignements se rapportant à tel ou tel marché, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, et
- b. ouvrent à tous les fournisseurs le même accès aux renseignements concernant un marché, au cours de la période précédant la publication de tout avis ou de toute documentation relative à l'appel d'offres.

28. Les deux invitations en question contiennent les conditions qui s'appliqueraient pour permettre aux soumissionnaires de proposer des produits équivalents si un client désignait un produit au moyen d'une marque. Rien n'indique, de façon raisonnable, que cette clause ne respect pas les accords commerciaux pertinents. À moins que l'institution fédérale ne se sera prévale de cette clause, la crainte qu'elle pourrait y donner suite de manière à contrevenir aux accords commerciaux est purement hypothétique. Par conséquent, le Tribunal conclut que, pour ce motif, les plaintes n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 7

29. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Délai de réponse à la DRV » [traduction] figurant dans les deux invitations⁹ n'est pas conforme au paragraphe 1012(1) de l'*ALÉNA*. Elle demande un délai de réponse de 15 jours ouvrables plutôt que les 4 jours ouvrables prévus dans l'invitation.

30. Le paragraphe 1012(1) de l'*ALÉNA* prévoit qu'une entité doit « [...] fixer des délais suffisants pour permettre aux fournisseurs [...] de préparer et de déposer leurs soumissions [...] » et qu'en fixant des délais conformes à ses besoins raisonnables, une entité doit « [...] tenir compte [...] de facteurs tels que la complexité de l'achat projeté, l'importance des soustraitances à prévoir [...] ».

31. La clause de délai de réponse à la DRV prévoit que le délai normal dont disposent les soumissionnaires pour soumettre leurs réponses est de quatre jours ouvrables; toutefois, la clause prévoit aussi que le délai peut être réduit ou prolongé au gré de l'autorité contractante de TPSGC. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que rien n'indique, de façon raisonnable, que cette clause ne respecte pas les accords commerciaux pertinents. À moins que l'institution fédérale ne se prévale de cette clause, la crainte qu'elle pourrait y donner suite de manière à contrevenir aux accords commerciaux est purement hypothétique. Par conséquent, le Tribunal conclut que, pour ce motif, les plaintes n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

8. Plainte, pièce A, invitation n° EN578-030742/G à la p. 43 et pièce B, invitation n° EN578-030742/H à la p. 47.

9. Plainte, pièce A, invitation n° EN578-030742/G à la p. 41 et pièce B, invitation n° EN578-030742/H à la p. 45.

MOTIF 8

32. 1091847 Ontario Ltd. se plaint du fait que TPSGC ne permet pas aux soumissionnaires de poser des questions à l'autorité technique du ministère utilisateur final, même si ces questions sont posées par l'entremise de l'autorité contractante de TPSGC. La manière dont TPSGC traite les questions des fournisseurs relève de son pouvoir discrétionnaire, sous réserve du paragraphe 1013(2) de l'*ALÉNA*, qui prévoit que l'entité doit « [...] répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable de renseignements pertinents concernant l'appel d'offres qui sera faite par un fournisseur participant, à condition que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'adjudication ». Les accords commerciaux ne prévoient aucune obligation pour TPSGC de transmettre des questions à une autorité technique d'un ministère. Par conséquent, le Tribunal conclut que, pour ce motif, les plaintes n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 9

33. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Démonstration ou essai de compatibilité » [traduction] dans les deux invitations¹⁰ n'est pas conforme au paragraphe 1008(1) de l'*ALÉNA* ni à l'alinéa 504(3)g de l'*ACI*. Elle soutient que depuis le début des OCIM, le 1^{er} novembre 2006, TPSGC n'a permis aucun essai et que, puisque les essais relèvent du pouvoir discrétionnaire de TPSGC, cela est devenu un moyen déguisé d'éviter la concurrence

34. Le paragraphe 1008(1) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

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
- b. soient conformes au présent article et aux articles 1009 à 1016.

35. L'alinéa 504(3)g de l'*ACI* a été supprimé le 2 mai 2007 conformément au septième protocole de modification, de sorte qu'il ne s'applique pas aux actes de TPSGC dans la période donnée.

36. La clause de démonstration ou d'essai de compatibilité indique que TPSGC a le pouvoir discrétionnaire de l'invoquer lorsqu'un soumissionnaire propose un produit équivalent. 1091847 Ontario Ltd. semble demander qu'il soit obligatoire pour TPSGC d'invoquer cette clause. L'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans la clause ne semble pas contrevenir aux accords commerciaux. Concernant la manière dont la clause est utilisée, à moins que l'institution fédérale ne se prévale de cette clause, la crainte qu'elle pourrait y donner suite de manière à contrevenir aux accords commerciaux est purement hypothétique. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 10

37. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Communication des résultats de la DRV » [traduction] figurant dans les deux invitations¹¹ n'est pas conforme aux alinéas 1015(6)a) et 1015(6)b) ni au paragraphe 1015(7) de l'*ALÉNA*, puisque TPSGC a refusé d'honorer les conditions de la clause par le passé. 1091847 Ontario Ltd. soutient que, par le passé, TPSGC a refusé de rencontrer les titulaires d'OCIM pour les renseigner sur les résultats d'une DRV.

10. Plainte, pièce A, invitation n° EN578-030742/G à la p. 42 et pièce B, invitation n° EN578-030742/H à la p. 46.

11. *Ibid.*

38. L'article 1015 de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :
6. 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.
 7. Au plus tard 72 jours après l'adjudication d'un marché, une entité devra faire paraître, dans la publication appropriée figurant à l'annexe 1010.1, un avis contenant les renseignements suivants :
 - a. la nature et la quantité des produits ou des services qui auront fait l'objet de l'adjudication;
 - b. le nom et l'adresse de l'entité qui aura adjudgé le marché;
 - c. la date de l'adjudication;
 - d. le nom et l'adresse de chacun des adjudicataires;
 - e. la valeur du marché, ou la soumission la plus élevée et la soumission la plus basse prises en considération dans l'adjudication du marché;
 - f. la procédure d'appel d'offres utilisée.

39. Par conséquent, la clause de communication des résultats de la DRV s'applique après la fin du processus de DRV. À l'examen de la clause, le Tribunal conclut que, telle qu'elle est rédigée, elle ne contrevient pas aux accords commerciaux pertinents puisqu'elle prévoit que des renseignements appropriés seront fournis à tous les soumissionnaires qui répondent à une DRV. Concernant la manière dont la clause est utilisée, à moins que l'institution fédérale ne se prévale de cette clause, la crainte qu'elle pourrait y donner suite de manière à contrevenir aux accords commerciaux est purement hypothétique. Par conséquent, le Tribunal conclut que, pour ce motif, les plaintes n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 11

40. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Produits équivalents » [traduction] dans les deux invitations¹², qui permet aux soumissionnaires de proposer une marque, un modèle ou un numéro de pièce donné ou un produit équivalent, n'est pas conforme au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*. Selon elle, les utilisateurs gouvernementaux devraient pouvoir définir leurs exigences sans préciser de marque, de modèle ou de numéro de pièce. Elle soutient que les spécifications de marque ne sont pas généralement connues dans l'industrie et que la désignation d'une marque particulière dans les documents d'invitation ne fournit pas à elle seule un point de référence pratique. 1091847 Ontario Ltd. soutient que, par le passé, TPSGC a suivi la stratégie de ne pas fournir les spécifications techniques des marques désignées et contrevient aux accords commerciaux.

12. Plainte, pièce A, invitation n° EN578-030742/G à la p. 43 et pièce B, invitation n° EN578-030742/H à la p. 47.

41. Le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

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.

42. Les deux invitations en question contiennent les conditions qui s'appliquent lorsqu'un client précise un produit par marque. Le Tribunal est d'avis que, telle que rédigée, cette clause ne semble pas contrevenir aux accords commerciaux pertinents. La clause prévoit la proposition de produits équivalents, conformément au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*. Concernant l'utilisation de la clause, à moins que l'institution fédérale ne se prévale de cette clause, la crainte qu'elle pourrait y donner suite de manière à contrevenir aux accords commerciaux est purement hypothétique. Par conséquent, le Tribunal conclut que, pour ce motif, les plaintes n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 12

43. 1091847 Ontario Ltd. allègue que la clause « Attestation OEM » [traduction] figurant dans les deux invitations¹³ est restrictive. La clause oblige les soumissionnaires à joindre à leur offre une attestation signée par l'OEM (si le soumissionnaire n'est pas l'OEM) qui indique à TPSGC que l'OEM autorise le soumissionnaire à fournir ses produits aux termes d'une éventuelle offre à commandes.

44. 1091847 Ontario Ltd. soutient que certains OEM n'attestent que certains de leurs fournisseurs autorisés préférés ou parfois n'attestent qu'un fournisseur pour la présentation d'une soumission à une invitation ou à une DRV particulière, ce qui ne permet pas à d'autres revendeurs autorisés par des OEM de participer.

45. Les accords commerciaux ne paraissent pas contenir de disposition limitant le pouvoir discrétionnaire d'un OEM de décider avec qui il décide de faire affaires puisque les exigences qu'ils établissent portent sur les actes des institutions fédérales et non pas des tiers. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 13

46. 1091847 Ontario Ltd. allègue qu'en refusant de tenir une conférence des soumissionnaires ou de fournir une lettre d'intérêt ou une demande de renseignements pour ces nouvelles DOC, TPSGC a contrevenu à l'article 1008 de l'*ALÉNA*. Elle soutient qu'il y a eu une lettre d'intérêt, une demande de renseignements et une téléconférence des soumissionnaires en 2006 et qu'elle est d'avis que les fournisseurs qui ont participé à ces procédures jouissent d'un avantage par rapport aux nouveaux soumissionnaires.

47. Tout avantage que la conférence des soumissionnaires de 2006 pourrait avoir conféré aux fournisseurs qui y ont participé est compensé, à tout le moins dans une certaine mesure, par le fait que les DOC actuelles prévoient que les soumissionnaires peuvent poser des questions concernant la procédure de passation du marché public et les produits recherchés. De plus, il ne semble pas y avoir de restriction sur le nombre de fournisseurs qui peuvent se faire attribuer une offre à commandes ni de classement des titulaires

13. Plainte, pièce A, invitation n° EN578-030742/G à la p. 23 et pièce B, invitation n° EN578-030742/H à la p. 27.

d'offre à commandes. Par conséquent, les éléments de preuve n'indiquent pas que les soumissionnaires admissibles aux termes des OCIM en 2006 font concurrence aux nouveaux soumissionnaires qui cherchent à se faire ajouter à l'OCPN. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 14

48. 1091847 Ontario Ltd. allègue qu'il y a des « [...] modalités restrictives ne permettant que les produits d'un OEM dans une catégorie et ne permettent même pas différents [OEM] dans différentes catégories » [traduction]. Selon 1091847 Ontario Ltd., TPSGC a contrevenu à l'article 1008 de l'ALÉNA et aux alinéas 504(3)b) et 504(3)g) de l'ACI, en ce que la méthodologie proposée limitera considérablement la concurrence.

49. Les question et réponse 62 dans la modification n° 001 à l'invitation n° EN578-030742/G prévoient ce qui suit :

Q62. Si un soumissionnaire désire représenter plus d'un OEM et offrir des produits de plus d'un OEM dans une seule catégorie, le Canada souhaite-t-il que ces présentations soient divisées en propositions distinctes pour chaque OEM – conformément à la première version de l'OCIM – ou le Canada acceptera-t-il une soumission unique des produits multiples offerts dans une catégorie de la part de plus d'un OEM?

R62. Compte tenu de la méthodologie utilisée dans l'évaluation des soumissions, une soumission distincte doit être présentée pour chaque OEM proposé.

[Traduction]

50. 1091847 Ontario Ltd. soutient que la réponse qui précède fait en sorte que TPSGC empêche les soumissionnaires de présenter des propositions visant plusieurs produits de haute gamme dans une catégorie ou dans plusieurs catégories de plus d'un OEM.

51. La réponse qui précède semble indiquer que la méthodologie exigée par TPSGC pour la présentation des soumissions n'empêche pas le soumissionnaire d'offrir des produits de plus d'un OEM dans une seule catégorie; au contraire, elle semble indiquer simplement qu'il doit y avoir des documents distincts pour chaque OEM. Par conséquent, puisque les dispositions des invitations ne paraissent pas être celles que décrit le motif de plainte, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

MOTIF 15

52. 1091847 Ontario Ltd. allègue que TPSGC a refusé de lui fournir un rapport indiquant le nombre total et les montants en dollars de toutes les commandes de SSER et d'attributions de DRV par OEM par catégorie depuis le 1^{er} novembre 2006.

53. 1091847 Ontario Ltd. affirme qu'elle a besoin de ces statistiques puisque ses OEM les ont demandées et qu'ils ne veulent pas soumissionner sans elles. 1091847 Ontario Ltd. déclare que l'omission de fournir ces renseignements contrevient au paragraphe 1015(7) de l'ALÉNA. 1091847 Ontario Ltd. ajoute qu'aucun des renseignements détaillés énoncés au paragraphe 1015(7) n'a été publié concernant les commandes aux termes du processus d'OCIM qui a débuté le 1^{er} novembre 2006.

54. Le paragraphe 1015(7) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

Au plus tard 72 jours après l'adjudication d'un marché, une entité devra faire paraître, dans la publication appropriée figurant à l'annexe 1010.1, un avis contenant les renseignements suivants :

- a. la nature et la quantité des produits ou des services qui auront fait l'objet de l'adjudication;
- b. le nom et l'adresse de l'entité qui aura adjudgé le marché;
- c. la date de l'adjudication;
- d. le nom et l'adresse de chacun des adjudicataires;
- e. la valeur du marché, ou la soumission la plus élevée et la soumission la plus basse prises en considération dans l'adjudication du marché;
- f. la procédure d'appel d'offres utilisée.

55. Les renseignements que 1091847 Ontario Ltd. a demandés ont trait à des commandes aux termes d'une offre à commandes. La clause de communication des résultats de la DRV énonce les renseignements que TPSGC fournira à tous les soumissionnaires qui répondent à une DRV. Le rapport que 1091847 Ontario Ltd. a demandé n'est pas visé par la clause de communication des résultats de la DRV ni par l'article 1015 de l'*ALÉNA*¹⁴.

56. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'indique pas, de façon raisonnable, que la procédure des marchés publics n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

DÉCISION

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

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

14. Par exemple, 1091847 Ontario Ltd. soutient avoir sollicité auprès de TPSGC un rapport indiquant le nombre total d'attributions de DRV par catégorie d'OEM.