



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2009-080 à
PR-2009-087, PR-2009-092 à
PR-2009-102 et PR-2009-104 à
PR-2009-128

Enterasys Networks of Canada
Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le lundi 21 juin 2010*

*Motifs rendus
le mercredi 21 juillet 2010*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
CONTEXTE.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	7
MOTIFS DE PLAINTE NE DONNANT PAS LIEU À L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE.....	12
Dossiers n ^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087	12
Dossiers n ^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102	14
Dossiers n ^{os} PR-2009-104 à PR-2009-128	14
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	15
Requêtes d'Enterasys demandant la production de documents.....	15
Demande par CCSI au Tribunal de déclarer M. Weedon un plaideur vexatoire	18
Requête en radiation de certains documents du dossier présentée par CCSI	19
Nouveaux motifs de plainte dans les observations d'Enterasys sur le RIF	21
Argument de TPSGC sur la compétence	21
Plaintes rejetées.....	22
ANALYSE	22
Utilisation d'appellations commerciales — sixième motif.....	23
Analyse de la majorité.....	26
Opinion dissidente du Membre Vincent concernant le sixième motif.....	33
Suffisamment de renseignements et de temps pour permettre aux fournisseurs de démontrer l'équivalence — cinquième et septième motifs.....	39
ANALYSE.....	44
Classement des marchandises sous la catégorie 1.1/1.2 — premier, deuxième et troisième motifs de tous les regroupements de plaintes et huitième motif des dossiers n ^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128.....	49
Analyse.....	52
Analyse individuelle des DRV	58
MESURE CORRECTIVE ET FRAIS.....	68
Mesure corrective	68
Frais	70
Analyse de la majorité concernant les frais des plaintes	70
Analyse distincte du Membre Vincent concernant les frais des plaintes	71
DÉCISION DU TRIBUNAL	71

EU ÉGARD À des plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET À LA SUITE DES décisions d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE

ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LTD.

Partie plaignante

ET

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

Institution fédérale

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, les plaintes suivantes sont rejetées pour le motif qu'elles ne sont pas fondées :

- PR-2009-108 — Invitation n° W0106-09613B/A (DRV 695)
- PR-2009-118 — Invitation n° W010S-10D282/A (DRV 711)
- PR-2009-121 — Invitation n° W6369-10P5GG/A (DRV 685)

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte suivante n'est pas fondée :

- PR-2009-100 — Invitation n° B8217-090660/A (DRV 636)

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 suivantes sont fondées en partie :

- PR-2009-092 — Invitation n° 45045-090105/A (DRV 650)
- PR-2009-093 — Invitation n° 45045-090104/A (DRV 651)
- PR-2009-117 — Invitation n° A0416-094516/B (DRV 707)
- PR-2009-122 — Invitation n° B8219-090643/A (DRV 710)

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur (opinion dissidente du Membre Vincent) détermine que les plaintes suivantes sont fondées en partie :

- PR-2009-080 — Invitation n° M9010-104482/A (DRV 631)
- PR-2009-081 — Invitation n° W8474-10BF32/A (DRV 640)
- PR-2009-082 — Invitation n° 31184-092762/B (DRV 641)
- PR-2009-083 — Invitation n° 45045-090096/A (DRV 643)
- PR-2009-084 — Invitation n° WA050-106225 (DRV 644)
- PR-2009-085 — Invitation n° 21120-108465/A (DRV 645)
- PR-2009-086 — Invitation n° 9K001-101037/A (DRV 647)
- PR-2009-087 — Invitation n° 9K001-101037/B (DRV 648)
- PR-2009-094 — Invitation n° C1111-090828/A (DRV 653)
- PR-2009-095 — Invitation n° 45045-090101/A (DRV 662)
- PR-2009-096 — Invitation n° W6369-10DE70/A (DRV 663)
- PR-2009-097 — Invitation n° 45045-090122/A (DRV 666)
- PR-2009-098 — Invitation n° T8086-090909/A (DRV 672)
- PR-2009-099 — Invitation n° U6158-097064/A (DRV 680)
- PR-2009-101 — Invitation n° EN869-103932/A (DRV 684)
- PR-2009-102 — Invitation n° M9010-105184/A (DRV 670)
- PR-2009-104 — Invitation n° M9010-105182/A (DRV 669)
- PR-2009-105 — Invitation n° 21120-104931/A (DRV 671)
- PR-2009-106 — Invitation n° A0416-094512/A (DRV 678)
- PR-2009-107 — Invitation n° W6369-10P5FF/A (DRV 688)
- PR-2009-109 — Invitation n° 59017-100012/A (DRV 691)
- PR-2009-110 — Invitation n° W6369-10P5GG/B (DRV 685)
- PR-2009-111 — Invitation n° W8484-108305/A (DRV 692)
- PR-2009-112 — Invitation n° W6369-10P5GM (DRV 693)
- PR-2009-113 — Invitation n° 23240-103042/A (DRV 697)
- PR-2009-114 — Invitation n° EN869-103849/A (DRV 702)
- PR-2009-115 — Invitation n° 23240-103817/A (DRV 704)
- PR-2009-116 — Invitation n° A0416-094516/A (DRV 706)
- PR-2009-119 — Invitation n° FP945-090053/A (DRV 712)
- PR-2009-120 — Invitation n° C1111-090957/A (DRV 714)
- PR-2009-123 — Invitation n° 84084-090232/A (DRV 708)
- PR-2009-124 — Invitation n° M9010-105183/A (DRV 717)
- PR-2009-125 — Invitation n° 24062-090345/A (DRV 719)
- PR-2009-126 — Invitation n° K7C20-090674/A (DRV 720)
- PR-2009-127 — Invitation n° C1111-090959/A (DRV 726)
- PR-2009-128 — Invitation n° 84084-090254/B (DRV 699)

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur (opinion dissidente du membre Vincent) accorde à Enterasys Networks of Canada Ltd. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement des plaintes, ces frais devant être payés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. En conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, l'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donné par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 3, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 4 100 \$. 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 définitif de l'indemnisation.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Diane Vincent
Diane Vincent
Membre
(Opinion dissidente en partie)

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre

Dominique Laporte
Dominique Laporte
Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Lieu de l'audience :	Ottawa (Ontario)
Dates de l'audience :	Les 13 et 14 mai 2010
Membres du Tribunal :	Serge Fréchette, membre président Diane Vincent, membre Stephen A. Leach, membre
Directeur :	Randolph W. Heggart
Gestionnaire de l'enquête :	Michael W. Morden
Enquêteur :	Josée B. Leblanc
Conseiller juridique pour le Tribunal :	Georges Bujold
Partie plaignante :	Enterasys Networks of Canada Ltd.
Conseillers juridiques pour la partie plaignante :	Joseph W. L. Griffiths Raymond A. Murray Philip Weedon
Partie intervenante :	CCSI Technology Solutions Corporation
Conseiller juridique pour CCSI Technology Solutions Corporation :	Gordon LaFortune
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	David M. Attwater Susan D. Clarke Ian McLeod Karina Fauteux David Covert

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7

Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

CONTEXTE

1. Le 5 février 2010, Enterasys Networks of Canada Ltd. (Enterasys) déposait huit 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*¹ concernant des demandes de rabais pour volume (DRV) pour les invitations n^{os} M9010-104482/A (DRV 631), W8474-10BF32/A (DRV 640), 31184-092762/B (DRV 641), 45045-090096/A (DRV 643), WA050-106225 (DRV 644), 21120-108465/A (DRV 645), 9K001-101037/A (DRV 647) et 9K001-101037/B (DRV 648)² passées par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de divers ministères pour la fourniture d'équipement de réseau. Toutes les DRV ont été publiées dans le cadre de l'offre à commandes principale et nationale (OCPN) n^o EN578-030742/000/EW.

2. Enterasys a présenté huit motifs de plainte, alléguant que TPSGC :

- 1) avait tenté d'acheter des produits ne relevant pas des commutateurs de réseau local (RL) de catégorie 1.2, puisque cette catégorie d'équipement est définie dans l'OCPN au moyen de spécifications techniques obligatoires, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs RL de catégorie 1.2 (premier motif);
- 2) avait tenté d'acheter des produits ne relevant pas des commutateurs de réseau local (RL) de catégorie 1.1, puisque cette catégorie d'équipement est définie dans l'OCPN au moyen de spécifications techniques obligatoires, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs RL de catégorie 1.1 (deuxième motif);
- 3) avait tenté d'acheter des commutateurs RL de catégorie 1.1 et des articles supplémentaires munis des capacités d'autres classes et catégories énoncées dans l'OCPN au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs RL de catégorie 1.2 (troisième motif);
- 4) avait divisé les besoins de certains ministères en plusieurs DRV, contrairement aux conditions de l'OCPN (quatrième motif);
- 5) n'avait pas accordé suffisamment de temps aux soumissionnaires potentiels pour qu'ils préparent leur soumission (cinquième motif);
- 6) avait mal utilisé les dispositions de la rubrique « Équivalents » [traduction] de l'article 14 de l'OCPN en ne décrivant pas l'exigence sans utiliser une appellation commerciale, un modèle ou un numéro de pièce spécifique (sixième motif);
- 7) avait inéquitablement limité la concurrence et avait fait de la discrimination contre Enterasys et d'autres soumissionnaires potentiels de produits équivalents en ne fournissant pas les renseignements des ministères clients qui décrivaient la base installée, le logiciel d'exploitation ainsi que d'autres exigences techniques et opérationnelles qui auraient justifié l'achat de produits d'appellations commerciales spécifiques (septième motif);
- 8) avait refusé de mettre à jour à temps la liste de prix publiée (LPP) d'Enterasys pour qu'Enterasys réponde aux DRV (huitième motif).

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

2. Les huit DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et ont chacune été assignées un numéro de dossier particulier (c.-à-d. PR-2009-080 à PR-2009-087).

3. À titre de mesure corrective, Enterasys demande ce qui suit :
- d'être indemnisée pour sa perte de profits relative aux invitations en cause et le versement de l'indemnisation à West Atlantic Systems, à titre de représentante d'Enterasys;
 - que TPSGC soit tenu de fournir des réponses aux soumissionnaires pendant la période de demandes de renseignements sur les DRV et de fournir à tous les titulaires d'offres à commandes le même libellé des exigences techniques des ministères clients que TPSGC reçoit dans tous les cas, notamment, en sus de l'appellation commerciale et du modèle des commutateurs, tous les autres renseignements suffisants pour permettre la détermination de l'interfonctionnement, y compris en fournissant une copie de la « configuration active » [traduction] et la « version de micrologiciel » [traduction];
 - que TPSGC soit tenu de proroger la date limite de réception des soumissions sur demande, afin de donner aux soumissionnaires le temps d'effectuer des essais de manière à pouvoir joindre à leurs soumissions des rapports sur l'interfonctionnement;
 - qu'elle reçoive le remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter sa plainte, à être verser à West Atlantic Systems, à titre de représentante d'Enterasys.
4. Enterasys demande aussi au Tribunal de rendre une décision interdisant l'adjudication de tout contrat relatif aux DRV susmentionnées ou à toute autre DRV publiée dans le cadre de l'OCPN en cause jusqu'à ce qu'il détermine le bien-fondé de ces plaintes.
5. Le 17 février 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait accepté d'enquêter, en partie, sur les plaintes puisqu'elles 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*³. Le Tribunal informait les parties qu'il n'avait pas accepté d'enquêter sur les quatrième et huitième motifs; le quatrième motif n'a pas été accepté parce que rien n'indiquait, de façon raisonnable, que le comportement de TPSGC était contraire aux accords commerciaux pertinents; le huitième motif a, quant à lui, été jugé lié à l'administration d'un contrat et donc considéré comme échappant à la compétence du Tribunal. Le Tribunal informait aussi les parties qu'une audience publique serait nécessaire pour trancher les questions en litige dans les plaintes⁴. Le Tribunal n'a pas rendu d'ordonnance de report d'adjudication de contrat, ni pour les DRV individuellement ni pour l'OCPN dans son ensemble.
6. Le 22 février 2010, Enterasys déposait 11 plaintes supplémentaires auprès du Tribunal aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* concernant les DRV relatives aux invitations n^{os} 45045-090105/A (DRV 650), 45045-090104/A (DRV 651), C1111-090828/A (DRV 653), 45045-090101/A (DRV 662), W6369-10DE70/A (DRV 663), 45045-090122/A (DRV 666), T8086-090909/A (DRV 672), U6158-097064/A (DRV 680), B8217-090660/A (DRV 636),

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. Le Tribunal avait indiqué que l'audience se tiendrait le 1^{er} avril 2010. Toutefois, étant donné le dépôt ultérieur par Enterasys de plaintes additionnelles concernant des DRV émises par TPSGC pour l'acquisition de matériel de réseau, la décision du Tribunal de regrouper les plaintes en une seule procédure (expliquée ci-dessous) et la décision du Tribunal de faire droit à diverses demandes de prorogation faites par les parties pour le dépôt de documents au cours de la procédure, ce qui a perturbé le calendrier de l'enquête, la date de l'audience a été reportée au 20 avril 2010 le 16 mars 2010, au 28 avril 2010 le 12 avril 2010 et finalement au 13 mai 2010 le 30 avril 2010. En raison de ces prorogations, conformément à l'alinéa 12c) du *Règlement*, le Tribunal a rendu ses conclusions et ses recommandations concernant les plaintes dans les 135 jours suivant le dépôt des plaintes.

EN869-103932/A (DRV 684) et M9010-105184/A (DRV 670)⁵, par TPSGC au nom de divers ministères pour la fourniture d'équipement de réseau. Toutes les DRV ont été publiées dans la même l'OCPN susmentionnée.

7. Ces plaintes contenaient les mêmes allégations que dans le premier regroupement de plaintes, en plus d'un motif de plainte supplémentaire. Enterasys allègue qu'en ce qui concerne la DRV 636, TPSGC avait indûment tenté d'acheter un logiciel de gestion de réseau (neuvième motif). Enterasys soutient qu'un tel logiciel n'est pas visé par la catégorie d'équipement qui peut être acheté suivant l'OCPN puisque l'OCPN est une offre à commandes de matériel informatique seulement, ce qui ne permet pas à TPSGC d'acheter de logiciel de gestion de réseau.

8. En plus de demander la même mesure corrective que celle dans les plaintes figurant aux dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087, Enterasys demande ce qui suit :

- que la disposition « Équivalents » [traduction] de l'article 14 de l'OCPN soit supprimée étant donné, selon Enterasys, l'abus continu démontré par TPSGC de la disposition;
- que le Tribunal conclut à l'attribution de dommages-intérêts supplémentaires à Enterasys compte tenu du fait, selon Enterasys, que l'intégrité du système de passation des marchés du gouvernement avait été compromise par la façon dont TPSGC avait mené le processus de demandes d'offres à commandes. Elle a demandé le versement de ces dommages-intérêts à West Atlantic Systems, à titre de représentante d'Enterasys⁶.

9. Le 2 mars 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait accepté d'enquêter, en partie, sur le nouveau regroupement de 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*. Le Tribunal informait les parties qu'il n'avait pas accepté d'enquêter sur le quatrième motif (faisant référence au même motif de plainte que celui dans le premier regroupement de plaintes) ni sur le neuvième motif (le motif ajouté)⁷; le quatrième motif n'a pas été accepté puisque rien n'indiquait, de façon raisonnable, que le comportement de TPSGC était contraire aux accords commerciaux pertinents; le neuvième motif a, quant à lui, été jugé avoir trait à l'administration d'un contrat et donc considéré comme échappant à la compétence du Tribunal. Le Tribunal informait les parties qu'étant donné les similitudes entre les deux regroupements de plaintes, aux termes de l'article 6.1 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁸, il joindrait les instances et procéderait à une seule enquête, y compris l'audience publique susmentionnée, sur l'ensemble des 19 plaintes. Le Tribunal n'a pas rendu d'ordonnance de report d'adjudication de contrat, ni pour les DRV individuellement ni pour l'OCPN dans son ensemble.

10. Le 9 mars 2010, Enterasys déposait 25 plaintes supplémentaires auprès du Tribunal aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* concernant des DRV pour les invitations n^{os} M9010-105182/A (DRV 669), 21120-104931/A (DRV 671), A0416-094512/A (DRV 678), W6369-10P5FF/A (DRV 688),

5. Les 11 DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et ont chacune été assignées un numéro de dossier particulier (c.-à-d. PR-2009-092 à PR-2009-102).

6. Dans une lettre datée du 1^{er} mars 2010, Enterasys demandait que cette demande d'indemnisation pour dommages additionnels soit ajoutée à la liste des mesures correctives demandées dans le premier regroupement de plaintes (dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087). Pièce du Tribunal PR-2009-080-09, dossier administratif, vol. 1A à la p. 26.

7. Le neuvième motif du second regroupement de plaintes était identique au huitième motif du premier regroupement de plaintes, c.-à-d. que TPSGC n'avait pas mis à jour la LPP d'Enterasys.

8. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

W0106-09613B/A (DRV 695), 59017-100012/A (DRV 691), W6369-10P5GG/B (DRV 685), W8484-108305/A (DRV 692), W6369-10P5GM (DRV 693), 23240-103042/A (DRV 697), EN869-103849/A (DRV 702), 23240-103817/A (DRV 704), A0416-094516/B (DRV 706), A0416-094516/B (DRV 707), W010S-10D282/A (DRV 711), FP945-090053/A (DRV 712), C1111-090957/A (DRV 714), W6369-10P5GG/A (DRV 685), B8219-090643/A (DRV 710), 84084-090232/A (DRV 708), M9010-105183/A (DRV 717), 24062-090345/A (DRV 719), K7C20-090674/A (DRV 720), C1111-090959/A (DRV 726) et 84084-090254/B (DRV 699) par TPSGC au nom de divers ministères gouvernementaux pour la fourniture d'équipement de réseau⁹. Toutes les DRV ont été publiées dans le l'OCPN susmentionnée.

11. Le troisième regroupement de plaintes contenait les mêmes allégations d'Enterasys que celles dans le deuxième regroupement de plaintes (dossier n^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102). En plus de demander la même mesure corrective que celle dans les dossiers n^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102, Enterasys demande l'annulation de tous les contrats attribués relativement aux DRV en cause et la publication de nouvelles invitations.

12. Le 12 mars 2010, CCSI Technology Solutions Corporation (CCSI), la société à laquelle les contrats spécifiques ont été adjugés pour la DRV 631 (dossier n^o PR-2009-080), la DRV 691 (dossier n^o PR-2009-109), la DRV 714 (dossier n^o PR-2009-120) et la DRV 720 (dossier n^o PR-2009-126), demandait l'autorisation d'intervenir dans l'instance. Le 16 mars 2010, le Tribunal accordait la demande, puisque CCSI était jugée avoir un intérêt important et direct dans l'affaire faisant l'objet des plaintes et qu'elle était donc une partie intéressée au sens de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*¹⁰.

13. Le 16 mars 2010, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la troisième série de plaintes, en partie, 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*. Le Tribunal informait les parties qu'il n'avait pas accepté d'enquêter sur les quatrième et neuvième motifs (faisant référence aux mêmes motifs de plainte que mentionnés plus haut)¹¹; le quatrième motif n'a pas été accepté puisque rien n'indiquait, de façon raisonnable, que le comportement de TPSGC était contraire aux accords commerciaux pertinents; le neuvième motif a, quant à lui, été jugé lié à l'administration d'un contrat et donc considéré comme échappant à la compétence du Tribunal. Le Tribunal informait aussi les parties que le huitième motif du troisième regroupement de plaintes n'était accepté qu'à l'égard de l'allégation selon laquelle TPSGC avait tenté d'acheter des produits non visés par l'offre à commandes, et non pas dans le contexte plus large dans lequel Enterasys avait formulé son allégation. Le Tribunal avisait les parties qu'étant donné les similitudes entre ce regroupement de plaintes et les deux regroupements de plaintes antérieurs, aux termes de l'article 6.1 des *Règles*, il joindrait les instances et procéderait à une seule enquête, y compris l'audience publique susmentionnée, sur l'ensemble des 44 plaintes. Le Tribunal informait aussi les parties qu'il avait décidé de ne pas ordonner à TPSGC de reporter l'adjudication des contrats à l'égard des 44 invitations en cause.

9. Les 25 DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et ont chacune été assignées un numéro de dossier particulier (c.-à-d. PR-2009-104 à PR-2009-128).

10. Lorsque le Tribunal a autorisé CCSI à intervenir dans l'affaire, il avait décidé d'enquêter sur les plaintes des dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087 et PR-2009-092 à PR-2009-102 seulement. Le 30 mars 2010, le Tribunal a aussi autorisé CCSI à intervenir relativement aux plaintes des dossiers n^{os} PR-2009-104 à PR-2009-128.

11. Le neuvième motif du troisième regroupement de plaintes concerne la mise à jour par TPSGC des LPP des soumissionnaires.

14. Les 1^{er} et 3 mars 2010, Enterasys déposait auprès du Tribunal des requêtes demandant au Tribunal d'ordonner à TPSGC de produire les catégories suivantes de documents :

- Catégorie 1 — Des copies de toute la correspondance relative aux invitations entre TPSGC et les ministères avant les dates de clôture des invitations
- Catégorie 2 — Des copies de tous les contrats à fournisseur unique ainsi que de l'ensemble des appels d'offres, des réponses aux appels d'offres et des contrats qui ont entraîné l'acquisition de la base installée existante de produits de réseau, y compris les dates d'achat, les noms, codes de produit, descriptions de produit et renseignements relatifs à la garantie des fabricants d'équipement original ainsi que la valeur totale de ces contrats
- Catégorie 3 — Des copies des réponses à la demande d'offres à commandes (DOC) des services de soutien de l'équipement et de réseau (SSER) de tous les soumissionnaires en 2006, des copies des offres à commandes individuelles et ministérielles (OCIM) des SSER en découlant de même que toutes les modifications à ces OCIM, dont des copies de leur LPP respective indiquant les produits énumérés dans les diverses catégories qui ont été approuvées par TPSGC de même que de toute la correspondance entre TPSGC et les titulaires d'OCIM et d'OCPN relativement à ces OCIM/OCPN des SSER
- Catégorie 4 — Des copies de toutes les « justifications du fabricant d'équipement original » [traduction] et des « justifications d'absence de substitution » [traduction] figurant sur le site Web interne du système d'information de soutien à la facturation (ISIS) de TPSGC depuis le début de l'OCIM le 1^{er} novembre 2006
- Catégorie 5 — Des copies de toute la correspondance entre TPSGC et les titulaires d'OCIM/d'OCPN concernant les « justifications du fabricant d'équipement original » et les « justifications d'absence de substitution » depuis le début des OCIM le 1^{er} novembre 2006

15. TPSGC a fourni ses commentaires sur les requêtes d'Enterasys le 8 mars 2010. Il soutenait que la demande devait être rejetée puisque les documents demandés faisaient partie d'une « expédition de pêche » [traduction], n'étaient pas pertinents pour les plaintes d'Enterasys (catégories 1, 2 et 3), ne se trouvaient pas nécessairement en la possession de TPSGC (catégorie 2) et qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils causent un préjudice à la position concurrentielle des concurrents d'Enterasys (catégorie 3). Concernant les catégories 4 et 5, TPSGC soutient que si le Tribunal jugeait que cette documentation était pertinente, il devait limiter son ordonnance aux DRV en cause.

16. Les 8 et 10 mars 2010, Enterasys demandait aussi au Tribunal d'ordonner à TPSGC de permettre à un représentant de West Atlantic Systems d'effectuer une enquête sur place des locaux du ministère client dans le cas de la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100), de manière à pouvoir prendre des photos numériques du rayon où l'utilisateur final installerait l'équipement demandé et déposer ces photos en preuve dans la présente instance.

17. Le 16 mars 2010, Enterasys déposait sa réplique à la réponse de TPSGC, soutenant que les renseignements requis étaient pertinents pour ses motifs de plainte et que les renseignements cachés par TPSGC pendant le processus d'invitation fourniraient une preuve de contravention aux accords commerciaux.

18. Le 29 mars 2010, TPSGC déposait le rapport de l'institution fédérale (RIF).

19. Le 7 avril 2010, en réponse aux requêtes présentées par Enterasys les 1^{er} et 3 mars 2010, le Tribunal rendait une ordonnance enjoignant TPSGC de produire « [...] tous les renseignements, y compris toutes les justifications techniques et la correspondance s'y rattachant, qui fondent la description des exigences du marché public ayant trait à des marques de commerce ou des marques de fabrique particulières qui ont été envoyés par les ministères clients au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux concernant les invitations [en cause dans ces plaintes] [...] ».

20. Le 12 avril 2010, CCSI déposait ses observations sur le RIF. Les observations de CCSI comportaient une demande au Tribunal de déclarer le mandataire et conseiller juridique d'Enterasys, M. Philip Weedon, un plaideur vexatoire et qu'il interdise à M. Weedon de déposer d'autres plaintes en matière de passation de marchés publics¹².

21. Le 14 avril 2010, Enterasys déposait une lettre concernant la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100) demandant au Tribunal de confirmer que TPSGC, en réponse à l'ordonnance de production de documents rendue par le Tribunal le 7 avril 2010, sera tenu de fournir une copie de l'essai effectué sur certains équipements fabriqués par Nortel Networks par un laboratoire tiers, une copie de la proposition technique complète soumise par Nortel Networks et une copie de la liste des produits à livrer, y compris tous les produits de Nortel Networks, les prix unitaires étant supprimés. Enterasys demandait aussi au Tribunal de confirmer que sa demande, datée du 8 mars 2010, d'autorisation d'effectuer une enquête sur place et à prendre des photos numériques d'un rayon serait accordée.

22. Le 16 avril 2010, TPSGC fournissait une version confidentielle des documents visés par l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal. Afin de se conformer à l'ordonnance du Tribunal, TPSGC a déposé plus de 2 900 pages de documents. Une version publique des documents était fournie le 30 avril 2010.

23. Le 19 avril 2010, le Tribunal avisait les parties que les documents supplémentaires relatifs à la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100) indiqués dans la lettre du 14 avril 2010 d'Enterasys ne faisaient pas l'objet de son ordonnance du 7 avril 2010. Le Tribunal ajoutait qu'il n'ordonnerait pas à TPSGC de produire ces documents ni n'ordonnerait à TPSGC de permettre à Enterasys d'effectuer une enquête sur place dans les locaux du ministère utilisateur final indiqué dans la DRV 636 afin de prendre des photos.

24. Le 22 avril 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait suspendu la date limite pour la présentation des observations d'Enterasys sur le RIF jusqu'à ce qu'une version publique des documents visés par l'ordonnance du 7 avril 2010 du Tribunal soit reçue et qu'il reportait donc l'audience. Le Tribunal indiquait aussi qu'il informerait les parties du nouvel échéancier à cet égard en temps voulu.

25. Le 30 avril 2010, sur réception de la version publique des documents visés par l'ordonnance du 7 avril 2010 du Tribunal, le Tribunal informait les parties des nouvelles dates de dépôt des observations d'Enterasys sur le RIF et des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal. Le Tribunal ajoutait que l'audience devait débiter le 13 mai 2010.

26. Le 7 mai 2010, Enterasys déposait ses observations sur le RIF et sur les documents fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal.

12. Dans une lettre déposée le 22 avril 2010, TPSGC appuyait la demande de CCSI et indiquait que le procureur général du Canada, représenté par son agent, M. David Attwater, consentait à ce que M. Weedon soit déclaré un plaideur vexatoire relativement au dépôt de plaintes concernant les DRV émises en vertu de la l'OCNP. TPSGC demandait aussi que la déclaration inclue Trust Business Systems, West Atlantic Systems et leur propriétaire unique, M^{me} Debra Lance. Pièce du Tribunal PR-2009-080-47, dossier administratif, vol. 1B à la p. 356.

27. Le 10 mai 2010, CCSI déposait une requête demandant une ordonnance par laquelle le Tribunal rayerait du dossier de l'instance certains documents déposés comme pièces jointes aux observations d'Enterasys sur le RIF au motif que ces pièces constituaient une preuve d'expert qu'Enterasys tentait d'introduire au dossier contrairement à la procédure prévue au paragraphe 22(1) des *Règles* et que les renseignements fournis dans ces pièces ne constituaient pas une réponse au RIF. À la même date, TPSGC déposait une lettre indiquant qu'elle soutenait la requête de CCSI et fournissant des observations supplémentaires à cet égard. Enterasys a déposé une lettre d'opposition à la requête de CCSI.

28. Le 10 mai 2010, le Tribunal avisait les parties que l'audience se limiterait aux questions suivantes :

- si TPSGC était justifié de décrire les produits par appellation commerciale et code de produit dans les DRV en cause, publiées dans l'OCPN, à la lumière des dispositions des accords commerciaux pertinents;
- le caractère suffisant ou insuffisant des renseignements permettant la soumission d'équipement équivalent à l'équipement décrit par appellation commerciale et code de produit dans les DRV en cause;
- la manière dont l'équipement est catégorisé, spécifiquement concernant la façon dont une DRV est jugée concerner de l'équipement de catégorie 1.1 ou de catégorie 1.2.

29. Le Tribunal avisait aussi les parties qu'au lieu d'examiner chaque DRV, il utiliserait un échantillon de DRV aux fins d'illustration pendant l'audience. Le 11 mai 2010, le Tribunal tenait une téléconférence préparatoire en vertu du paragraphe 18(1) des *Règles* afin de régler les questions concernant la structure de l'audience et d'autres questions préliminaires. Le 12 mai 2010, après consultation avec les parties pendant la téléconférence préparatoire, le Tribunal déclarait que la DRV 636, la DRV 640, la DRV 650, la DRV 651, la DRV 653 et la DRV 714 devaient être utilisées comme échantillon de DRV pendant l'audience.

30. Le 12 mai 2010, le Tribunal accordait la requête de CCSI et ordonnait que les documents suivants soient rayés du dossier :

- la pièce 2 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Dan Ionescu, d'ARTIS, datée du 31 mars 2010;
- la pièce 3 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Timothy Winters, de la University of New Hampshire InterOperability Laboratory, datée du 9 avril 2010;
- la pièce 4 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Mike Millar, d'Enterasys, datée du 26 avril 2010, et les documents qui y étaient joints (pièces A à W).

31. Le Tribunal tenait une audience les 13 et 14 mai 2010. À l'audience, Enterasys a fait entendre M. Weedon comme témoin. TPSGC a fait entendre comme témoins M^{me} Joanne St-Jean Valois, M. Michel Perrier et M. Steven Oxner.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

32. Les DRV en question avaient toutes été publiées dans une OCPN, offre à commandes remplaçant une OCIM qui avait été publiée à la suite d'un processus d'appel d'offres par DOC. La DOC des SSER a eu lieu du 24 juin au 11 juillet 2006. L'appendice A de l'annexe A de la DOC des SSER contenait des spécifications génériques pour diverses catégories de commutateurs RL. Les soumissionnaires devaient

démontrer qu'ils pouvaient fournir des produits répondant à ces spécifications génériques afin de se faire attribuer une OCIM pour une catégorie particulière. Les 12 et 13 octobre 2006, des OCIM ont été attribuées à 23 sociétés, dont Enterasys. Dans le cas d'Enterasys, son OCIM visait des commutateurs RL de couche 2 de catégorie 1.1 et des commutateurs RL de couches 2 et 3 de catégorie 1.2. Le 1^{er} avril 2009, les OCIM ont été prorogées conformément à l'alinéa 12(i) de l'OCIM¹³ et ont été converties en OCPN.

33. Le Tribunal fait remarquer qu'à aucun moment pendant le processus d'invitation par DOC un fournisseur potentiel n'a déposé de plainte auprès du Tribunal concernant la teneur de la DOC, la teneur proposée des OCIM en résultant ou la manière dont TPSGC menait la procédure de passation du marché public. Le Tribunal ajoute que l'alinéa 13c) de l'OCIM/OCPN prévoit ce qui suit :

Le soumissionnaire reconnaît et convient que les conditions énoncées dans cette offre à commandes s'appliquent à chaque commande afférente.

[Traduction]

34. Le Tribunal fait aussi remarquer que sur la page titre de l'OCIM/OCPN, immédiatement après le titre, c.-à-d. « Offres à commandes individuelles et ministérielles (OCIM) pour la fourniture d'équipement de réseau (SSER) » [traduction], figure le texte suivant :

Toutes les conditions et procédures prévues dans ce document d'offre à commandes individuelle et ministérielle feront partie de toute commande afférente comme si elles y étaient énoncées intégralement¹⁴.

[Traduction]

35. Selon la procédure décrite dans l'OCPN, sous réserve de certaines restrictions (mentionnées plus loin), TPSGC pouvait passer des commandes directement à une société en vue de la fourniture d'équipement ou soumettre les exigences à la concurrence en envoyant des demandes de prix, sous forme de DRV, aux titulaires pertinents d'OCPN. Les titulaires d'OCPN pouvaient alors présenter leur meilleure offre définitive pour combler le besoin spécifique. TPSGC est tenu par les conditions de l'OCPN de publier une DRV pour les besoins supérieurs à 100 000 \$. De plus, l'OCPN prévoit que TPSGC peut publier une DRV pour des besoins d'équipement de réseau évalué à plus de 25 000 \$.

36. Dans l'usage de DRV, l'OCPN permet à TPSGC de décrire ses exigences techniques de l'une des deux façons suivantes, à savoir soit en utilisant les spécifications génériques figurant déjà à l'annexe A de l'OCPN, soit en spécifiant des produits par appellation commerciale. Si des produits sont spécifiés par appellation commerciale, les soumissionnaires peuvent proposer des produits équivalents, dans la mesure où les conditions suivantes, prévues à l'article 14 de l'OCPN (article 14), sont respectées :

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 seront fondées sur les spécifications génériques de l'annexe A

Une DRV peut comprendre des exigences afin de proposer de l'équipement spécifié par appellation commerciale, modèle 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 ou le numéro de pièce du produit équivalent proposé;

13. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 174.

14. *Ibid.* à la p. 170; Pièce du Tribunal PR-2009-080-27, dossier administratif, vol. 1A à la p. 310.

- ii. démontre que l'équivalent proposé est entièrement compatible, interfonctionnel et interchangeable avec les produits spécifiés dans la DRV;
- iii. présente des spécifications complètes avec une documentation technique descriptive pour chaque produit équivalent proposé;
- iv. atteste la conformité de son équivalent proposé en démontrant qu'il répond à tous les 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 de son produit équivalent proposé. Les produits équivalents proposés seront jugés non conformes si :

- i. la réponse à la DRV ne livre pas tous les renseignements 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 détermine 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, interfonctionnel et interchangeable avec le matériel actuel de l'État tel que décrit dans la DRV.

[Traduction]

37. L'OCPN contient les articles suivants relativement aux 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 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]

38. L'article 14 prévoit aussi ce qui suit concernant la publication de DRV :

Procédure de commande/limitations

Les commandes passées individuellement par l'autorité administrative de la DGSIT [Direction générale des services d'infotechnologie de TPSGC] [...] 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 :

[...]

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 fabricants d'équipement original *qui entre dans la définition technique de cette catégorie* peut être commandé.

[...]

Bénéficiaires de [DRV] : TPSGC enverra la DRV à tous les offrants titulaires d'une offre à commandes dans la catégorie pertinente et qui sont indiquées dans la catégorie choisie à la date et l'heure de la publication de la DRV. Aucune DRV ne peut viser des produits de plusieurs catégories. Lorsque du matériel de plusieurs catégories est requis, une DRV distincte sera envoyée à chaque offrant pour chaque catégorie pertinente.

Délai de réponse à la DRV : La période normale dont disposent les offrants pour présenter une réponse à une DRV sera de quatre (4) jours ouvrables à compter de la date de la publication de la DRV. L'autorité contractante de TPSGC peut réduire ce délai pour les besoins urgents ou les prolonger pour des besoins plus complexes.

[Traduction]

39. Chaque DRV contient les dispositions suivantes :

PROPOSITION DU SOUMISSIONNAIRE : (obligatoire)

[...]

3. [...] Si la soumission porte sur un produit équivalent, on doit indiquer le fabricant d'équipement original et le numéro de modèle du fabricant d'équipement original équivalents 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.

[...]

7. Les modalités de l'offre à commandes principale et nationale (OCPN) **EN578-030742/000/EW** s'appliqueront à l'évaluation de cette DRV et à tout marché ou commande qui s'ensuit.

CRITÈRES D'ÉVALUATION : (obligatoires)

1. Les propositions doivent satisfaire à toutes les conditions et exigences techniques obligatoires de l'OCPN n° **EN578-030742/000/EW** et de la présente DRV.

2. Les propositions conformes seront évaluées selon le coût total le plus bas.

SOUMISSIONS DE PRODUITS ÉQUIVALENTS :

Les soumissions de produits équivalents doivent répondre à toutes les exigences de l'OCPN 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.

ESSAIS :

Si une démonstration ou un sous-essai de compatibilité est demandé par TPSGC ou le client, les modalités de l'OCPN n° EN578-030742/000/EW s'appliqueront à tout essai.

[...]

	Annexe « A » de la DRV – LISTE DES PRODUITS À LIVRER
[...]	
Exigence :	Pour la fourniture et la livraison des produits suivants [CISCO SYSTEMS CANADA CO./NORTEL NETWORKS/HEWLETT-PACKARD Co.]¹⁵ ou de leur équivalent. Nota : Tout produit équivalent doit être entièrement justifié suivant l'OCPN des SSER. On doit énumérer les produits équivalents par OEM et numéro de pièce en référence à la liste qui suit.

[Traduction]

40. L'énoncé de travail pour l'OCPN, figurant à l'annexe A, prévoit ce qui suit :

La nouvelle stratégie d'acquisition d'équipement de réseau englobe le regroupement d'anciens modes d'acquisition d'équipement de réseau en un ensemble unique d'offres à commandes individuelles et ministérielles (OCIM) coordonné par la DGSIT. La DGSIT utilisera l'OCIM des SSER au nom du gouvernement du Canada (GdC) pour obtenir de l'équipement de réseau auprès d'offrants qualifiés [...].

[...] L'OCIM des SSER fournira à TPSGC/DGSIT la capacité de mettre à niveau, de remplacer et d'améliorer les infrastructures de réseau actuel des clients à l'aide d'équipement de réseau fourni « au besoin ».

[Traduction]

41. Selon l'article 9 de l'OCPN, tout représentant autorisé d'un organisme fédéral peut réquisitionner des produits et services conformément aux modalités de l'OCPN¹⁶, mais les besoins supérieurs à 25 000 \$ doivent être transmis à TPSGC aux fins de traitement. Aux termes des alinéas 6a), 6b) et 6c) de l'OCPN, TPSGC fait office d'autorité administrative, d'autorité technique et d'autorité contractante. Il est donc responsable de toutes les questions, notamment techniques, concernant les commandes et les DRV dans l'OCPN.

-
15. Cisco Systems Canada Co. a été mentionné dans 35 des DRV, Nortel Networks dans 5 et Hewlett-Packard Co. dans 3. Aucune appellation commerciale particulière n'était mentionnée dans une DRV, soit la DRV 636.
16. Les termes « utilisateur » et « utilisateur désigné » sont définis au sous-alinéa B.2(b) de l'OCPN de la façon suivante : « [...] tout représentant autorisé par un ministère, une société d'État ou un organisme du gouvernement du Canada, au sens défini dans les annexes I, I.1, II, III, IV ou V de la Loi sur la gestion des finances publiques, ou toute autre partie pour laquelle le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada a autorité pour agir aux termes de l'article 16 de la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*. **Toutefois, les utilisateurs désignés pour établir des commandes subséquentes sont définis comme il suit : les commandes subséquentes de 0,00 \$ à 25 000,00 \$ (TPS/TVH incluses) seront établies par les ministères clients et les agences; les commandes subséquentes de 25 000,01 \$ à 100 000,00 \$ (TPS/TVH incluses) seront établies par la DGSIT au nom des ministères et des agences; les commandes subséquentes de 100 000,00 \$ (TPS/TVH incluses) seront établies au moyen de demandes de rabais pour volume (DRV) par l'autorité contractante de TPSGC » [traduction]. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 171, en sa version modifiée par la modification n° 6 à l'OCIM. Pièce du Tribunal PR-2009-080-32, dossier administratif, vol. 1A à la p. 348.**

MOTIFS DE PLAINTE NE DONNANT PAS LIEU À L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE**Dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087**Quatrième motif

42. Selon le quatrième motif, TPSGC a divisé les exigences du ministère de la Défense nationale (MDN) et de Statistique Canada en plusieurs DRV, ce qui était contraire, selon Enterasys, aux dispositions de l'OCPN et des accords commerciaux.

43. Le paragraphe 505(3) de l'*Accord sur le commerce intérieur*¹⁷ prévoit ce qui suit :

Les entités ne peuvent préparer, concevoir ou établir de quelque façon un marché, ni choisir une méthode d'évaluation ou répartir les biens ou services à acquérir entre plusieurs marchés publics en vue de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

44. Le paragraphe 1002(4) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹⁸ prévoit ce qui suit :

En complément du paragraphe 1001(4), une entité ne pourra ni choisir une méthode d'évaluation, ni répartir les quantités à acquérir entre plusieurs marchés, dans l'intention de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

45. Le paragraphe Kbis-01(4) de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*¹⁹ prévoit ce qui suit :

Aucune des entités ne pourra préparer, élaborer ou autrement structurer ou diviser, à toute étape du marché, un projet d'achat dans le but de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

46. L'article 1401 de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou*²⁰ prévoit ce qui suit :

5. Lorsqu'elle évalue un marché afin d'établir s'il est ou non visé au présent chapitre, une entité contractante :

- a) ne le divise pas en plusieurs marchés ni ne choisit ou utilise une méthode d'évaluation particulière pour un marché dans l'intention de le soustraire en totalité ou en partie à l'application du présent chapitre.

47. Puisqu'il n'y avait qu'une seule DRV dans le groupe en cause de DRV pour Statistique Canada et que la DRV était visée par au moins un des accords commerciaux, le Tribunal conclut qu'il n'y a pas eu tentative de se soustraire aux obligations prévues par les accords commerciaux et qu'il n'y a pas d'élément de preuve de division de contrat contrairement aux modalités de l'OCPN.

17. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

18. *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) [ALÉNA].

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

20. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [ALÉCP].

48. Concernant le MDN, il y avait deux DRV en cause — la DRV 640 et la DRV 644, évaluées à 40 000 \$ et à 110 000 \$ respectivement²¹.

49. Le Tribunal estime qu'étant donné que les DRV sont supérieures aux seuils monétaires pour les marchandises visées par l'ACI (les deux DRV), l'ALÉNA (les deux DRV), l'ALÉCC (DRV 644) et l'ALÉCP (DRV 644), TPSGC n'a pas tenté de se soustraire à ses obligations aux termes des accords commerciaux ou de diviser les contrats afin de contourner les dispositions de « Procédure de commande/limitations » de l'OCPN. D'ailleurs, en utilisant son pouvoir discrétionnaire pour publier une DRV même pour un besoin *inférieur* à la valeur obligatoire de 100 000 \$, au-dessus de laquelle il doit utiliser la procédure de DRV aux termes de l'OCPN, plutôt que de procéder, dans ce cas, au moyen d'une commande directe auprès d'un fournisseur, TPSGC a soumis ce besoin à la concurrence. Par conséquent, le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte puisque les renseignements fournis par Enterasys n'indiquaient pas, de façon raisonnable, que les marchés n'avaient pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents.

Huitième motif

50. Selon le huitième motif, TPSGC a refusé de mettre à jour la LPP d'Enterasys à temps pour qu'elle réponde aux DRV en question. Comme le Tribunal l'a souligné par le passé²², il est d'avis que de tels processus relèvent de l'administration d'un contrat et ne font pas partie de la procédure de passation des marchés en soi. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* restreint la compétence du Tribunal à « [...] la procédure des marchés publics suivie [...] », qui commence après qu'une entité a établi son besoin d'acquisition jusqu'à l'adjudication d'un contrat²³. Les questions d'administration d'un contrat sont cependant considérées comme échappant à la compétence du Tribunal. De l'avis du Tribunal, les allégations d'Enterasys concernant le présumé refus par TPSGC de mettre à jour sa LPP soulevaient des questions relatives à l'administration de l'OCPN, par opposition à la procédure des marchés publics en cause, à savoir les processus qui ont mené à l'adjudication d'un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1 pour chaque DRV en cause, examinée individuellement.

51. Le huitième motif comportait aussi une demande que le Tribunal examine les divers autres motifs de plainte décrits dans les courriels entre Enterasys et TPSGC qui ont été déposés avec la plainte. Le Tribunal estime qu'il incombait à Enterasys de décrire de façon exhaustive ses motifs dans ses plaintes. À cet égard, le Tribunal fait remarquer les exigences de l'alinéa 30.11(2)c) de la *Loi sur le TCCE*, selon laquelle une plainte doit « [...] exposer de façon claire et détaillée ses motifs et les faits à l'appui [...] ». Le Tribunal est d'avis que le simple fait de soulever des questions ou de faire une mention générale dans une plainte de l'existence d'autres motifs qui doivent être discernés ou déduits par le Tribunal ne suffit pas. Il incombe à la partie plaignante de décrire ses motifs de plainte de façon suffisamment précise. L'omission par la partie plaignante de ce faire rend impossible pour le Tribunal de déterminer s'il existe une indication raisonnable d'une contravention et, dans l'affirmative, de formuler l'objet de l'enquête. De plus, l'acceptation d'un énoncé général de l'existence de divers autres motifs comme l'énoncé qu'a fait Enterasys empêcherait l'entité gouvernementale de connaître les allégations précises contre lesquelles elle doit se défendre.

52. Le Tribunal n'a donc pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte.

21. Les valeurs énumérées dans la section « Questions préliminaires » [traduction] reflètent les estimations qui figurent dans les plaintes d'Enterasys.

22. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au para. 10.

23. *Re plainte déposée par Airsolid Inc.* (18 février 2010), PR-2009-089 (TCCE) à la p. 3.

Dossiers n^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102Quatrième motif

53. Le quatrième motif répétait l'allégation selon laquelle TPSGC avait indûment divisé les besoins de certains des ministères en plusieurs DRV. Dans ce deuxième regroupement de plaintes, seule Statistique Canada avait plusieurs DRV — la DRV 650, évaluée à 65 000 \$; la DRV 651, évaluée à 275 000 \$; la DRV 662, évaluée à 800 000 \$; et la DRV 666, évaluée à 55 000 \$.

54. Compte tenu du fait que les quatre DRV excèdent les seuils monétaires prévus par l'ACI et l'ALÉNA et que deux de celles-ci (la DRV 651 et la DRV 662) excédaient les seuils monétaires de tous les accords commerciaux susmentionnés, de même que celui de l'*Accord sur les marchés publics*²⁴, qui interdit aussi la division des besoins en vue de l'évitement de l'application de cet accord²⁵, le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte pour les mêmes raisons susmentionnées concernant le motif de plainte semblable soulevé dans le contexte des dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087.

Neuvième motif

55. Selon le neuvième motif, TPSGC a refusé de mettre à jour la LPP d'Enterasys à temps pour que celle-ci réponde à ces DRV. Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal estime qu'il s'agit d'une question relative à l'administration d'un contrat qui ne relève pas de sa compétence et n'a pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte.

Dossiers n^{os} PR-2009-104 à PR-2009-128Quatrième motif

56. Le quatrième motif répète de nouveau l'allégation selon laquelle TPSGC a indûment divisé les besoins de certains des ministères en plusieurs DRV. Six ministères et organismes avaient plusieurs DRV, toutes couvertes au moins par l'ACI et l'ALÉNA. Pour les raisons susmentionnées concernant le motif similaire de plainte qui a été soulevé dans le contexte des dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087, le Tribunal estime que TPSGC n'a pas tenté de se soustraire à ses obligations aux termes des accords commerciaux ou de diviser des contrats afin de contourner les dispositions de « Procédure de commande/limitations » de l'OCPN, de sorte qu'il n'a pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte.

Huitième motif

57. Enterasys a présenté ce qui suit en tant que huitième motif de plainte :

Nous demandons au Tribunal d'examiner les divers autres motifs de plainte décrits de façon plus détaillée dans les courriels figurant à la fin des pièces A, B, C, D, E, F, G, H, U, V, W, X, Y, Z, AA, BB, CC, DD, EE, FF, GG, HH, II, JJ, KK qui font aussi partie de la présente plainte. Nous avons formulé attentivement nos oppositions de manière à expliquer les motifs de plainte si nos demandes de modification sont rejetées, et nous avons inclus des références aux accords commerciaux et aux articles des accords commerciaux. Puisque nos demandes ont été rejetées, les motifs se sont éclaircis.

24. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

25. Le paragraphe II(3) de l'AMP.

La DRV 636 figurant à la pièce I constitue un exemple de DRV où TPSGC a presque été équitable dans la procédure de marché conformément aux accords commerciaux, mais, en définitive, TPSGC a refusé de répondre à des questions pertinentes.

Il faut souligner qu'il s'agit d'une offre à commandes « de matériel informatique seulement » et, comme l'explique notre premier motif de plainte, de nombreux produits de l'annexe A de ces [DRV] ne relèvent pas de cette catégorie, y compris certains produits de réseau de stockage (SAN) et de logiciel de serveur, de sorte qu'il s'agit d'un autre motif de plainte puisque les catégories 1.1 et 1.2 sont censées se rapporter strictement au matériel RL relevant des spécifications des catégories. Les produits 2 et 3 de la DRV 710 en constituent l'un des nombreux exemples. En outre, cette offre à commandes de SSER n'est pas une offre à commandes de câbles; pourtant, plusieurs [DRV] visent des câbles, qui ne relèvent pas des catégories 1.1 et 1.2, ce qui constitue un autre exemple, comme les produits 2, 3 et 4 de la DRV 678. Des sociétés comme Enterasys respectent les modalités et n'incluent pas des produits ne relevant pas des catégories, comme les câbles et les logiciels, dans leur liste de prix publiée (LPP) des SSER, mais TPSGC permet à des sociétés comme [Cisco Systems Canada Co.] de le faire, ce qui est discriminatoire et ce qui contrevient aux modalités de l'offre à commandes et aux accords commerciaux²⁶.

[Traduction]

58. Comme il a été mentionné, l'alinéa 30.11(2)c) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que la plainte doit « [...] exposer de façon claire et détaillée ses motifs et les faits à l'appui [...] ». Il incombe donc à la partie plaignante de décrire de façon exhaustive et de bien formuler ses motifs de plainte et de ne pas laisser au Tribunal la tâche de discerner des motifs supplémentaires de plainte ou de déduire l'existence de tels motifs à l'examen des renseignements fournis par la partie plaignante. Compte tenu de ce fardeau imposé à la partie plaignante, le Tribunal a informé les parties qu'il avait accepté d'enquêter sur le huitième motif des plaintes seulement à l'égard de l'allégation claire et détaillée concernant les tentatives d'achat de produits non visés par l'offre à commandes, et non pas dans le contexte général dans lequel Enterasys a formulé son allégation.

Neuvième motif

59. Selon le neuvième motif, TPSGC a refusé de mettre à jour la LPP d'Enterasys tout en permettant à d'autres fabricants d'ajouter à leur LPP des produits non visés par cette catégorie de LPP. Pour les raisons susmentionnées, le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter sur ce motif de plainte parce qu'il estime que de tels processus relèvent de l'administration d'un contrat, ce qui échappe à la compétence du Tribunal.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Requêtes d'Enterasys demandant la production de documents

60. Les requêtes présentées par Enterasys les 1^{er} et 3 mars 2010 demandaient une ordonnance enjoignant TPSGC de produire certains documents. Les requêtes demandaient ce qui suit :

1. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de toute la correspondance liée à ces invitations entre TPSGC et les ministères avant les dates de clôture des invitations. Toute cette correspondance doit indiquer les dates d'envoi et de réception.

26. Pièce du Tribunal PR-2009-104-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 28.

2. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de l'ensemble des contrats à fournisseur unique, des appels d'offres, des réponses aux appels d'offres et des contrats connexes donnant lieu à l'acquisition de la base installée existante de produits de réseautage. Ces documents doivent comprendre les dates d'achat, les noms des fabricants d'équipement original, leurs codes et leurs descriptions de produits ainsi que les renseignements sur les garanties de même que la valeur totale de ces contrats.
3. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies des réponses originales à la demande d'offre à commandes (DOC) des SSER de la part de tous les soumissionnaires à cette DOC en 2006, de même que des copies des offres à commandes des SSER connexes et de leurs modifications, y compris des copies de leurs listes de prix publiées (LPP), qui indiquent les produits énumérés dans les diverses catégories approuvées par TPSGC, de même que toute la correspondance connexe entre TPSGC et les titulaires d'offres à commandes relativement à ces offres à commandes de SSER.
4. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de [...] toutes les « justifications du fabricant d'équipement original » et des « justifications d'absence de substitution » figurant sur le site Web interne ISIS de TPSGC, qui font partie d'un processus caché que TPSGC n'a pas dévoilé aux titulaires d'offres à commandes de SSER depuis que l'offre à commandes a commencé le 1^{er} novembre 2006. Les titulaires d'offres à commandes de SSER ont présenté plusieurs demandes afin d'obtenir ces renseignements, y compris pendant le processus d'enquête sur ces invitations par DRV, mais TPSGC a refusé de fournir les renseignements. Il faut souligner que les « justifications du fabricant d'équipement original » et les « justifications d'absence de substitution » ne faisaient pas partie de la DOC des SSER publiée en 2006, et l'utilisation et l'abus de ce processus caché, qui restreint la concurrence, constitue un important motif de plainte.
5. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de toute la correspondance entre TPSGC et les titulaires d'offres à commandes concernant les « justifications du fabricant d'équipement original » et les « justifications d'absence de substitution » depuis que l'offre à commandes a commencé le 1^{er} novembre 2006²⁷.

[Traduction]

61. Après examen des arguments et des observations des parties sur la pertinence et l'importance de ces documents pour aider le Tribunal dans son enquête, le Tribunal a ordonné à TPSGC de déposer ce qui suit : « [...] tous les renseignements, y compris toutes les justifications techniques et la correspondance s'y rattachant, qui fondent la description des exigences du marché public ayant trait à des marques de commerce ou des marques de fabrique particulières qui ont été envoyées par les ministères clients [à TPSGC] concernant les [DRV en cause] [...] ».

62. Le Tribunal estimait que les documents qu'il avait ordonné à TPSGC de produire étaient un sous-ensemble, limité aux 44 DRV en cause, de documents compris à la rubrique 4 des requêtes d'Enterasys. De l'avis du Tribunal, ces documents contiendraient des renseignements pertinents susceptibles d'être nécessaires pour qu'il détermine si TPSGC était justifié de spécifier des produits par appellation commerciale. Par conséquent, le Tribunal a ordonné à TPSGC de déposer ces documents.

63. Le texte qui suit énonce les motifs pour lesquels le Tribunal a rejeté le reste des requêtes présentées par Enterasys en vue de la production de documents, p. ex., ses demandes des 8 et 10 mars 2010 que le Tribunal ordonne à TPSGC de permettre à un représentant de West Atlantic Systems d'effectuer une

27. Pièce du Tribunal PR-2009-080-10, dossier administratif, vol. 1A aux pp. 30-31.

enquête sur place des locaux du ministère client, dans le cas de la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100), de manière à ce que des photos numériques puissent être prises et déposées en preuve, et sa demande du 14 avril 2010 que TPSGC produise des documents supplémentaires relatifs à la DRV 636.

64. De l'avis du Tribunal, la production des autres documents demandés n'était pas justifiée principalement parce que, comme l'a prétendu TPSGC, la majeure partie des renseignements et des documents demandés par Enterasys ne sont pas pertinents pour les divers motifs de plainte sur lesquels le Tribunal a accepté d'enquêter. À cet égard, le Tribunal a fait remarquer qu'une partie importante des documents demandés par Enterasys n'avait même pas trait aux DRV en cause, mais plutôt à d'autres DRV publiées par TPSGC depuis la création de l'OCPN ou liées à l'OCPN elle-même. En particulier, le Tribunal estimait qu'il n'y avait aucun motif d'ordonner à TPSGC de déposer des renseignements généraux relatifs à la procédure de passation d'une OCPN, des renseignements sur la base installée de produits et des réseaux des nombreux ministères qui utilisent l'OCPN ainsi que des renseignements fournis à TPSGC par des sociétés autres qu'Enterasys qui sont titulaires d'une OCPN de SSER. Le Tribunal a conclu que de tels documents n'étaient ni pertinents ni nécessaires pour l'évaluation des motifs d'Enterasys sur lesquels le Tribunal a accepté d'enquêter concernant les invitations en cause.

65. À l'égard des autres documents, dont la production était demandée par Enterasys dans ses requêtes, qui semblaient avoir trait aux 44 DRV en cause, mais qui n'étaient pas visés par l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal²⁸, le Tribunal a accepté l'argument de TPSGC selon lequel Enterasys n'a pas fourni d'explication adéquate sur la façon dont ces documents peuvent être pertinents à ses motifs spécifiques de plainte. En particulier, le Tribunal n'a pas été convaincu par les explications fournies par Enterasys dans ses observations du 16 mars 2010 sur la réponse de TPSGC à ses requêtes quant à la pertinence présumée des volumineux documents qu'elle a demandés. En l'absence de telles explications ou d'autres éléments de preuve convaincants établissant la pertinence des documents demandés, le Tribunal estimait qu'il était inapproprié d'ordonner à TPSGC de les produire.

66. Le Tribunal fait aussi remarquer que dans ses requêtes pour la production de documents, Enterasys a décrit les documents demandés comme « [...] d'importants éléments de preuve préalables [...] » [traduction]. À cet égard, le Tribunal a déclaré par le passé qu'il ne permettrait pas à des parties plaignantes d'avoir accès à des documents lorsque le seul objectif consiste à trouver des éléments de preuve pouvant être utilisés au soutien d'une plainte²⁹. De l'avis du Tribunal, la simple inclusion d'allégations générales dans une plainte ne donne pas à la partie plaignante un droit d'accès illimité à des documents en possession d'institutions fédérales. Cela ouvrirait la porte à des « expéditions de pêche » inadmissibles dans les dossiers des institutions fédérales.

67. De toute manière, le Tribunal estimait que les renseignements demandés n'étaient pas nécessaires pour trancher les plaintes. Pour les mêmes motifs, le Tribunal a aussi rejeté la demande supplémentaire déposée par Enterasys le 14 avril 2010 et concernant certains documents relatifs à la DRV 636.

68. Enfin, à l'égard de la demande d'effectuer une enquête sur place aux locaux du ministère client de TPSGC dans le cas de la DRV 636 en vue de prendre des photos qui pourraient être déposées en preuve, le Tribunal estimait que de telles photos n'étaient pas nécessaires pour trancher la plainte concernant la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100) et a donc conclu qu'ordonner à TPSGC de permettre à Enterasys d'effectuer une enquête sur place était donc inutile.

28. Ces documents comprennent ceux mentionnés dans la rubrique n° 1 des requêtes d'Enterasys. Pièce du Tribunal PR-2009-080-10, dossier administratif, vol. 1A à la p. 30.

29. *Re plainte déposée par EDS Canada Ltd.* (30 juillet 2003), PR-2002-069 (TCCE) à la p. 10.

Demande par CCSI au Tribunal de déclarer M. Weedon un plaideur vexatoire

69. Comme il a été mentionné, les observations de CCSI sur le RIF comportent une demande que le Tribunal déclare le représentant et conseiller juridique d'Enterasys, M. Weedon, un plaideur vexatoire et interdise à M. Weedon de déposer d'autres plaintes en matière de passation des marchés publics. TPSGC a par la suite appuyé la demande par CCSI que M. Weedon soit déclaré un plaideur vexatoire à l'égard du dépôt de plaintes concernant les DRV publiées dans l'OCPN. TPSGC a aussi demandé qu'une telle déclaration soit élargie de manière à viser Trust Business Systems, West Atlantic Systems et leur propriétaire unique, M^{me} Debra Lance.

70. Après avoir examiné les observations faites par CCSI et TPSGC sur cette question, le Tribunal conclut que rien en fait et en droit ne permet de déclarer M. Weedon ou les autres personnes mentionnées par TPSGC des plaideurs vexatoires. En supposant qu'il a le pouvoir de déclarer une personne plaideur vexatoire en vertu du paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal estime qu'il n'a pas été démontré que M. Weedon et les autres personnes susmentionnées sont des plaideurs vexatoires dans les circonstances de ces plaintes. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal ne voit pas non plus comment une telle démonstration aurait pu être faite compte tenu de sa décision d'ouvrir une enquête sur ces plaintes.

71. Particulièrement, selon les principes énoncés dans la jurisprudence concernant les plaideurs vexatoires qu'invoque CCSI, le mot « vexatoire » s'entend de la présentation d'au moins une action visant le règlement d'une question qui a déjà été tranchée de même que la présentation d'actions qui n'ont aucune chance de succès. Compte tenu de ces principes, une personne peut être déclarée plaideur vexatoire si elle intente constamment des procédures pour que soient tranchées des questions qui ont déjà été réglées par un tribunal compétent, s'il est manifeste qu'une action n'a aucune chance raisonnable de succès ou ne soulève pas une question de fond justiciable, ou si une action est intentée à des fins irrégulières, y compris le harcèlement des autres parties³⁰. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que pour être vexatoire, une procédure doit être manifestement dénuée de bien-fondé ou intentée de façon malicieuse ou en vue de harceler ou d'importuner l'autre partie.

72. Ce n'est toutefois pas le cas dans la présente instance. Il est vrai que M. Weedon et les autres personnes visées par TPSGC ont par le passé participé à de nombreuses plaintes déposées au nom de sociétés autres qu'Enterasys ou, dans le cas de Trust Business Systems et West Atlantic Systems, pour leur propre compte, concernant d'autres DRV publiées dans le cadre de l'OCIM des SSER pour lesquelles le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter ou qu'il a jugé non fondées, mais il n'en demeure pas moins que dans les présentes plaintes, le Tribunal a déterminé qu'une enquête était justifiée. D'ailleurs, si le Tribunal avait estimé que compte tenu de ses décisions antérieures, ces plaintes équivalaient à un litige frivole ou vexatoire, il n'aurait pas accepté d'enquêter à leur égard.

73. La décision du Tribunal d'enquêter sur les plaintes signifiait aussi qu'aux termes du paragraphe 7(1) du *Règlement*, le Tribunal estimait que les renseignements fournis par la partie plaignante indiquaient, de façon raisonnable, que les marchés publics n'avaient pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents. Compte tenu de cette décision, Enterasys, M. Weedon et West Atlantic Systems, à titre de représentant d'Enterasys, ont des droits légitimes à faire valoir de même qu'une bonne cause d'action. On ne peut donc pas conclure que leurs plaintes n'ont absolument aucune chance de succès.

30. *L.K. v. Children's Aid Society of Lanark County* 1996 CanLII 461 (ON C.A.); *Re Lang Michener and Fabian*, 1987 CanLII 172 (ON S.C.).

74. À l'égard de l'argument selon lequel M. Weedon et les autres personnes visées par TPSGC continuent de déposer des plaintes au nom de diverses sociétés et clients en invoquant des motifs qui ont déjà été examinés et rejetés par le Tribunal, il est important de se rappeler que chaque DRV, prise individuellement, constitue un processus distinct qui peut mener à l'adjudication d'un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* et doit donc être conforme aux exigences des accords commerciaux. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que ses décisions concernant des plaintes similaires antérieures signifiaient seulement que les procédures de TPSGC qui avaient mené à l'adjudication des contrats dans *ces instances antérieures* n'étaient pas contraires aux accords commerciaux pertinents. Les décisions antérieures du Tribunal ne signifient pas que TPSGC agit conformément aux accords commerciaux à l'égard de toute autre DRV qu'elle publie, y compris les DRV en cause, ou que des motifs de plainte qui ont été jugés non fondés dans les instances antérieures ne peuvent plus être soulevés par M. Weedon ou West Atlantic Systems au nom d'Enterasys ou d'autres fournisseurs potentiels dans le contexte d'*autres* procédures de passation des marchés publics comportant d'*autres* DRV publiées dans le cadre de l'OCPN. Dans la mesure où le Tribunal détermine que de nouvelles plaintes, fondées sur des motifs similaires, mais concernant d'autres DRV, respectent les conditions d'enquête énoncées à l'article 7 du *Règlement*, rien ne permet de prétendre que les questions soulevées ont déjà été tranchées et ne peuvent plus faire l'objet d'un litige. Le Tribunal ne peut donc pas conclure que M. Weedon et les autres personnes mentionnées par TPSGC intentent constamment des procédures pour faire déterminer des questions qui ont déjà été tranchées par le Tribunal.

75. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'aucun élément de preuve n'indique que M. Weedon ou West Atlantic Systems, à titre de représentant d'Enterasys, n'a pas agi de bonne foi ou a déposé ces plaintes de façon malicieuse pour un motif irrégulier. Compte tenu de ce qui précède, les demandes par CCSI et TPSGC que M. Weedon, Trust Business Systems, West Atlantic Systems et leur propriétaire unique, M^{me} Lance, soient déclarées des plaideurs vexatoires sont rejetées.

Requête en radiation de certains documents du dossier présentée par CCSI

76. Comme il a été mentionné, le 12 mai 2010, le Tribunal a accueilli la requête de CCSI et a ordonné que les documents suivants joints aux observations d'Enterasys sur le RIF soient rayés du dossier :

- la pièce 2 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Dan Ionescu, d'ARTIS, datée du 31 mars 2010;
- la pièce 3 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Timothy Winters, de la University of New Hampshire InterOperability Laboratory, datée du 9 avril 2010;
- la pièce 4 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Mike Millar, d'Enterasys, datée du 26 avril 2010, et les documents qui y sont joints (pièces A à W).

77. Le Tribunal a accepté l'observation de CCSI selon laquelle les pièces 2 et 3 constituaient une preuve d'expert qu'Enterasys a déposée de façon contraire au paragraphe 22(1) des *Règles*. Les deux documents indiquent clairement que les auteurs ont une certaine expertise en matière d'équipement de réseau, et une copie de leur curriculum vitae a été incluse dans chaque pièce.

78. De plus, un examen de leurs lettres révèle que les auteurs se sont faits demander de fournir une opinion d'expert fondée sur des faits ou des documents spécifiques que leur a communiqués M. Weedon plutôt que de fournir une preuve factuelle. Par exemple, M. Ionescu, dans la pièce 2, déclare qu'Enterasys aurait besoin de renseignements sur la configuration du réseau afin de choisir les commutateurs Enterasys les plus appropriés qui pourraient être configurés pour l'interfonctionnement avec certains commutateurs. Il ajoute qu'à son avis d'expert, une appellation commerciale et un numéro de pièce de fabricant d'équipement original constituent des renseignements insuffisants pour qu'Enterasys soumette une proposition, qu'il est facile à un utilisateur final de préparer une liste des exigences opérationnelles pour un commutateur, sans faire référence à une appellation commerciale et un numéro de pièce d'un fabricant d'équipement original spécifique, et qu'il est impossible qu'un cabinet d'évaluation effectue des essais et prépare un rapport d'équivalence dans un délai de quatre jours. Quant à M. Winters, il énonce une opinion, dans la pièce 3, qui est fondée sur son expérience antérieure, sur le type de renseignements nécessaires pour fournir un rapport sur l'équivalence et l'interfonctionnement et sur le délai requis pour la préparation d'un tel rapport.

79. Selon le Tribunal, la teneur des deux lettres constitue nettement une preuve d'expert et Enterasys devait se conformer au paragraphe 22(1) des *Règles* afin de déposer ces éléments de preuve et faire entendre M. Ionescu ou M. Winters comme témoins dans l'instance. En particulier, aux termes des *Règles*, ces documents devaient être déposés au moins 20 jours avant l'audience. Soulignant que les lettres en question sont datées du 31 mars 2010 et du 9 avril 2010 respectivement, le Tribunal est d'avis qu'Enterasys aurait pu et aurait dû les déposer plus tôt. Le Tribunal fait aussi remarquer que rien dans la teneur des lettres ne répond directement aux allégations faites par TPSGC dans le RIF ou n'a trait aux documents déposés par TPSGC pour se conformer à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal.

80. Par conséquent, le Tribunal a conclu que s'il permettait l'introduction de ces éléments de preuve au dossier moins d'une semaine avant l'audience, il ne fournirait pas à TPSGC ou à CCSI une occasion raisonnable de répondre (c.-à-d. en faisant entendre leurs propres experts), de sorte qu'il contreviendrait vraisemblablement aux règles de l'équité procédurale. À cet égard, il est aussi important de faire remarquer qu'au moyen d'une lettre datée du 5 mai 2010, le Tribunal a informé Enterasys que s'il accordait une autre demande d'ajournement de l'audience, cela causerait préjudice au Tribunal et à l'intérêt public puisqu'un autre ajournement ne donnerait pas suffisamment de temps au Tribunal pour évaluer les éléments de preuve et les arguments des parties et rendre sa décision dans les 135 jours du dépôt du premier regroupement de plaintes, comme l'exige l'alinéa 12c) du *Règlement*. Dans sa lettre du 5 mai 2010, le Tribunal a aussi indiqué qu'étant donné qu'Enterasys était en possession du RIF depuis le 31 mars 2010 et que ses conseillers juridiques avaient reçu signification de la version confidentielle des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du 7 avril 2010 du Tribunal en date du 16 avril 2010, il estimait qu'Enterasys avait déjà eu suffisamment de temps pour choisir des témoins appropriés et prendre les mesures nécessaires pour les faire qualifier à titre de témoins experts.

81. En ce qui concerne la pièce 4 des observations d'Enterasys sur le RIF, le Tribunal a estimé que ce document, qui a été préparé par un employé d'Enterasys, ne répondait ni au RIF ni aux documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal. D'ailleurs, le document indique expressément qu'il vise à fournir des observations sur « ces DRV » [traduction] (c.-à-d. non pas sur le RIF). De l'avis du Tribunal, il ne s'agit donc pas d'une réponse valable au RIF et il aurait dû être déposé, au plus tard, au moment où Enterasys a déposé son troisième groupement de plaintes. L'équité procédurale et les considérations de justice naturelle dictent que, de façon générale, on ne doit pas permettre à la partie plaignante de diviser sa preuve en produisant, à l'appui de ses allégations, des éléments de preuve supplémentaires qui ne répondent pas au contenu du RIF lorsqu'elle dépose ses observations sur le RIF. À cet égard, le Tribunal souligne qu'en vertu des *Règles*, le RIF est la seule occasion dont dispose l'entité

acheteuse pour répondre en détail aux allégations d'une plainte et aux éléments de preuve de la partie plaignante. Par conséquent, s'il permettait la production au dossier de la pièce 4 à une étape si tardive du processus, le Tribunal priverait TPSGC et CCSI de l'occasion de donner une réponse pleine et entière à la plainte.

82. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal a ordonné que les documents susmentionnés soient rayés du dossier.

Nouveaux motifs de plainte dans les observations d'Enterasys sur le RIF

83. Le Tribunal fait remarquer que dans les observations sur le RIF faites par Enterasys le 7 mai 2010, qui portent aussi sur les documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue par le Tribunal le 7 avril 2010, y compris la déclaration du témoin faite par M. Weedon, certaines allégations et questions ne figurant pas dans les plaintes ont été soulevées pour la première fois, notamment les allégations suivantes : 1) concernant la DRV 651, TPSGC a fourni pour les commutateurs RL de catégorie 1.2 des nouvelles spécifications qui ne font pas partie de l'OCPN existante; 2) dans certains cas, les produits demandés qui étaient désignés par appellation commerciale sur une DRV et achetés ne répondent pas aux exigences énoncées dans les justifications techniques envoyées à TPSGC par les ministères clients; 3) TPSGC n'a pas divulgué des renseignements majeurs sur les critères d'évaluation en ne fournissant pas les justifications techniques aux fournisseurs potentiels; 4) les documents fournis par TPSGC démontrent qu'il a favorisé Cisco Systems Canada Co. (Cisco) en fournissant à divers ministères clients un projet de justifications techniques faisant référence aux produits de Cisco; 5) TPSGC n'a pas fourni de documents pour démontrer que la base installée des produits a été achetée au moyen d'un processus d'appels d'offres. M. Weedon a aussi abordé certaines de ces allégations pendant son témoignage à l'audience³¹.

84. Le Tribunal estime que ces allégations constituent de nouveaux motifs de plainte, qui ne faisaient pas partie de la liste de motifs de plainte figurant dans les trois regroupements de plaintes sur lesquelles le Tribunal a accepté d'enquêter. Le Tribunal fait remarquer que les motifs de plainte ne peuvent simplement être modifiés ni faire l'objet d'ajouts après qu'il accepte d'enquêter sur une plainte. D'ailleurs, l'acceptation de nouveaux motifs de plainte constituerait une modification de fond de la plainte contrairement à l'article 7 du *Règlement*, qui ordonne au Tribunal de déterminer si certaines conditions sont respectées avant d'accepter d'enquêter sur un motif de plainte particulier.

85. Pour ces motifs, les nouveaux motifs de plainte introduits par Enterasys dans ses observations sur le RIF n'ont pas été examinés par le Tribunal.

Argument de TPSGC sur la compétence

86. À l'audience, TPSGC a soutenu qu'étant donné qu'Enterasys avait démontré ne pas avoir l'intention de soumettre une proposition en réponse à l'une des 43 DRV par appellation commerciale en cause dans ces plaintes, il n'est pas un fournisseur potentiel qui a qualité pour déposer ces plaintes.

87. Le Tribunal est incapable d'accepter cet argument. Premièrement, le Tribunal souligne que cet argument ne figurait pas dans le RIF, de sorte qu'il estime qu'il n'a pas été soulevé dans les délais prescrits permettant à Enterasys de faire des observations significatives en réplique. Le Tribunal est d'avis que dans ces circonstances, il serait contraire aux principes fondamentaux de l'équité procédurale de trancher les plaintes sur la question de compétence soulevée par TPSGC à l'audience.

31. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 56-59, 62, 77-89, 103.

88. De toute manière, le Tribunal fait aussi remarquer qu'aux termes de l'OCPN, Enterasys, à titre de titulaire d'offres à commandes, est un « offrant » des catégories pertinentes auxquelles TPSGC doit envoyer toutes les DRV. Cela indique au Tribunal qu'Enterasys est autorisée à soumettre des propositions en réponse aux DRV publiées dans l'OCPN. Cela laisse entendre qu'elle est un fournisseur potentiel, c'est-à-dire un soumissionnaire potentiel pour ces contrats spécifiques, au sens de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*. Finalement, TPSGC n'a pas déposé, ni n'a mentionné au Tribunal, de décisions à l'appui de son opinion selon laquelle pour être un fournisseur potentiel, une partie plaignante doit établir qu'elle avait l'intention de soumettre une proposition.

Plaintes rejetées

89. Les trois DRV suivantes, qui faisaient l'objet de ces plaintes, ont été annulées et ont fait l'objet d'un nouvel appel d'offres :

- la DRV 695 (dossier n° PR-2009-108, invitation n° W0106-09613B/A) a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres en tant qu'invitation n° W0106-09613B/B, et le Tribunal a accepté d'enquêter sur une plainte (dossier n° PR-2009-141)³²;
- la DRV 711 (dossier n° PR-2009-118, invitation n° W010S-10D282/A) a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres en tant qu'invitation n° W010S-10D282/B, et le Tribunal a accepté d'enquêter sur une plainte (dossier n° PR-2009-144);
- la DRV 685 (PR-2009-121, invitation n° W6369-10P5GG/A) a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres en tant qu'invitation n° W6369-10P5GG /B, et le Tribunal a accepté d'enquêter sur une plainte (dossier n° PR-2009-110).

90. Compte tenu des circonstances particulières entourant les marchés publics en question, c.-à-d. que les trois ont fait l'objet de nouveaux appels d'offres et que le Tribunal a accepté d'enquêter sur des plaintes une seconde fois, le Tribunal estime que les plaintes, depuis leur dépôt auprès de lui, sont maintenant caduques et ne s'appuient donc sur aucun fondement valable. Le Tribunal décide donc, aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement*, de cesser les enquêtes dans les dossiers n^{os} PR-2009-108, PR-2009-118 et PR-2009-121.

ANALYSE

91. 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. Dans ces affaires, à la conclusion de l'enquête, il doit déterminer le bien-fondé des plaintes en fonction des critères et procédures établis par règlement pour les contrats spécifiques. L'article 11 du *Règlement* prévoit en outre que le Tribunal doit déterminer si les marchés publics ont été passés conformément aux accords commerciaux pertinents, soit en l'espèce l'*ACI*, l'*ALÉNA*, l'*AMP*, l'*ALÉCC* et l'*ALÉCP*, selon la valeur de chaque DRV³³.

32. Enterasys a ultérieurement déposé des plaintes additionnelles concernant l'OCPN des SSER en plus des 44 plaintes en cause.

33. En plus d'autres exigences concernant le champ d'application, les cinq accords commerciaux comportent des seuils monétaires distincts, au-dessus desquels un accord commercial s'applique à un marché public. Essentiellement, plus la valeur monétaire est élevée, plus les accords commerciaux qui s'appliquent sont nombreux. Pour les DRV d'une valeur supérieure à 25 000 \$ mais inférieure à 27 300 \$, seule l'*ACI* s'applique. L'*ALÉNA* s'applique à partir de 27 300 \$ (383 300 \$ pour les sociétés d'État). L'*ALÉCC* et l'*ALÉCP* s'appliquent aux DRV d'une valeur supérieure à 76 600 \$ (383 300 \$ pour les sociétés d'État). L'*AMP* s'applique aux DRV d'une valeur supérieure à 221 000 \$ (604 500 \$ pour les sociétés d'État).

92. Bien que toutes les plaintes mentionnent de façon générale les dispositions de l'*ACI*, de l'*ALÉNA* et de l'*AMP*, les allégations précises de contraventions aux accords commerciaux pertinents faites par Enterasys et les arguments qu'elle a présentés à l'audience portent sur les dispositions pertinentes de l'*ALÉNA*. Le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys n'a pas fourni d'analyses distinctes ni avancé d'arguments particuliers afin de démontrer l'existence de contraventions aux dispositions de l'*ACI* ou de l'*AMP*. Pour ce motif, et compte tenu du fait que l'*ALÉNA* s'applique aux 44 DRV en cause, le Tribunal limite son analyse aux allégations de contraventions à l'*ALÉNA* faites par Enterasys.

93. De toute manière, dans le contexte de ces plaintes, le Tribunal est d'avis que les dispositions de l'*ACI*, de l'*ALÉCC*, de l'*ALÉCP* et de l'*AMP* sont similaires à celles de l'*ALÉNA* et n'imposent pas à l'institution fédérale des obligations plus rigoureuses. Ainsi, l'analyse du Tribunal fondée sur l'*ALÉNA* s'appliquerait également aux termes de l'*ACI*, de l'*ALÉCC*, de l'*ALÉCP* et de l'*AMP* et suffit pour l'examen des plaintes.

94. Le Tribunal estime que les motifs de plainte qui forment l'objet de cette enquête peuvent se diviser en trois grandes allégations : 1) TPSGC n'était pas justifié de spécifier des produits par appellation commerciale; 2) TPSGC a indûment refusé de fournir des renseignements additionnels et d'accorder du temps supplémentaire aux soumissionnaires afin de permettre aux soumissionnaires de produits équivalents de préparer leur proposition; 3) TPSGC a indûment acheté des produits qui ne respectent pas les spécifications obligatoires de la catégorie de produits pertinente indiquée dans les DRV en cause (c.-à-d. la catégorie 1.1 ou 1.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN, selon chaque DRV). Le Tribunal abordera à tour de rôle chacune de ces allégations. Le Tribunal examinera ensuite les allégations d'Enterasys concernant la DRV 636 (dossier n° PR-2009-100), qui ne spécifiait pas les produits demandés au moyen d'appellations commerciales.

Utilisation d'appellations commerciales — sixième motif

Position d'Enterasys

95. Enterasys soutient que TPSGC aurait facilement pu fournir une description des exigences opérationnelles dans les DRV en cause sans indiquer d'appellation commerciale, de modèle ou de numéro de pièce spécifique. Elle a fourni des renseignements provenant de The Tolly Group, qu'elle a qualifiée de « [...] chef de file mondial dans la prestation de services d'essais et de validation indépendants pour le secteur de la technologie de l'information »³⁴ [traduction], où on retrouve ce qui suit :

Selon notre opinion professionnelle, il y a suffisamment de façons précises et intelligibles de décrire ces exigences de commutateur sans faire référence à une appellation commerciale et à un code de produit de fabricant d'équipement original spécifique. Selon notre expérience, il n'est pas très complexe de définir les exigences techniques exactes³⁵.

[Traduction]

96. Enterasys soutient que TPSGC, dans le cas d'une DRV ne faisant pas l'objet de ces plaintes — la DRV 325 — et dans le cas d'une DRV faisant l'objet de ces plaintes — la DRV 636³⁶ — a fourni aux soumissionnaires les exigences opérationnelles sans utiliser d'appellation commerciale et de codes de produit. Selon Enterasys, cela démontre qu'il est facilement possible pour les ministères utilisateurs finaux et TPSGC de décrire leurs exigences sans mentionner d'appellation commerciale et de modèle spécifiques.

34. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 6.

35. *Ibid.* à la p. 243.

36. Dossier n° PR-2009-100.

97. Enterasys soutient que dans les cas où une appellation commerciale a été spécifiée, TPSGC reçoit du ministère client des renseignements qu'il ne transmet pas aux soumissionnaires. Enterasys allègue que TPSGC a utilisé une « feuille de renseignements des SSER »³⁷ pour ce processus. Elle souligne que la feuille de renseignements énonce ce qui suit :

Si l'ensemble de produits de fabricant d'origine demandés est considéré comme le seul ensemble de produits soutenant une caractéristique requise répondant à vos exigences opérationnelles, il faudra une justification technique aux fins de validation par rapport à une soumission équivalente d'un autre ensemble de produits de fabricant d'origine.

[Traduction]

Enterasys ajoute que la feuille de renseignements ne fait pas partie de l'accord d'OCPN et qu'Enterasys n'est pas d'accord avec elle. Elle avance que TPSGC a caché aux soumissionnaires ce document et cette procédure.

98. Enterasys soutient que les énoncés de justification technique des ministères clients pour l'utilisation d'appellations commerciales, fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal, démontrent que TPSGC aurait facilement pu décrire les produits demandés sans faire référence à des appellations commerciales spécifiques. En particulier, Enterasys soutient que les exigences opérationnelles décrites dans les énoncés de justification technique des ministères clients portent souvent sur les spécifications minimales pour la catégorie de produits pertinente énoncée à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN et qu'Enterasys aurait pu proposer des produits qui auraient répondu à toutes ces exigences si les justifications techniques avaient été fournies pendant la période de soumission. Enterasys ajoute que l'utilisation d'appellations commerciales créait l'impression que les exigences opérationnelles étaient plus marquées qu'en réalité.

Position de TPSGC

99. TPSGC soutient que dans de telles affaires, la norme de contrôle appropriée est le caractère raisonnable, et non pas la norme de la décision correcte. Il avance qu'on demande au Tribunal d'annuler des décisions discrétionnaires prises par TPSGC dans le cours de l'administration des 44 invitations. TPSGC soutient que lorsqu'on détermine si TPSGC a agi conformément aux obligations que lui imposent les accords commerciaux dans l'administration de l'OCIM des SSER, il ne s'agit pas de savoir si le Tribunal aurait exercé son pouvoir discrétionnaire différemment ou en serait arrivé à des décisions différentes de celles de TPSGC, mais plutôt si les décisions de TPSGC étaient raisonnables suivant une norme objective. TPSGC mentionne une décision antérieure³⁸ où, souligne-t-il, le Tribunal a estimé qu'il s'agissait de savoir si la décision de TPSGC « [...] était raisonnable étant donné les circonstances [...] ». Selon TPSGC, de telles circonstances reconnaissent qu'il n'y a pas qu'une seule décision correcte et qu'une décision n'est pas nécessairement erronée parce que l'organisme d'examen en aurait décidé autrement.

100. TPSGC soutient avoir administré l'OCIM des SSER de bonne foi et conformément à ses modalités et à celles des accords commerciaux pertinents. TPSGC avance qu'Enterasys n'a pas fourni de véritables éléments de preuve de nature scientifique ou technique contraire, qu'Enterasys supporte le fardeau de preuve et que de simples affirmations ne sont pas des preuves permettant qu'on tire des conclusions de fait.

37. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 223 [feuille de renseignements].

38. *Re plainte déposée par Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc.* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au para. 25.

TPSGC fait valoir qu'à l'exception d'un cas dans les plaintes déposées à l'égard de l'OCIM³⁹, le Tribunal a rejeté tous les motifs de plainte ou a refusé de faire enquête sur ceux-ci. Il déclare que les 44 plaintes en cause sont aussi dénuées de fondement et doivent être rejetées.

101. TPSGC soutient que pendant le processus original de DOC des SSER, aucun fournisseur potentiel, y compris Enterasys, n'a soulevé des oppositions ou n'a posé des questions concernant les dispositions de « produits équivalents » [traduction] de la DOC.

102. TPSGC maintient que conformément aux conclusions antérieures du Tribunal dans les cas où TPSGC a recouru à la procédure de passation des marchés au moyen des DRV en cause⁴⁰, l'utilisation d'appellations commerciales en vue de la description des exigences de produits est entièrement compatible avec l'OCPN et les accords commerciaux. Il soutient que la DOC des SSER, l'OCIM et l'OCPN autorisent expressément l'utilisation d'appellations commerciales pour décrire l'équipement de réseau dans une DRV. Il soutient que la structure même de l'OCPN, selon laquelle les offrants énoncent leur gamme spécifique d'équipement sur des LPP, prévoit l'utilisation d'appellations commerciales pour la désignation et l'acquisition d'équipement. TPSGC fait valoir que des appellations commerciales ont été utilisées pour décrire de l'équipement de réseau dans 43 des 44 DRV en cause parce que, dans ces circonstances, il n'y avait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences des ministères clients.

103. TPSGC soutient que la décision de désigner l'équipement au moyen d'une appellation commerciale, avec des produits équivalents, tient compte des facteurs suivants : si l'équipement sera installé dans un réseau existant; si l'intégrité et la fiabilité du réseau existant sont essentielles pour le ministère ou l'organisme hôte; l'importance de l'interfonctionnement avec l'équipement existant; les risques inhérents à l'énoncé de spécifications génériques et l'effet d'un bris des réseaux de l'État. Il soutient que les 43 DRV à « appellations commerciales » visaient l'équipement de réseau à être installé et intégré dans des réseaux existants dont l'intégrité et la fiabilité étaient essentielles pour le ministère ou l'organisme hôte. TPSGC conclut qu'il était donc crucial que l'équipement soit interfonctionnel avec l'équipement existant, à défaut de quoi ces réseaux pouvaient être compromis.

104. Il soutient que lorsque l'interfonctionnement avec un réseau existant est requis, il est très complexe de décrire précisément les exigences techniques exactes, c.-à-d. qu'il y a littéralement des centaines de facteurs qui devraient être mentionnés à l'égard des spécifications de produits et, fait plus important, à l'égard des exigences spécifiques d'interfonctionnement. TPSGC affirme que s'il était obligé d'utiliser des spécifications génériques, des critères essentiels pourraient être omis par inadvertance, ce qui entraînerait un risque inacceptable d'acquisition de produits qui n'auraient pas la compatibilité et l'interfonctionnement nécessaires avec les réseaux hôtes.

39. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE). Le Tribunal a conclu, en ce qui concerne le dossier n^o PR-2009-077, que l'un des quatre motifs de plainte était fondé. Le Tribunal a déterminé « [...] qu'en tentant d'acheter [un progiciel particulier], TPSGC a “chevauché plusieurs catégories” [traduction] et a contrevenu aux dispositions de l'OCIM des SSER, de sorte qu'il n'a pas mené cette partie du marché conformément à l'ALÉNA ».

40. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 to PR-2007-077 (TCCE) au para. 53; *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 to PR-2008-006 (TCCE) au para. 49.

Position de CCSI

105. CCSI soutient qu'Enterasys ne fournit aucun élément de preuve positif à l'appui de ses allégations et s'est fondée uniquement sur des hypothèses, des conjectures, des déclarations non étayées et des affirmations de fait sans fondement. Elle ajoute qu'Enterasys n'a pas relevé son fardeau de preuve, de sorte que pour ce seul motif, le Tribunal doit conclure à l'absence de bien-fondé des plaintes.

106. CCSI soutient que le Tribunal a déjà établi que de telles mentions d'appellations commerciales par TPSGC étaient conformes à l'article 14⁴¹ et ne contrevenaient pas à l'ACT⁴². Cela étant, CCSI déclare que TPSGC a agi convenablement en décrivant les exigences de la manière dont elle l'a fait pour les DRV en cause.

Analyse de la majorité⁴³

107. Le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA exige ce qui suit⁴⁴ :

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.

108. Lorsqu'il interprète les dispositions de l'ALÉNA, le Tribunal tient compte du paragraphe 31(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴⁵, qui prévoit ce qui suit :

Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

109. Ce principe est compatible avec l'approche contextuelle moderne à l'interprétation des lois, selon laquelle le libellé d'un texte de loi doit être interprété dans l'ensemble de son contexte et dans son sens grammatical et ordinaire en harmonie avec les dispositions de la loi, l'objet de la loi et l'intention du Parlement⁴⁶. Ainsi, il ne faut pas lire le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA comme une disposition isolée, et son sens doit être déterminé compte tenu de tout son contexte ainsi que de l'objet et du but de l'ALÉNA.

41. *Re plainte déposée par Trust Business Systems* (12 juin 2007), PR-2007-021 (TCCE).

42. *Re plainte déposée par West Atlantic Systems* (6 novembre 2007), PR-2007-063 (TCCE).

43. L'analyse de la majorité concerne toute les plaintes en cause sauf celles du dossier n° PR-2009-108 — invitation n° W0106-09613B/A (DRV 695) et du dossier n° PR-2009-118 — invitation n° W010S-10D282/A (DRV 711) et du dossier n° PR-2009-121 — invitation n° W6369-10P5GG/A (DRV 685), plaintes pour lesquelles le Tribunal a conclu qu'il ne pouvait y avoir aucun fondement valable, et du dossier n° PR-2009-100 — invitation n° B8217-090660/A (DRV 636), plainte que le Tribunal, pour les raisons exposées dans les paragraphes 284 et 285, a jugé être non fondée.

44. Une formulation similaire se trouve au paragraphe Kbis-07(3) de l'ALÉCC, au paragraphe 1407(3) de l'ALÉCP et au paragraphe VI(3) de l'AMP.

45. (1969) 1155 R.T.N.U. 331, entré en vigueur le 27 janvier 1980.

46. *Re plainte déposée par Georgian College of Applied Arts and Technology* (3 novembre 2003), PR-2001-067R (TCCE) à la p. 4.

110. Compte tenu du contexte du paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* et le but global du chapitre sur les marchés publics de l'*ALÉNA*, le Tribunal est d'avis que le paragraphe 1007(3) doit être interprété dans un sens étroit plutôt que dans un sens large. À cet égard, il faut lire le paragraphe 1007(3) à la lumière de l'article 1017, qui indique que l'objet du chapitre sur les marchés publics consiste à favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, et à la lumière des paragraphes 1007(1) et 1007(2), qui prévoient ce qui suit :

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.
2. Chacune des Parties fera en sorte que toute spécification technique prescrite par ses entités soit, s'il y a lieu,
 - a. définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives [...].

111. De l'avis du Tribunal, ces exigences indiquent qu'aux termes de l'*ALÉNA*, l'utilisation d'appellations commerciales ou de marques de commerce ne constitue pas la méthode privilégiée de prescription des spécifications techniques. Lues ensemble, ces dispositions privilégient l'utilisation de spécifications génériques décrites selon des critères de rendement afin que les acheteurs gouvernementaux disposent d'un vaste réservoir de soumissionnaires concurrentiels, assurant ainsi que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent. Ainsi, le Tribunal conclut que, de façon générale, les entités gouvernementales doivent éviter de décourager les soumissionnaires potentiels de participer pleinement à la procédure de passation des marchés en imposant des coûts ou des conditions lourdes ou en décrivant leurs exigences de façon à dissuader des fournisseurs potentiels de soumettre des propositions. Le Tribunal conclut que le fait de décrire inutilement les exigences en mentionnant une marque de commerce ou une appellation commerciale particulière irait à l'encontre de l'objet susmentionné du chapitre de l'*ALÉNA* sur les marchés publics.

112. Le Tribunal estime aussi que les méthodes de passation des marchés publics visent un équilibre entre l'intérêt des institutions gouvernementales d'obtenir les biens et services nécessaires et l'intérêt des fournisseurs potentiels de bénéficier d'un accès équitable et transparent aux occasions de marchés publics. De l'avis du Tribunal, cela explique pourquoi, dans des circonstances limitées et minutieusement circonscrites (c.-à-d. « [...] à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché [...] »), l'*ALÉNA* autorise les entités gouvernementales à recourir à une marque de commerce ou à une appellation commerciale, un brevet, une conception ou un type spécifique ou à demander des produits d'un fournisseur donné. Le libellé des dispositions applicables doit s'interpréter dans ce contexte.

113. En résumé, le Tribunal estime que le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* énonce une interdiction — avec une exception — à l'utilisation d'une marque de commerce ou d'une appellation commerciale spécifique. En particulier, dans le contexte des plaintes en cause, le Tribunal interprète le paragraphe 1007(3) comme signifiant qu'une DRV ne peut citer une appellation commerciale ou un produit « [...] à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché [...] ». Cela signifie que TPSGC ne peut désigner les produits par appellation commerciale dans les cas où il estime qu'il serait simplement plus efficace de le faire. Il faut plutôt démontrer qu'il n'y a aucun moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire autrement les exigences du marché. Le paragraphe 1007(3) limite clairement l'utilisation d'appellations commerciales aux situations où l'emploi de

spécifications génériques fondées sur des critères de rendement ne suffirait pas pour permettre aux entités gouvernementales de décrire précisément leurs exigences ou veiller à ce que ces exigences soient compréhensibles⁴⁷.

114. Le Tribunal conclut qu'il incombe à TPSGC de démontrer que de telles circonstances s'appliquent aux marchés qui font l'objet de ces plaintes et que l'utilisation d'appellations commerciales est justifiée pour les DRV en question aux termes du paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA. À cet égard, le Tribunal a déclaré ce qui suit dans des décisions antérieures concernant l'OCIM des SSER (maintenant l'OCPN) :

Le Tribunal n'interprète pas l'article 1007(3) de l'ALÉNA comme exigeant nécessairement que les entités fédérales justifient *en cours* d'appel d'offres le recours à des appellations commerciales pour décrire les besoins visés par les marchés publics. Ce n'est cependant pas dire qu'elles n'ont jamais l'obligation de le faire. Bien sûr, lorsque la question fait l'objet d'une enquête du Tribunal comme dans le présent cas, une entité fédérale doit alors pouvoir exposer au Tribunal pourquoi il n'y avait pas « d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible » de décrire les exigences du marché. Que cette justification vienne d'un document interne comme la Feuille de renseignements des SSER de TPSGC ou de tout autre moyen employé n'est pas pertinent, selon le Tribunal, tant que le Tribunal est en mesure de bien cerner la nature de la justification fournie⁴⁸.

115. Par conséquent, le Tribunal a examiné si TPSGC avait démontré, pendant l'instance, qu'il n'y avait pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du marché pour les DRV que par l'emploi d'appellations commerciales.

116. Dans une décision antérieure, le Tribunal a aussi conclu que l'OCIM (maintenant l'OCPN) et la DRV s'appliquent à deux niveaux distincts et que même si elles sont corrélatives, des circonstances pourraient faire en sorte que la structure de l'OCPN soit considérée conforme aux dispositions des accords commerciaux mais qu'il y ait une préoccupation légitime concernant l'application du régime de l'OCPN dans le contexte de DRV individuelles. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

[...] 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 [...] ⁴⁹.

117. Les conclusions qui précèdent indiquent clairement que les décisions antérieures du Tribunal concernant d'autres DRV publiées dans le cadre de l'OCIM des SSER (maintenant l'OCPN) ne doivent pas être interprétées comme une indication que les DRV en cause qui désignent des produits par appellation commerciale sont conformes au paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA. De plus, elles indiquent aussi qu'il est loisible à TPSGC de justifier l'utilisation d'appellations commerciales par des moyens autres que la « Feuille de renseignements des SSER » [traduction] mentionnée par Enterasys dans ses plaintes, lorsque

47. Le sens courant du terme « *precise* » (précis), selon le *Canadian Oxford Dictionary*, est « exprimé avec précision » [traduction] ou « bien déterminé, exact » [traduction]. Selon la même source, le sens courant de « *intelligible* » (intelligible) est « qui peut être compris, compréhensible » [traduction]. Deuxième éd., s.v. « *precise* » et « *intelligible* ».

48. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE) au para. 45.

49. *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (26 mai 2008), PR-2007-088 (TCCE) au para. 35.

cette question fait l'objet d'une plainte. À cet égard, le Tribunal fait observer que TPSGC, en réponse à l'ordonnance, rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal, lui enjoignant de produire «[...] tous les renseignements, y compris toutes les justifications techniques et la correspondance s'y rattachant, qui fondent la description des exigences du marché public ayant trait à des marques de commerce ou des marques de fabrique particulières [...]» n'a pas fourni de telles feuilles de renseignements. Cela semble indiquer que, contrairement aux observations d'Enterasys, les ministères clients et TPSGC n'utilisent pas de telles feuilles de renseignements pour justifier l'utilisation d'appellations commerciales et qu'elles ne sont pas pertinentes pour ces plaintes.

118. TPSGC a tenté de justifier l'utilisation d'appellations commerciales à l'aide de la preuve de ses témoins. Selon la déposition d'un des témoins de TPSGC à l'audience, la décision sur la question de savoir si une DRV utilise une appellation commerciale ou une spécification générique relève de la DGSIT de TPSGC, qui est l'autorité technique pertinente⁵⁰. Le ministère client lance la procédure de passation du marché en ouvrant une session sur le site Web interne ISIS de TPSGC, en choisissant son équipement requis et en envoyant une demande d'achat à TPSGC. Selon TPSGC, le portail ISIS a été élaboré de manière à ce que le ministère puisse demander des produits par appellation commerciale. Une fois que TPSGC reçoit la demande d'achat, si le besoin est évalué à plus de 100 000 \$, il demande une justification technique (JT) à l'appui de la raison pour laquelle le client veut des produits d'un fabricant donné. Si le ministère client ne fournit pas une telle justification, TPSGC lui envoie électroniquement un modèle de JT et requiert qu'il justifie sa demande. En outre, selon TPSGC, même si le courriel avise les clients que la JT servira à l'évaluation de l'équipement équivalent en cas de proposition d'un tel équipement, ce n'est pas le cas en réalité. Selon ses témoins, TPSGC utilise les spécifications techniques publiques du fournisseur dont les produits sont demandés afin d'évaluer les propositions de soumissionnaires de produits équivalents (le cas échéant) et détermine si l'équivalence avec les produits désignés par appellation commerciale dans chaque DRV a été démontrée⁵¹. Cet échange se produit entre le ministère client et la DGSIT de TPSGC, et une fois que la DGSIT estime que la JT explique adéquatement les exigences du ministère client, une demande d'achat est envoyée à l'agent de négociation des contrats de TPSGC, qui envoie par la suite la DRV aux titulaires d'OCPN.

119. Il semble au Tribunal qu'en fonction de la déposition des témoins de TPSGC, la première étape à suivre pour presque tous les ministères clients qui utilisent la procédure de passation des marchés par OCPN consiste pour eux à demander des produits par appellation commerciale. Un témoin a déclaré croire que les deux tiers des DRV publiées dans le cadre de l'OCIM/OCPN⁵² étaient des DRV « par appellation commerciale », tandis qu'un autre témoin a déclaré ce qui suit : « [...] le véhicule pour les SSER a été élaboré de manière à ce que le ministère puisse demander [un produit] par appellation commerciale [...] [D]ans la première demande [le ministère client] se rend sur le portail [ISIS], où tout est énuméré, et peut ensuite demander par appellation commerciale ce dont il a besoin »⁵³ [traduction]. Le directeur par intérim, Gestion de réseau, Gestion et prestation des services, DGSIT, TPSGC, a aussi reconnu que, dans son groupe, une DRV par appellation commerciale est « généralement » [traduction] considérée comme une « DRV courante »⁵⁴ [traduction]. Il est aussi clair pour le Tribunal que TPSGC considère que la question de

50. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 316.

51. *Ibid.* à la p. 283.

52. Cela concernait les DRV pour toutes les catégories de matériel. TPSGC n'a pas été en mesure de fournir le nombre exact de DRV pour les catégories 1.1 et 1.2 si ce n'est qu'il y avait eu environ de 200 à 250 DRV depuis le début de l'OCIM/OCPN en 2006.

53. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 292.

54. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, à la p. 338.

savoir si l'équipement est destiné à un réseau existant ou à une partie d'un nouveau système est le facteur crucial pour déterminer si une DRV par appellation commerciale sera publiée. De façon générale, l'utilisation d'appellations commerciales sera toujours privilégiée par rapport à des spécifications génériques lorsque l'équipement demandé doit être intégré à un réseau existant⁵⁵.

120. Par conséquent, la position subsidiaire de TPSGC est que, si l'équipement demandé doit être intégré à un réseau existant, une DRV par appellation commerciale est jugée nécessaire. D'ailleurs, le Tribunal fait observer que, dans un cas, une lettre interne de TPSGC entre la DGSIT et l'autorité contractante se lit comme suit : « Cette DRV a été envoyée de nouveau [parce que] le statut a été changé *de DRV générique à DRV courante* »⁵⁶ [traduction, nos italiques]. Les éléments de preuve indiquent aussi que dans le cas de la DRV 650, la DGSIT de TPSGC a suggéré au ministère client de modifier sa justification technique originale, laquelle indiquait que les produits demandés seraient intégrés à un réseau existant, afin d'indiquer que les produits demandés serviraient à l'établissement d'un nouveau réseau⁵⁷.

121. Selon les éléments de preuve, TPSGC a permis que certaines considérations d'ordre pratique, comme les questions de délai et la complexité inhérente à la préparation d'une DRV au moyen de spécifications génériques, influencent la manière dont il a procédé aux marchés publics en cause. Il ne fait aucun doute que pour certaines exigences, le délai est une question essentielle. L'un des témoins de TPSGC a souligné l'exemple d'un marché public, qui n'est pas en cause, qui nécessitait certains équipements en réponse au récent séisme en Haïti. Toutefois, comme il a été mentionné, de telles considérations n'exonèrent pas TPSGC, lorsqu'il décide de désigner les produits requis au moyen d'appellations commerciales, de veiller à ce qu'il n'y ait aucun autre moyen précis ou intelligible de décrire les exigences du marché. Dans ces plaintes, le Tribunal n'est pas convaincu que TPSGC a démontré que tel était le cas pour les 40 DRV en cause qui désignaient des produits par appellation commerciale⁵⁸. Au contraire, dans l'ensemble, les éléments de preuve au dossier indiquent que TPSGC, en fournissant ses services aux ministères clients, a établi un système qui ne permet pas une évaluation significative de la question de savoir si le critère juridique requis par le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* était rempli. De l'avis du Tribunal, TPSGC a, en pratique, complètement inversé l'ensemble de la procédure visée par le paragraphe 1007(3) en appliquant le régime d'OCPN de manière à ce que l'utilisation d'appellations commerciales devienne la règle.

122. À première vue, même s'il semble que la DGSIT de TPSGC empêche les ministères clients de demander automatiquement des produits par appellation commerciale, les éléments de preuve indiquent qu'en réalité, les ministères clients ne se font pas demander de déterminer s'il pourrait y avoir un autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du marché⁵⁹. L'un des témoins de TPSGC a aussi affirmé qu'en général, la direction des ministères clients leur ordonne de dire que certains équipements sont nécessaires et de « [...] donner une justification des motifs pour lesquels [le ministère] devrait acheter cette appellation commerciale particulière »⁶⁰ [traduction]. Le Tribunal fait aussi remarquer que dans les documents fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal, aucun document n'indique clairement que la question de savoir s'il n'y a pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du marché n'a été abordée par les ministères clients ou TPSGC.

55. *Ibid.* aux pp. 328-329, 389-392.

56. *Ibid.* à la p. 338; pièce du Tribunal PR-2009-080-41 (protégée), dossier administratif, vol. 2.01 à la p. 837.

57. Pièce du Tribunal PR-2009-080-41 (protégée), dossier administratif, vol. 2.01 aux pp. 809-810.

58. Il y avait initialement 43 DRV spécifiant des produits par appellation commerciale. Suivant la décision du Tribunal de rejeter les plaintes concernant 3 de ces DRV étant donné l'annulation des marchés par TPSGC, il reste 40 DRV en cause.

59. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 292-293.

60. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 282.

123. Il est vrai que la DGSIT prescrit une JT dans laquelle les ministères clients doivent décrire leurs exigences. À cet égard, la DGSIT fournit souvent aux ministères clients des modèles de JT afin de les aider à définir le projet, c.-à-d. grand, petit, existant, nouveau, et détermine si l'utilisation d'appellations commerciales est justifiée⁶¹. Le Tribunal fait observer que bon nombre de ces JT décrivent ces exigences sur le plan des capacités opérationnelles, c.-à-d. l'équipement avec lequel il doit interfacer ou les fonctions qu'il doit soutenir ou remplir, par opposition à l'énoncé des raisons pour lesquelles il doit s'agir d'un produit d'appellation commerciale particulière. Ce n'est pas surprenant puisque le courriel envoyé par l'analyste de la DGSIT aux ministères clients qui demandent des JT ne demande pas à ceux-ci de justifier l'utilisation d'appellations commerciales. Il ne fait qu'expliquer ce qui suit : « [...] nous demandons une justification technique solide pour votre catégorie [1.2/1.1] dans le processus de DRV de manière à ce que si une soumission de produits équivalents est présentée, vous êtes assuré d'obtenir de l'équipement qui répond à vos besoins. [...] La justification technique est utilisée seulement s'il y a une soumission de produits équivalents » [traduction, nos italiques]⁶². Ce libellé suppose qu'au moment de l'envoi de la demande de JT, TPSGC a déjà déterminé que l'utilisation d'appellations commerciales est appropriée et ne remettra pas en doute les décisions des ministères clients de demander des produits par appellation commerciale donnée; autrement, il ne serait pas nécessaire de faire référence, dans le courriel demandant une JT, à la proposition éventuelle d'une « soumission de produits équivalents ». D'ailleurs, la proposition de produits équivalents dans l'OCPN n'est une considération pertinente que dans la mesure où TPSGC a déjà décidé d'aller de l'avant avec une DRV qui spécifie des produits au moyen d'appellations commerciales.

124. Le Tribunal fait aussi remarquer que la DGSIT informe aussi les ministères clients dans ce courriel que les renseignements figurant dans la JT serviront à l'évaluation des soumissions de produits équivalents; toutefois, comme le Tribunal l'a appris grâce à la déposition des témoins de TPSGC, tel n'est pas le cas. Comme l'affirme l'un des témoins de TPSGC, « [...] réviser la justification technique au point où elle pourrait être utilisée à des fins d'équivalence constituerait une tâche très longue » [traduction] et certains ministères « [...] n'ont pas toute l'expertise requise pour faire cela »⁶³ [traduction]. Toutefois, le Tribunal n'est pas convaincu que les renseignements fournis par les ministères clients dans la JT soutiennent adéquatement l'utilisation d'appellations commerciales. À cet égard, les exigences opérationnelles générales relativement courtes fournies dans les JT contredisent l'argument de TPSGC selon lequel une description précise des critères techniques exacts nécessite un niveau de complexité très élevé en raison du grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement en cause et qu'il y a littéralement des centaines de facteurs qui devraient être abordés pour que l'on décrive les produits requis sans faire référence à des appellations commerciales données⁶⁴.

61. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 328-329.

62. Voir, par exemple, pièce du Tribunal PR-2009-080-41A, dossier administratif, vol. 1.01 à la p. 11.

63. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 315, 316.

64. À ce sujet, le Tribunal fait remarquer que les témoins de TPSGC ont déclaré que les JT sont souvent erronées ou incomplètes et que certains ministères clients n'ont pas l'expertise pour décrire correctement leurs exigences. Toutefois, dans son courriel mentionné plus haut envoyé aux ministères clients, TPSGC leur demandait explicitement de décrire les fonctionnalités du matériel requis. Il n'est pas clair pour le Tribunal en vertu de quoi TPSGC peut prétendre qu'il a une meilleure connaissance des exigences opérationnelles que les ministères clients eux-mêmes. De plus, il n'y a aucune preuve documentaire au dossier qui corrobore les affirmations des témoins de TPSGC selon lesquelles, dans les circonstances particulières des DRV en cause où les produits ont été désignés par appellation commerciale, l'utilisation de spécifications génériques aurait constitué un risque inacceptable pour les réseaux des ministères.

125. Le Tribunal fait aussi remarquer que dans les cas de la DRV 650 et de la DRV 651, même si TPSGC a initialement avisé le ministère client que des spécifications génériques devaient être utilisées, en fin de compte, en raison de la complexité de la préparation d'une DRV générique⁶⁵ et de délais auxquels faisait face le ministère client, les deux ont été publiées en tant que DRV par appellation commerciale. TPSGC a fait entendre des témoins qui ont affirmé que, en fonction des documents relatifs à la DRV 650 fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal, la DGSIT avait suggéré que soient apportés à la JT des changements qui, dans les faits, la faisait passer d'une DRV générique à une DRV par appellation commerciale. Ces deux procédures particulières ont donc essentiellement dépouillé de tout sens le protocole supposément en place pour garantir une justification adéquate pour l'exigence de produits par appellation commerciale. De plus, pendant la déposition de l'agent d'approvisionnement, il y a eu de nombreuses mentions du délai supplémentaire requis pour le traitement d'une DRV générique comparativement à une DRV qui désigne les produits demandés par appellation commerciale et de la complexité inhérente des DRV génériques. Compte tenu de la déposition de l'agent d'approvisionnement, le Tribunal conclut que la décision de TPSGC d'utiliser des appellations commerciales dans le cas des DRV en cause a été influencée par des facteurs autres que la détermination de la question de savoir s'il n'y avait, dans chaque cas examiné individuellement, aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du marché.

126. En résumé, le Tribunal est d'avis que TPSGC n'a pas établi que les conditions nécessaires pour l'utilisation d'appellations commerciales que prévoit le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA ont été respectées dans les circonstances des DRV qui spécifient les produits par appellation commerciale en cause. Des considérations pratiques/opérationnelles ou systémiques générales, comme celles dont a tenu compte TPSGC, ne sont pas visées par le libellé du paragraphe 1007(3), qui prévoit l'utilisation d'appellations commerciales. Par conséquent, le Tribunal conclut que le comportement de TPSGC concernant ces DRV était contraire au paragraphe 1007(3).

127. Enterasys a aussi prétendu dans ses plaintes qu'en spécifiant indûment des produits par appellation commerciale dans ces cas, TPSGC a fait défaut d'appliquer la procédure d'appels d'offres de façon non discriminatoire, comme l'exige le paragraphe 1008(1) de l'ALÉNA. Toutefois, elle n'a pas fait d'observations détaillées sur cette question dans ses observations sur le RIF ou à l'audience. À cet égard, le Tribunal fait remarquer qu'une conclusion selon laquelle le comportement de TPSGC ne respecte pas les exigences du paragraphe 1007(3) ne signifie pas en soi que son comportement a aussi violé le paragraphe 1008(1); autrement, toute contravention au paragraphe 1007(3), qui régit expressément la préparation, l'adoption ou l'application de spécifications techniques et ne touche pas la question de la discrimination dans la procédure d'appels d'offres, entraînerait automatiquement une contravention au paragraphe 1008(1). En l'absence de démonstration claire de la part d'Enterasys sur la façon dont, en droit et selon les faits de ces plaintes, la décision par TPSGC de spécifier les produits par appellation commerciale équivaut aussi à l'application de la procédure d'appels d'offres de façon discriminatoire, le Tribunal est incapable de conclure que le comportement de TPSGC a aussi contrevenu au paragraphe 1008(1)⁶⁶. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'une telle conclusion imputerait automatiquement

65. Un des témoins de TPSGC a affirmé ce qui suit : « c'est que le temps pour préparer un RVD dans le brand name, ça prend un mois. Par contre, dans un générique, c'est beaucoup plus onéreux en fait de temps. » *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 307-308.

66. En ce qui concerne l'allégation d'Enterasys que TPSGC a fait preuve d'un comportement discriminatoire, il est aussi important de faire remarquer que TPSGC a permis que des produits équivalents puissent être soumissionnés, conformément au paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA dans les cas où des produits étaient désignés par appellation commerciale. De plus, il ressortira de l'examen des autres motifs de plainte d'Enterasys qui seront abordés ci-après que le Tribunal ne considère pas qu'Enterasys a établi que l'application par TPSGC de la procédure de passation des marchés publics en l'espèce a eu pour effet qu'aucune offre équivalente conforme ne puisse être présentée.

un comportement discriminatoire à TPSGC et relèverait ainsi Enterasys de son fardeau de preuve. D'ailleurs, le Tribunal conclut qu'Enterasys n'a pas fourni d'éléments de preuve positifs de comportement discriminatoire de la part de TPSGC dans sa procédure d'appels d'offres, de sorte qu'il rejette ce motif de plainte.

Opinion dissidente du Membre Vincent concernant le sixième motif⁶⁷

128. Avec respect, je suis en désaccord avec l'opinion de mes collègues selon laquelle TPSGC n'a pas établi que les conditions nécessaires à l'utilisation d'appellations commerciales conformément au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* avaient été respectées dans les circonstances des DRV qui spécifient des produits par appellation commerciale en cause et que le comportement de TPSGC concernant ces DRV était contraire au paragraphe 1007(3). À mon avis, TPSGC a présenté les justifications nécessaires pour spécifier les produits par « appellation commerciale ou l'équivalent » pour chacune des 43 DRV en cause, à l'exception de la DRV 650 et de la DRV 651, selon les conditions requises par le paragraphe 1007(3), et je ne vois aucune raison de fond de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal sur cette question, sauf pour la DRV 650 et la DRV 651 pour lesquelles les éléments de preuve documentaires indiquent qu'il n'y a aucune raison de fond, à l'exception des contraintes de temps, de procéder à une DRV qui spécifiait une « appellation commerciale ou l'équivalent ».

129. Je suis d'avis qu'à l'exception de ces deux cas, la décision de TPSGC de spécifier des produits par appellation commerciale était raisonnable compte tenu des éléments de preuve présentés par TPSGC sur les circonstances entourant les marchés publics en cause. Je suis donc en désaccord avec la conclusion de mes collègues selon laquelle TPSGC n'a pas établi que les conditions nécessaires à l'utilisation d'appellations commerciales qu'exige le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* ont été respectées. À cet égard, je conclus que la question n'est pas de savoir si TPSGC a fait une telle démonstration ou si sa décision de spécifier des produits par appellation commerciale était correcte. Comme l'a soutenu TPSGC, la norme de contrôle applicable dans ces affaires est la norme du caractère raisonnable. Par conséquent, il faut déterminer si la décision par TPSGC de spécifier des produits par appellation commerciale était raisonnable dans les circonstances.

130. Dans des affaires antérieures, le Tribunal a déterminé qu'une décision raisonnable est soutenue par une explication plausible, que le Tribunal lui-même juge cette explication convaincante ou non⁶⁸. Après examen des éléments de preuve au dossier, sauf pour la DRV 650 et la DRV 651, j'estime que TPSGC a fourni une explication plausible justifiant ses décisions d'utiliser des appellations commerciales, avec la mention « ou l'équivalent », pour les raisons suivantes.

67. PR-2009-080 (DRV 631), PR-2009-081 (DRV 640), PR-2009-082 (DRV 641), PR-2009-083 (DRV 643), PR-2009-084 (DRV 644), PR-2009-085 (DRV 645), PR-2009-086 (DRV 647), PR-2009-087 (DRV 648), PR-2009-094 (DRV 653), PR-2009-095 (DRV 662), PR-2009-096 (DRV 663), PR-2009-097 (DRV 666), PR-2009-098 (DRV 672), PR-2009-099 (DRV 680), PR-2009-101 (DRV 684), PR-2009-102 (DRV 670), PR-2009-104 (DRV 669), PR-2009-105 (DRV 671), PR-2009-106 (DRV 678), PR-2009-107 (DRV 688), PR-2009-109 (DRV 691), PR-2009-110 (DRV 685), PR-2009-111 (DRV 692), PR-2009-112 (DRV 693), PR-2009-113 (DRV 697), PR-2009-114 (DRV 702), PR-2009-115 (DRV 704), PR-2009-116 (DRV 706), PR-2009-119 (DRV 712), PR-2009-120 (DRV 714), PR-2009-123 (DRV 708), PR-2009-124 (DRV 717), PR-2009-125 (DRV 719), PR-2009-126 (DRV 720), PR-2009-127 (DRV 726) et PR-2009-128 (DRV 699).

68. *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) aux para. 51-52; *Re plainte déposée par Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc.* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au para. 25.

131. L'objectif général des SSER en cause consiste à fournir à la DGSIT/TPSGC « [...] la capacité de mettre à niveau, remplacer et améliorer les infrastructures de réseau existantes des clients avec de l'équipement de réseau "selon les besoins" »⁶⁹ [traduction]. Enterasys a accepté toutes les modalités des alinéas 13a) et 13c) de l'OCIM en 2006, modalités qui s'appliquent à toutes les DRV en cause⁷⁰.

132. Selon l'OCIM/OCPN, dans les commandes inférieures à 100 000 \$, les ministères peuvent se procurer une pièce donnée d'équipement auprès d'un offrant individuel énuméré dans l'offre à commandes, qui est essentiellement une commande par « appellation commerciale ». Par exemple, l'équipement d'Enterasys énuméré dans cette offre à commandes est présenté à la pièce confidentielle 11 du RIF, qui comporte une description de chaque pièce d'équipement qualifiée suivant l'offre à commandes, offerte à un prix et à un escompte prédéterminés. La DRV visée dans l'OCIM/OCPN est une commande de produits qui exige des offrants qualifiés dans une catégorie pertinente qu'ils présentent leur « meilleure offre finale » [traduction] sur les prix pour une pièce d'équipement demandée qui relève de la définition technique de la catégorie⁷¹.

133. L'article 14 énonce ce qui suit concernant les produits équivalents :

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 seront fondées sur les spécifications génériques de l'annexe A*

Une DRV peut énoncer des exigences pour proposer de l'équipement spécifié par appellation commerciale, modèle ou numéro de pièce. [...]

134. Pendant leur témoignage, les témoins de TPSGC ont expliqué le mode de fonctionnement de la procédure interne dans le contexte de cette offre à commandes. La procédure commence par une demande d'achat faite par les ministères clients auprès de TPSGC au moyen d'ISIS. L'ISIS donne accès à la liste des équipements par appellation commerciale offerts conformément à l'OCIM. À mon avis, le fait que les ministères, par l'entremise d'ISIS, commandent des pièces d'équipement données par appellation commerciale ne constitue pas une source de préoccupations puisqu'il s'agit essentiellement d'un système de demandes d'achat « axé sur le client » qui leur indique des produits disponibles potentiels, par appellation commerciale, comme ceux d'Enterasys inclus dans la pièce confidentielle 11 du RIF, la liste de ces produits ayant été obtenue au moyen d'un processus d'appel d'offres menant à la présente offre à commandes. Essentiellement, une offre à commandes, selon le Manuel des clauses et conditions uniformisées d'achat de TPSGC⁷², constitue une méthode d'approvisionnement qu'utilise TPSGC et qui autorise les ministères et organismes à passer des commandes d'équipement aux termes de l'offre à commandes qui énumère les marchandises requises conformément à des conditions prédéterminées⁷³. L'OCIM définit une commande comme une réquisition par un utilisateur désigné, soit un ministère ou TPSGC, conformément aux modalités de l'OCIM.

69. Pièce du Tribunal PR-2009-080-27, dossier administratif, vol. 1A à la p. 323.

70. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 175.

71. *Ibid.*

72. Voir « Modalités et conditions de l'offre à commandes » [traduction], article 4 de la l'OCIM, pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 aux pp. 171-172; Clauses et conditions uniformisées d'achat, version 10-1, section 1 à la p. 29.

73. De façon plus générale, BusinessDictionary.com définit une offre à commandes comme suit : « accord en vertu duquel un vendeur permet à un acheteur de se procurer des biens ou des services pendant une certaine période, à un prix déterminé d'avance, "au fur et à mesure des besoins" » [traduction].

135. TPSGC est l'autorité responsable de toutes les questions concernant l'OCIM⁷⁴ et doit veiller à ce que chaque DRV soit conforme aux conditions de l'OCIM et aux accords commerciaux pertinents. TPSGC est chargé de l'analyse technique et décide en bout de ligne de la façon de procéder⁷⁵.

136. Dans des décisions antérieures, le Tribunal a précisé que les modalités d'une OCIM ne mettent pas TPSGC à l'abri de la responsabilité de répondre aux exigences des accords commerciaux pour chaque DRV⁷⁶. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

43. 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. 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* et de l'*AMP* évoquées ci-dessus.

137. La décision par TPSGC de procéder au moyen d'une DRV à description générique ou d'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent » découle de l'analyse des renseignements techniques soumis par les ministères; la question de savoir si la pièce d'équipement requise sera utilisée dans un réseau existant ou dans un nouveau réseau est essentielle à cette analyse. M. Perrier a indiqué ce qui suit : « Je recherche des renseignements qui nous guideront pour justifier l'utilisation de l'appellation commerciale, parce qu'il s'agit d'un réseau existant, ou, si tel n'est pas le cas, s'il ne s'agit pas d'un projet lancé comme un nouvel édifice ou un nouveau réseau. C'est ce que je recherche »⁷⁷ [traduction]. Cette déposition corrobore l'un des principaux motifs pour lesquels TPSGC aurait procédé à une DRV avec ou sans description générique, ce qui est conforme à son processus décisionnel examiné par le Tribunal dans des affaires antérieures.

138. La décision antérieure du Tribunal⁷⁸ sur la même question (c.-à-d. relativement à l'utilisation d'une DRV par « appellation commerciale ou l'équivalent » ou d'une DRV avec une description générique des spécifications techniques), concernant différentes DRV mais dans les mêmes circonstances que les 43 DRV à appellation commerciale actuelles, a établi que TPSGC s'est conformé au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* et au paragraphe VI(3) de l'*AMP* et a conclu que ce motif de plainte particulier n'était pas fondé⁷⁹.

74. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 aux pp. 172-173.

75. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, à la p. 340.

76. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) au para. 43.

77. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 328-329.

78. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE).

79. Cette décision a été réitérée, ou le même motif de plainte n'a pas été accepté pour enquête, dans les causes suivantes : *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (29 avril 2008), PR-2007-080 à PR-2007-083 (TCCE); *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (26 mai 2008), PR-2007-088 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (17 juin 2008), PR-2007-091 à PR-2007-094 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (21 mai 2008), PR-2008-014 et PR-2008-015 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (16 avril 2009), PR-2009-001 à PR-2009-004 (TCCE).

139. On retrouve la partie pertinente aux paragraphes 46 à 54 de la décision du Tribunal. Les extraits suivants résument la conclusion du Tribunal :

53. Ainsi, le Tribunal admet les éléments de justification de TPSGC comme raisonnables dans les circonstances des DRV visées. 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, de l'article 1007(3) de l'ALÉNA et de l'article VI(3) de l'AMP.

54. Le Tribunal est donc d'avis que, en l'espèce, TPSGC s'est conformé à l'article 1007(3) de l'ALÉNA et à l'article VI(3) de l'AMP et conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

140. Je ne vois aucune raison de fond de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal sur cette même question, sauf pour la DRV 650 et la DRV 651 où les éléments de preuve documentaires indiquent qu'il n'y avait aucune raison de fond, sauf des contraintes de temps, de procéder à une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent ». À mon avis, TPSGC a présenté les justifications nécessaires pour spécifier les produits par « appellation commerciale ou l'équivalent » pour les DRV en cause, à l'exception de la DRV 650 et de la DRV 651, selon les conditions du paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA.

141. Le Tribunal a reçu des éléments de preuve documentaires qui démontrent que TPSGC a examiné minutieusement les demandes d'achat des clients avant de procéder à une DRV dans l'OCIM. L'autorité technique a effectué une analyse technique, qui a mené à un échange d'information entre les ministères et TPSGC sur les aspects techniques des demandes, lequel a entraîné une décision de procéder ou non à une DRV et de déterminer si la DRV devait être fondée sur les spécifications génériques indiquées à l'annexe A de l'OCIM ou sur une « appellation commerciale ou l'équivalent ». Les documents demandés aux ministères clients comportaient la question de savoir si l'équipement allait être utilisé dans une infrastructure existante ou une nouvelle infrastructure, ce qui par ailleurs constitue le fondement permettant de procéder à une DRV générique ou à une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent ». Dans chaque DRV en cause, l'autorité technique de TPSGC a fourni à l'autorité contractante de TPSGC une opinion sur la question de savoir si la demande devait être présentée sous forme de DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent » ou sous forme de DRV « générique ». L'autorité contractante a alors pris la décision finale, en consultation avec ses conseillers juridiques au besoin, quant au type de DRV à publier. Par conséquent, TPSGC a examiné chaque demande d'achat avant de décider de la façon dont la DRV se déroulerait.

142. Les éléments de preuve indiquent que, dans trois des DRV en cause, l'autorité technique a déclaré que les DRV devaient être publiées sous forme de description générique parce que l'équipement requis allait être utilisé dans une nouvelle infrastructure plutôt que dans une infrastructure existante. Par conséquent, cette opinion technique sous-entend qu'il était possible d'utiliser des spécifications génériques plutôt qu'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent ».

143. Sur ces trois DRV, la DRV 636 comportait une description générique des spécifications techniques conformément au paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA, plutôt qu'une appellation commerciale.

144. Toutefois, la DRV 650 et la DRV 651 prévoyaient la désignation d'une « appellation commerciale ou l'équivalent », malgré l'opinion technique selon laquelle une DRV comportant une description générique des exigences techniques était justifiée. Je conclus que TPSGC, dans le cas de ces DRV en particulier, n'a pas fourni suffisamment de raisons de ne pas utiliser une description générique, à l'exception des contraintes de gestion. L'analyse par l'autorité technique laissait sous-entendre qu'une description générique était

possible. Par conséquent, je conclus que ces DRV n'ont pas été menées conformément au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*, qui prévoit ce qui suit : « [...] 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 ».

145. Les éléments de preuve indiquent qu'à l'exception de la DRV 650 et de la DRV 651, TPSGC a décidé que, pour les commutateurs considérés relever de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2, lorsqu'ils devaient interfonctionner avec une infrastructure de réseau existante, et que le système était essentiel pour les clients, une appellation commerciale était requise pour les mêmes raisons qu'a fournies TPSGC et qu'a acceptées le Tribunal dans les plaintes antérieures⁸⁰ ainsi que pour les raisons réitérées dans le RIF et dans les dépositions. J'estime que cette approche n'est pas moins valable dans les regroupements actuels de plaintes.

146. J'accepte les explications fournies par TPSGC selon lesquelles une description générique n'est pas suffisamment⁸¹ précise pour garantir l'acquisition du produit qui convient lorsque ce dernier doit être installé et utilisé dans une infrastructure existante, c.-à-d. un produit qui s'intégrera convenablement à ces réseaux. À mon avis, dans les circonstances de la présente affaire, le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* autorise TPSGC à désigner des produits par appellation commerciale lorsqu'il utilise une DRV, dans la mesure où il peut fournir au Tribunal une explication raisonnable expliquant les raisons pour lesquelles les spécifications génériques ne sont pas suffisamment précises pour lui permettre de garantir que le produit demandé s'intégrera convenablement au réseau existant. Dans un tel cas, je suis d'avis que TPSGC a présenté une explication raisonnable selon laquelle il n'y a aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de désigner des produits, puisque l'utilisation de spécifications génériques risquerait de compromettre les réseaux du gouvernement et l'empêcherait d'acheter les produits vraiment requis.

147. TPSGC a soutenu dans le RIF et a confirmé pendant l'audience que⁸², lorsque les commutateurs seront installés et intégrés aux réseaux existants, dont l'intégrité et la fiabilité sont essentielles au ministère ou à l'organisme hôte, le défaut des commutateurs de bien s'intégrer à ces réseaux pourrait compromettre ces réseaux. TPSGC a déclaré ce qui suit :

Lorsque l'interfonctionnement avec un réseau existant est requis, une description précise des exigences techniques exactes représente un niveau de complexité très élevé en raison du grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement en cause. Il y a littéralement des centaines de facteurs qui doivent être examinés, non seulement à l'égard des spécifications de produits, mais aussi, et de façon plus importante, à l'égard des exigences spécifiques d'interfonctionnement. Si TPSGC était limité à l'utilisation de spécifications génériques, des critères essentiels pourraient être omis par inadvertance, ce qui entraînerait l'achat d'un produit qui n'interfonctionne pas entièrement avec les dispositifs existants⁸³.

[Traduction]

80. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) au para. 51.

81. Voir Merriam-Webster Online à l'adresse www.merriam-webster.com, s.v. « *sufficient* » (suffisant) : « [...]assez pour satisfaire aux besoins d'une situation ou à un objectif en vue [...] » [traduction]. Aussi, ce dictionnaire fait la remarque suivante au sujet des termes « *sufficient* » et « *enough* » (assez) : « SUFFISANT suggère la satisfaction d'un besoin sans nécessiter autre chose [...] » [traduction] et « ASSEZ suggère quelque chose de moins exact que suffisant [...] » [traduction]. Autrement dit, en l'espèce, les spécifications génériques doivent avoir la précision nécessaire pour s'assurer que le produit demandé fonctionnera dans un réseau existant. Sinon, le produit peut être désigné par appellation commerciale pourvu que l'expression « ou l'équivalent » [traduction] soit ajoutée.

82. *Transcription de l'argumentation publique*, 14 mai 2010, à la p. 92.

83. Pièce du Tribunal PR-2009-080-27, dossier administratif, vol. 1A aux pp. 134-135.

148. Dans les plaintes susmentionnées⁸⁴, on avance qu'il n'y avait absolument aucune justification permettant de spécifier des produits par appellation commerciale. Dans les plaintes actuelles, Enterasys a soutenu que TPSGC aurait pu facilement fournir une description des exigences opérationnelles dans les DRV en cause sans faire appel à une appellation commerciale, un modèle ou un numéro de pièce spécifique. À mon avis, les éléments de preuve n'étaient pas l'argument selon lequel il serait facile de fournir une description des exigences opérationnelles au moyen d'une description générique.

149. Pendant l'audience, il était possible pour le Tribunal de mieux comprendre la difficulté pour TPSGC d'élaborer une DRV fondée sur les spécifications génériques figurant à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN, et pour l'industrie d'y répondre, en examinant l'exemple de la DRV 636, qui avait trait à un nouveau réseau. En résumé, il a fallu quatre mois pour préparer et exécuter la DRV 636, alors qu'il faut en moyenne un mois pour passer un marché concernant un commutateur au moyen d'une DRV qui spécifie une « appellation commerciale ou l'équivalent » essentiellement en raison de la complexité qu'il y a à décrire, et à comprendre du point de vue de l'offrant, chaque spécification d'un commutateur qui interfonctionnera dans un nouveau système ou une nouvelle infrastructure. Comme l'a expliqué M^{me} St-Jean Valois⁸⁵, les spécifications de la DRV 636 contenaient 62 critères techniques en sus des exigences minimales de la description générique, ces critères ont fait l'objet de 13 modifications pendant le processus, les offrants ont posé 98 questions en vue d'obtenir des précisions relativement aux spécifications génériques, trois prorogations de délai de dépôt d'une proposition ont été accordées et il a fallu un mois pour élaborer l'essai d'équivalence à lui seul. Même avec ce niveau de diligence, d'attention et de temps consacrés à l'énoncé des spécifications et à l'élaboration de l'essai d'équivalence approprié, il demeurerait néanmoins, selon TPSGC, un risque d'acquisition du mauvais produit. M. Perrier a donné un exemple des conséquences graves qui découlent de l'acquisition du mauvais produit sur le plan de la stabilité du réseau⁸⁶. M^{me} St-Jean Valois a témoigné que l'industrie comprend mieux les exigences du gouvernement lorsque celui-ci utilise une appellation commerciale et que l'industrie est mieux placée pour se conformer à l'article 14. Elle a déclaré ce qui suit : « [...] ils nous comprennent. Il y en a qui réussissent à démontrer l'article 14 dans le brand name. Ils font ça très bien. »⁸⁷. Par opposition, dans un réseau existant, lorsqu'un commutateur est déjà utilisé et doit être remplacé, son remplacement avec le même produit ou son équivalent garantit que le produit interfonctionnera avec le système, comme l'a expliqué M. Perrier⁸⁸.

150. Pour évaluer le caractère raisonnable de l'explication par TPSGC des raisons pour lesquelles il avait utilisé une « appellation commerciale ou l'équivalent » plutôt qu'une description générique figurant dans l'OCIM, j'ai pris en considération, outre les dépositions de M^{me} St-Jean Valois et de M. Perrier sur le risque d'acquisition d'un commutateur relativement à un système existant, la déposition de l'un des témoins de TPSGC, M. Oxner, qui a expliqué ce qui suit :

Je n'ai pas vraiment participé aux justifications techniques ou aux discussions qui ont eu lieu [entre les ministères et TPSGC], mais lorsque vous regardez ce genre de choses et que vous regardez des produits par appellation commerciale par opposition à des spécifications génériques, la raison pour laquelle bon nombre des clients utilisent des produits par appellation commerciale est qu'ils les ont

84. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE).

85. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 372-373.

86. *Ibid.* aux pp. 362-364.

87. *Ibid.* à la p. 373.

88. *Ibid.* à la p. 385. La question suivante a été posée à Mr. Perrier : « Donc, vous êtes certain à ce moment-là que le Hewlett-Packard en question, le commutateur, le numéro, si on utilise ce Hewlett-Packard là, c'est parce que les caractéristiques spécifiques à ce produit-là nous assurent l'interopérabilité et la sécurité, la relation sécuritaire avec le mainframe ou avec les autres équipements auxquels il se rattache; exact? » Réponse de M. Perrier : « Oui [...] »

déjà dans leur réseau. [...] Et les capacités opérationnelles en constituent la raison fondamentale. Tous ces outils viennent avec des micrologiciels, des capacités de logiciels qui s'interconnectent avec tous ces produits. Donc si vous commencez à introduire d'autres types de produits dans votre réseau, cela crée une complexité opérationnelle. Avec la complexité opérationnelle, il peut y avoir des problèmes dont Michel [Perrier] a parlé. [...] Il s'agit d'un des principes fondamentaux. Mais, oui, vous pourriez indiquer des spécifications [génériques], certainement, mais vous finiriez probablement avec des capacités opérationnelles qui ne sont vraiment pas l'équivalent dans la façon dont l'équipement est contrôlé. [...] Donc, si vous indiquez des spécifications génériques [...] pour toutes ces diverses DRV [...] il y a cet aspect opérationnel qui est toujours essentiel pour les réseaux existants. [...] S'il s'agit d'un tout nouveau réseau, c'est ce que nous appelons une feuille blanche [...] à de nombreuses reprises dans l'industrie, lorsque vous commencez, qu'il n'y a aucun équipement en place ou qu'ils vont tout remplacer dans leur réseau, c'est donc entièrement logique d'y aller avec des spécifications génériques à cette étape. [...] Et c'est un peu ce qui s'est produit avec 636 [...] par exemple »⁸⁹.

[Traduction]

151. Je suis d'avis que dans les circonstances de la présente affaire, comme il est indiqué ci-dessus, le risque et les conséquences de l'acquisition du mauvais produit lorsqu'un commutateur doit être utilisé dans un système ou une infrastructure existant constitue une justification suffisante et raisonnable pour TPSGC d'exiger une « appellation commerciale ou l'équivalent ».

152. Par conséquent, je suis d'avis que TPSGC a présenté les justifications nécessaires pour spécifier les produits par « appellation commerciale ou l'équivalent » pour chacune des 43 DRV en cause, à l'exception de la DRV 651 et de la DRV 650, suivant les conditions requises par le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*. Je ne vois aucune raison de fond de m'écarter de la jurisprudence du Tribunal sur cette même question, à l'exception de la DRV 651 et de la DRV 650 où les éléments de preuve documentaires indiquent qu'il n'y avait aucune raison de fond, sauf des contraintes de temps, pour procéder à une DRV qui spécifiait une « appellation commerciale ou l'équivalent ».

Suffisamment de renseignements et de temps pour permettre aux fournisseurs de démontrer l'équivalence — cinquième et septième motifs

Position d'Enterasys

153. Enterasys fait valoir que l'article 9.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN énonce ce qui suit :

9.2. Interfonctionnement et essai de rendement

[...]

Le Canada peut renoncer à l'essai requis si l'offrant présente un rapport pertinent d'essai d'interfonctionnement et de rendement publié par un cabinet d'évaluation indépendant reconnu acceptable pour le Canada. Le rapport doit être fondé sur des essais effectués sur de l'équipement, du matériel informatique et des micrologiciels proposés et comprendre les essais d'interfonctionnement appropriés.

[Traduction]

89. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 389-392.

154. Enterasys déclare que l'article 14 exige que, lorsque l'équivalent d'un produit à appellation commerciale est proposé, l'équivalent soit examiné lorsque le soumissionnaire respecte les conditions suivantes :

- i. désigne clairement dans sa réponse à la DRV l'appellation commerciale, le modèle 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 son équivalent proposé en démontrant qu'il répond à tous les 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.

155. Enterasys affirme que compte tenu des renseignements qu'elle a reçus⁹⁰ lors de la séance d'information concernant des DRV antérieures (non en cause), TPSGC a indiqué clairement qu'il n'examinerait pas une soumission de produits équivalents à moins que le soumissionnaire ne présente un rapport exhaustif d'essai d'interfonctionnement et de rendement, fondé sur des essais effectués entre les versions identiques de l'équipement, du matériel informatique et des micrologiciels du fabricant d'équipement original prévus dans l'invitation par DRV et l'équipement proposé par un soumissionnaire en concurrence. Selon Enterasys, depuis la publication de l'OCIM/OCPN, tous les soumissionnaires qui ont tenté de présenter une soumission de produits équivalents, y compris les soumissionnaires qui ont présenté des rapports d'interfonctionnement et de compatibilité, ont vu leur soumission déclarée non conforme parce que les rapports n'étaient pas suffisants.

156. Enterasys avance que TPSGC a constamment refusé de fournir aux soumissionnaires suffisamment de renseignements et d'accorder suffisamment de temps pour préparer une soumission de façon conforme à l'article 14. Elle allègue que, conformément à l'article 1012 de l'ALÉNA, TPSGC est tenu de fournir aux soumissionnaires « [...] des délais suffisants pour permettre aux fournisseurs [...] de préparer et de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures d'appel d'offres [...] ».

157. Tout en reconnaissant que l'article 14 fournit aux soumissionnaires une période normalisée de quatre jours pour présenter une réponse à une DRV, Enterasys déclare que TPSGC peut proroger l'échéance pour des exigences plus complexes. Elle ajoute que, pour des DRV qui spécifient des produits par appellation commerciale, la période de soumissions devrait être prorogée sur demande par les soumissionnaires qui désirent préparer une soumission de « produits équivalents ». Enterasys affirme que, selon une « lettre d'opinion professionnelle » [traduction] fournie par le fondateur de The Tolly Group⁹¹, toutes les périodes d'invitation pour les DRV à appellation commerciale devraient être prolongées d'au moins 20 jours ouvrables de manière à ce que tous les renseignements d'essai nécessaires puissent être demandés auprès de TPSGC et reçus et que les essais appropriés puissent être achevés pour étayer la conformité aux exigences opérationnelles.

90. D'après la plainte, Enterasys a mentionné ce qui suit : « Selon des renseignements communiqués lors d'une réunion d'information que nous avons obtenus récemment au sujet de [DRV] précédentes [...] » [traduction], pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 15. Toutefois, ces renseignements ont en fait été communiqués aux conseillers juridiques d'Enterasys en réponse à des propositions qui avait été présentées au nom d'un autre soumissionnaire et non en ce qui concerne une soumission d'Enterasys.

91. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 243 [lettre de The Tolly Group].

Position de TPSGC

158. TPSGC fait valoir que dans des décisions antérieures, le Tribunal a déclaré ce qui suit : « [...] 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 [...] »⁹². Il a aussi déclaré ce qui suit : « [...] 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 »⁹³.

159. TPSGC soutient que lorsqu'une DRV désigne une appellation commerciale, les soumissionnaires ont le droit de proposer des équivalents à cet équipement d'appellation commerciale, conformément à l'article 14, qui définit un produit équivalent comme « [...] équivalent de forme, d'agencement, de fonction et de qualité au produit qui est entièrement compatible et interchangeable et qui interfonctionne harmonieusement avec les produits spécifiés dans la DRV [...] » [traduction]. TPSGC déclare qu'une évaluation d'équivalence est fondée sur l'équipement d'appellation commerciale spécifique présenté dans la DRV, sauf disposition contraire de la DRV, et que, pour les 43 DRV à appellation commerciale en cause, il n'y avait aucun autre critère obligatoire de rendement que les produits d'appellation commerciale désignés. TPSGC affirme que les soumissionnaires n'étaient donc pas tenus d'indiquer les questions générales de réseau ainsi que les exigences opérationnelles, les connexions de dispositif, les configurations et d'autres renseignements du réseau hôte pour démontrer l'équivalence. Elle affirme qu'un produit équivalent, par exemple, doit être interchangeable et interfonctionner avec le produit d'appellation commerciale, et non pas avec des dispositifs du réseau hôte.

160. TPSGC prétend que, contrairement aux allégations d'Enterasys, lorsqu'un ministère client définit ses exigences à l'aide d'appellations commerciales, les soumissionnaires n'ont pas besoin de la justification technique fournie à TPSGC par cet utilisateur. TPSGC déclare que la désignation par appellation commerciale d'un produit particulier indique que les critères obligatoires de rendement pour la DRV sont les spécifications de rendement de ce produit. TPSGC soutient que de telles spécifications sont bien comprises par l'industrie et que la désignation d'un produit donné fournit un point commode de référence pour l'industrie. TPSGC en conclut donc qu'en se faisant indiquer une appellation commerciale, les soumissionnaires ont tous les renseignements nécessaires pour présenter une soumission recevable pour un produit équivalent.

161. TPSGC fait valoir qu'Enterasys et ses représentants autorisés, dont West Atlantic Systems, n'ont pas soumis de proposition en réponse aux DRV qui spécifiaient des appellations commerciales. TPSGC prétend que le défaut de soumettre une proposition démontre également un manque de produits équivalents aux produits désignés par appellation commerciale dans les DRV. TPSGC affirme qu'Enterasys n'a pas déposé d'élément de preuve à l'appui de son allégation qu'elle était incapable de soumissionner convenablement sans renseignements supplémentaires ou que les procédures d'appel d'offres l'ont autrement empêché de soumettre une proposition conforme. TPSGC ajoute qu'Enterasys assume le fardeau de preuve et que de simples affirmations ne constituent pas une preuve sur laquelle on peut fonder des conclusions de fait.

92. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) au para. 59.

93. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 July 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE) au para. 62.

162. TPSGC fait valoir que l'article B.14 de la DOC des SSER et l'article 14 prévoient quatre jours ouvrables comme délai de réponse normalisé à une DRV, mais qu'en moyenne, les périodes de soumission sont plus longues. TPSGC a fait référence à une décision antérieure⁹⁴ dans laquelle, selon lui, le Tribunal a rejeté l'allégation voulant que les processus de DRV prévoient des périodes de soumission insuffisantes pour que les soumissionnaires proposant des produits équivalents se déchargent du fardeau de preuve. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

[...] il est loisible aux titulaires de l'OCIM de démontrer l'équivalence en fournissant des éléments de preuve, comme une comparaison et une analyse exhaustives des spécifications techniques de leurs produits par rapport à celles des articles spécifiés dans les DRV, ou en fournissant des exemples détaillés de cas où leurs produits ont été installés et interfonctionneront avec des produits similaires à ceux que spécifient les DRV. Un rapport d'ingénierie ou des résultats d'essais comparatifs, s'il en est, peuvent être présentés afin de démontrer l'équivalence, mais le Tribunal estime qu'ils ne sont pas expressément requis par les DRV.

163. Enterasys allègue que TPSGC n'examinera pas une soumission de produits équivalents à moins que le soumissionnaire ne présente un rapport exhaustif d'essai d'interfonctionnement et de rendement fondé sur des essais effectués entre les versions identiques d'équipement, de matériel informatique et de micrologiciels indiquées dans l'invitation de la DRV et l'équipement équivalent proposé⁹⁵. TPSGC fait remarquer que l'article 14 définit l'obligation de la preuve qui incombe au soumissionnaire qui propose un produit équivalent et qu'il n'exige pas un rapport d'essai d'interfonctionnement et de rendement de la part d'un cabinet d'évaluation indépendant reconnu acceptable au Canada. Il soutient que l'OCPN prévoit la renonciation possible à l'essai de nouvel équipement de réseau lorsqu'un soumissionnaire présente un tel rapport. Il déclare que l'OCIM n'exige pas que le rapport soit inclus à une proposition en réponse à une DRV.

164. TPSGC prétend que l'article 9.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCIM des SSER confère à TPSGC le pouvoir discrétionnaire de faire faire des essais sur le nouvel équipement de réseau et qu'il peut renoncer aux essais lorsque le soumissionnaire présente un rapport pertinent d'essai d'interfonctionnement et de rendement.

165. De plus, TPSGC rejette l'inférence que tire Enterasys de la lettre de The Tolly Group selon laquelle des essais exhaustifs, à l'aide d'un plan d'essai élaboré compte tenu du réseau hôte, sont nécessaires pour que les soumissionnaires qui proposent des produits équivalents remplissent leur obligation. TPSGC soutient que le rapport proposé par The Tolly Group relève davantage du rapport d'essai d'interfonctionnement et de rendement permettant au Canada de renoncer aux essais de nouvel équipement. TPSGC fait aussi remarquer que The Tolly Group s'est fait demander son opinion sur ce dont il aurait besoin pour préparer un rapport d'interfonctionnement et de compatibilité. TPSGC affirme qu'un rapport d'interfonctionnement du genre proposé par The Tolly Group n'est pas requis de la part des soumissionnaires qui proposent des produits équivalents, de sorte qu'il leur est inutile d'avoir davantage de temps dans le cadre de leur soumission pour préparer un tel rapport⁹⁶.

94. *Ibid.* au para. 67.

95. TPSGC a nié que c'était le cas.

96. En ce qui concerne la spécification générique de la DRV 636, un des témoins de TPSGC a affirmé qu'à cause de l'utilisation de spécifications génériques, un protocole de test plus rigoureux était nécessaire en vertu duquel les soumissionnaires devaient démontrer les capacités de leurs produits. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 263-264.

166. TPSGC affirme que toutes les DRV en cause étaient assorties d'une période de soumission compatible avec l'OCPN. Elle prétend qu'étant donné que la mention d'une appellation commerciale fournit suffisamment de renseignements pour qu'un soumissionnaire propose un produit équivalent, la période de soumission de l'OCPN suffit pour qu'un soumissionnaire propose des produits équivalents. TPSGC fait valoir qu'en ce qui concerne la DRV 650, l'exigence avait trait à des produits Hewlett-Packard et que le contrat a été attribué à un soumissionnaire qui offrait de fournir des produits équivalents d'un autre fabricant, ce qui démontre que les périodes de soumission pour les DRV étaient suffisantes.

Position de CCSI

167. CCSI souligne qu'Enterasys a mentionné une séance d'information qu'elle a reçue concernant des « DRV antérieures » [traduction] sans fournir d'éléments de preuve documentaires de cette séance d'information. Elle fait remarquer que lorsqu'Enterasys a soumis des questions concernant chacune des DRV en cause pendant leur période d'invitation respective, elle a fait référence à des renseignements fournis par un « expert en réseau » [traduction] sans nommer la personne ni établir qu'il s'agissait vraiment d'un expert en réseau. Elle déclare qu'en outre, Enterasys n'a pas indiqué que la personne avait vraiment formulé les commentaires réputés ou que les commentaires avaient été fidèlement rapportés.

168. CCSI soutient qu'Enterasys a avancé les mêmes arguments concernant le déroulement de la procédure de DRV dans l'OCPN dans des affaires antérieures. Elle soutient qu'étant donné que le Tribunal a déjà conclu que l'article 14 ne contrevient pas aux accords commerciaux et que le libellé que TPSGC intègre à chaque DRV⁹⁷, lorsque des appellations commerciales sont demandées, est conforme aux accords commerciaux⁹⁸, le Tribunal devrait appliquer le principe de la chose jugée et conclure que les plaintes ne sont pas fondées. CCSI soutient qu'en faisant référence à un produit d'appellation commerciale précis, TPSGC a fourni aux fournisseurs potentiels suffisamment de renseignements pour leur permettre de soumissionner et que le Tribunal a conclu que la description des exigences au moyen de produits d'appellation commerciale fournissait suffisamment de détails pour permettre la soumission de produits équivalents⁹⁹. CCSI a fourni au Tribunal des exemples de ce qui constituait, selon elle, des renseignements publics¹⁰⁰ sur la configuration de produits concurrents et elle affirme que ces renseignements étaient tout ce dont avait besoin Enterasys pour présenter une soumission de produits équivalents. Elle soutient que comme les autres titulaires et revendeurs d'OCPN, Enterasys aurait dû connaître les exigences susceptibles de faire l'objet d'un marché et aurait dû prendre des mesures pour répondre à une DRV aussi rapidement que possible. Elle déclare que TPSGC ne devrait pas être tenu responsable du défaut d'Enterasys de prendre des mesures raisonnables pour se préparer aux DRV.

97. « Pour la fourniture et la livraison des produits suivants [de appellation commerciale] 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 », pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 96.

98. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (29 avril 2008), PR-2007-080 à PR-2007-083 (TCCE); *Re plainte déposée par NETGEAR, Inc.* (26 mai 2008), PR-2007-088 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (17 juin 2008), PR-2007-091 à PR-2007-094 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE).

99. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (17 juin 2008), PR-2007-091 à PR-2007-094 (TCCE) au para. 55.

100. Pièce du Tribunal PR-2009-080-37, dossier administratif, vol. 1B aux pp. 86-322.

169. CCSI soutient que les marchés publics en cause n'étaient pas complexes et ne nécessitaient pas une prolongation de la période de soumission de quatre jours permise par l'article 14. CCSI soutient qu'Enterasys a incorrectement interprété les exigences de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2 comme étant des exigences absolues qui devaient être respectées strictement.

170. CCSI ajoute qu'Enterasys n'a pas suivi la démarche requise par les *Règles* pour faire qualifier M. Kevin Tolly à titre d'expert, empêchant ainsi CCSI et TPSGC de répondre à sa déposition, de sorte que sa déposition ne devrait pas être soumise au Tribunal.

ANALYSE

171. Comme il a été mentionné, l'article 1007 de l'*ALÉNA* exige ce qui suit :

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.

172. À l'égard de cet élément des plaintes, le Tribunal estime aussi que l'article 1013 de l'*ALÉNA* s'applique aussi spécifiquement. Cet article prévoit ce qui suit¹⁰¹ :

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, notamment les renseignements devant être publiés dans l'avis mentionné au paragraphe 1010(2), exception faite des renseignements visés à l'alinéa 1010(2) h). La documentation contiendra également :

[...]

- f. un énoncé des conditions de caractère économique ou technique à remplir, ainsi que des garanties financières, renseignements et documents exigés des fournisseurs;
- 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.

173. Le Tribunal estime que l'article 1013 de l'*ALÉNA* exige la bonne foi et, lorsqu'il est interprété à la lumière du paragraphe 1007(3), qu'il représente la mise en œuvre efficace d'un mécanisme qui permet la soumission de propositions concernant des produits « équivalents ». Quand il est interprété en combinaison avec le paragraphe 1007(3), l'article 1013, et en particulier les alinéas f) et g), exige expressément la remise de « [...] tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables [...] ».

174. À l'égard de l'allégation selon laquelle TPSGC n'a pas accordé aux fournisseurs qui voulaient proposer un produit équivalent suffisamment de temps pour préparer une soumission recevable, le paragraphe 1012(1) de l'*ALÉNA* prévoit qu'une entité doit « en fixant ces délais, tenir compte d'une manière compatible avec ses besoins raisonnables, de facteurs tels que la complexité de l'achat projeté, l'importance des soustraitances à prévoir [...] ».

101. Une formulation semblable se trouve au paragraphe Kbis-06(1) de l'*ALÉCC*, au paragraphe 1704(6) de l'*ALÉCP* et au paragraphe XII(2) de l'*AMP*.

175. Le Tribunal fait remarquer que l'article 14 crée un mécanisme permettant aux fournisseurs préqualifiés d'établir l'équivalence. Cet article prévoit ce qui suit :

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.

176. Le Tribunal fait aussi remarquer que les conditions de l'article 14 ne sont pas contestées en elles-mêmes, mais que l'application de ce régime dans le cas des DRV en cause est contestée sur le plan des renseignements fournis et des délais accordés par TPSGC pour la démonstration de l'équivalence dans chaque cas. Essentiellement, il s'agit de savoir si TPSGC, dans le cas des 40 DRV à appellation commerciale qui demeurent en cause, a fourni les renseignements qui étaient « nécessaires » pour que le fournisseur évalue et démontre l'équivalence et s'il a accordé suffisamment de temps aux fournisseurs pour démontrer l'équivalence.

177. TPSGC soutient que l'appellation commerciale ou le numéro de modèle ainsi que les renseignements publics étaient suffisants dans tous les cas. Par ailleurs, le témoin d'Enterasys a déclaré que ces renseignements lui fournissent seulement de 50 à 60 p. 100 des renseignements dont il a besoin¹⁰², de sorte que, selon lui, ce n'est pas suffisant pour établir l'équivalence, compte tenu de son expérience. Le témoin d'Enterasys a déclaré que TPSGC avait déjà refusé de fournir des réponses aux questions soulevées à l'égard des exigences techniques et qu'il estime que ces réponses seraient nécessaires pour qu'un soumissionnaire démontre l'équivalence et pour que TPSGC évalue l'équivalence des soumissions qui n'offrent pas l'équipement à appellation commerciale spécifié.

178. Le Tribunal estime qu'en tant que partie plaignante, Enterasys doit démontrer qu'on ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires.

179. Dans tous les cas où des produits par appellation commerciale étaient demandés, TPSGC a fourni aux soumissionnaires les appellations commerciales et les numéros de modèle demandés. Selon les témoins de TPSGC, cela procure aux fournisseurs potentiels suffisamment de renseignements parce que seules les spécifications techniques accessibles au public (par Internet) des produits spécifiés dans les DRV servent à l'évaluation des soumissions de produits équivalents¹⁰³. Selon la déposition du témoin d'Enterasys, celui-ci a posé à TPSGC pendant la période d'invitation des questions qui, selon lui, visaient à permettre à Enterasys

102. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 221.

103. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 283, 300.

de déterminer ce qui était demandé¹⁰⁴, où cela serait utilisé et comment cela serait utilisé. Le témoin déclare qu'on omettait souvent de répondre à ces questions ou que TPSGC l'a informé que l'OCPN n'exigeait pas qu'on lui fournisse certains renseignements. Le Tribunal fait remarquer que, de façon générale, la même série de questions a été posée pour chaque DRV et que bon nombre de ces questions n'avaient pas trait à l'équipement demandé, mais plutôt à la question de savoir si TPSGC prendrait en considération d'autres produits qu'Enterasys aimerait soumettre ou envisagerait de modifier la procédure d'invitation elle-même¹⁰⁵.

180. Le Tribunal fait remarquer qu'il n'y avait aucune preuve d'expert permettant de déterminer si, dans les faits, les renseignements qui seraient requis sont effectivement nécessaires ou si les renseignements fournis dans les DRV permettait une évaluation ou une démonstration des éléments requis de l'article 14. À cet égard, le Tribunal fait aussi remarquer que le signataire d'une lettre, qu'Enterasys a déposée en preuve en vue de démontrer que les soumissionnaires avaient besoin de plus amples renseignements et de plus de temps pour préparer une soumission recevable de produits équivalents, n'a pas été qualifié à titre d'expert et que l'opinion exprimée dans sa lettre est fondée sur certains faits qu'Enterasys lui a révélés d'après l'interprétation par cette dernière des exigences de l'OCPN. Par conséquent, le Tribunal ne peut accorder beaucoup de poids à ces éléments de preuve.

181. TPSGC indique qu'il n'y a aucune façon prescrite de démontrer l'équivalence et que les exigences d'équivalence peuvent être remplies à l'aide d'un simple tableau qui compare les fonctionnalités du produit d'appellation commerciale demandé et celles du produit équivalent proposé et d'un document qui explique la façon dont les spécifications techniques du produit équivalent proposé correspondent à celles des produits demandés¹⁰⁶. Toutefois, pendant sa déposition, le témoin d'Enterasys a prétendu que compte tenu de son expérience, Enterasys doit démontrer l'équivalence à l'aide d'un rapport exhaustif d'interfonctionnement et de compatibilité. Cependant, pour des raisons de confidentialité de la part du témoin d'Enterasys, le Tribunal a été incapable de poser des questions aux témoins de TPSGC concernant les circonstances entourant ces soumissions antérieures et présumés séances d'information et n'a donc pas pu évaluer la pertinence et la valeur probante de ces éléments de preuve. Par conséquent, le Tribunal ne peut accorder beaucoup de poids aux allégations du témoin.

182. Le Tribunal juge crédible la déposition des témoins de TPSGC concernant le caractère suffisant d'un tableau comparatif et d'une explication de la façon dont les produits sont équivalents. Cela dit, le Tribunal estime que même avec une procédure si simple, il demeure nécessaire pour le fournisseur potentiel de pouvoir évaluer les exigences d'équivalence de l'article 14 et démontrer l'équivalence, c.-à-d. que le produit équivalent proposé est entièrement compatible, interfonctionne et est interchangeable avec les produits spécifiés dans la DRV. La question de savoir si les renseignements fournis par TPSGC (c.-à-d. les appellations commerciales et les numéros de modèle) est suffisante ou si, en fait, davantage de renseignements sont requis constitue une question technique que le Tribunal ne peut trancher compte tenu des éléments de preuve soumis par Enterasys. Le Tribunal fait face à deux opinions contradictoires exprimées par des « profanes » et, même s'il n'y a aucun élément de preuve fourni par TPSGC de l'évaluation d'une soumission équivalente compte tenu des critères de l'article 14, il n'en demeure pas moins que dans un cas, la DRV 651, une soumission de produit équivalent a été jugée conforme,

104. Dans le cas de la DRV 640, à titre d'exemple, le témoin d'Enterasys a soutenu que les articles qui étaient achetés n'étaient même pas des commutateurs mais des pièces de commutateurs. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 49.

105. À cet égard, voir, par exemple, *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 52-53; pièce du Tribunal PR-2009-092-01, dossier administratif, vol. 1 aux pp. 56-59.

106. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 108, 257-261, 379-383.

apparemment sans que TPSGC ne fournisse aux soumissionnaires des renseignements autres que les appellations commerciales et numéros de modèle demandés. Cela indique qu'il était possible pour le soumissionnaire, dans ce cas, de présenter une soumission recevable à l'aide des renseignements que TPSGC fournit avec les DRV, c.-à-d. les appellations commerciales et les numéros de modèle, sans exigence de diagrammes de réseau ou de tout autre renseignement contenu dans la JT.

183. Le Tribunal est convaincu que les obligations prévues au paragraphe 1007(3) et à l'article 1013 de l'ALÉNA sont claires, en ce que TPSGC, s'il peut utiliser une appellation commerciale, doit veiller à fournir les renseignements nécessaires pour que le fournisseur évalue et éventuellement démontre l'équivalence selon les conditions énoncées à l'article 14. Par conséquent, il semble raisonnable qu'en ce qui a trait à la démonstration que le produit proposé est équivalent au produit indiqué sur le plan de l'« interfonctionnement », TPSGC fournisse les renseignements techniques qui permettraient l'évaluation ou la démonstration de l'interfonctionnement. Comme il a été mentionné, il semble contraire aux allégations fournies par Enterasys concernant le manque de renseignements l'empêchant de présenter une soumission que, pour l'une des DRV en cause, les renseignements suffisaient pour permettre le choix d'un produit équivalent proposé par un concurrent. Tout bien considéré, le Tribunal ne voit aucune raison de s'écarter de ses conclusions antérieures sur cette question¹⁰⁷.

184. Le Tribunal considère en l'espèce qu'Enterasys n'a pas établi que TPSGC n'avait pas donné aux fournisseurs tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent préparer une soumission recevable. 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 soumission équivalente conforme. Le Tribunal est d'avis que des renseignements additionnels se seraient imposés seulement si l'évaluation de tout produit équivalent proposé dans les invitations visées avait reposé sur des exigences ou des spécifications techniques autres que celles des produits spécifiés par appellation commerciale. Cependant, tel que discuté ci-haut, ceci ne semble pas être le cas.

185. L'article 14 de l'OCIM des SSER énonce clairement que « les produits équivalents de forme, d'agencement, de fonction et de qualité et qui sont entièrement compatibles, interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement *avec les produits spécifiés dans la DRV* seront pris en considération [...] » [nos italiques]. Cet énoncé, incorporé par renvoi à chacune des DRV en question, n'exige pas des soumissionnaires qu'ils traitent de questions de réseautage plus générales qui, de l'avis du Tribunal, pourraient nécessiter des renseignements additionnels sous forme de schéma de réseau ou de listes de produits en interface. D'après les arguments présentés dans les plaintes et le manque d'éléments de preuve, le Tribunal se voit incapable de conclure, tout compte fait, que le besoin exprimé de renseignements additionnels, y compris des schémas de réseau ou une liste d'autres appareils devant être en interface avec les commutateurs demandés, était justifié.

186. En ce qui a trait à l'allégation selon laquelle les soumissionnaires de produits équivalents ne se sont pas vus attribuer suffisamment de temps pour préparer les rapports d'équivalence nécessaires, Enterasys prétend que les soumissionnaires de produits équivalents auraient besoin d'une prolongation de quatre semaines de la période de soumission normale de quatre jours prévue dans l'OCPN. Par ailleurs, TPSGC et

107. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE). Le Tribunal fait remarquer que les éléments de preuve déposés dans ces plaintes concernant la DRV 651 suggèrent en effet que des renseignements additionnels n'étaient pas nécessaires pour que les soumissionnaires puissent présenter des soumissions recevables.

CCSI déclarent que la période de quatre jours était adéquate dans chaque cas. À l'audience¹⁰⁸, TPSGC a indiqué qu'il n'exige ni ne demande jamais le genre de rapport d'équivalence mentionné dans les plaintes d'Enterasys concernant les DRV à appellation commerciale, comme dans la DRV 651.

187. Cette question est intrinsèquement liée à la question de la disponibilité de renseignements nécessaires pour la présentation de soumissions. Comme il a été mentionné, le Tribunal accepte les déclarations des témoins de TPSGC quant à la nature de la démonstration requise, c.-à-d. un tableau comparatif et des explications figurant dans un document distinct. Il semble raisonnable de penser que la méthode serait moins exigeante que le type d'essai suggéré par Enterasys, ce qui indique que le délai pourrait ne pas poser un problème aussi important que celui que semblent indiquer les plaintes. Sur cette question, il ressort des éléments de preuve que la démonstration de l'équivalence aux termes de l'article 14 n'exige pas qu'un soumissionnaire fournisse un rapport d'essai d'interfonctionnement et de rendement exhaustif suivant l'article 9.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN. De l'avis du Tribunal, cette disposition a trait aux essais discrétionnaires après soumission pour le nouvel équipement, et TPSGC peut renoncer à cette disposition dans certaines circonstances. En d'autres termes, le Tribunal estime qu'Enterasys a peut-être mal interprété la nature de la démonstration requise aux termes de l'article 14, de sorte qu'elle a surestimé le temps raisonnablement nécessaire pour effectuer la démonstration requise. À cet égard, le Tribunal est d'avis qu'une période de quatre jours pour effectuer l'analyse de base de l'équivalence et fournir les documents que TPSGC exige apparemment, de même qu'une soumission, ne paraît pas déraisonnable.

188. Quant aux questions de renseignements et de délai dans le cas des DRV qui spécifient des produits par appellation commerciale, le Tribunal conclut qu'Enterasys n'a pas réussi à démontrer que les renseignements fournis et le délai accordé étaient insuffisants. Par conséquent, le Tribunal ne peut pas accepter l'argument selon lequel TPSGC ne s'est pas conformé aux exigences du paragraphe 1012(1) de l'ALÉNA en ne prolongeant pas le délai attribué aux soumissionnaires pour qu'ils soumettent une proposition après la période normale de quatre jours prévue dans l'OCPN, comme l'avait demandé Enterasys pendant la période de soumission.

189. En conclusion, le Tribunal conclut qu'Enterasys ne s'est pas déchargée du fardeau de démontrer que, dans le contexte des DRV en question, les renseignements donnés ne suffisaient pas pour permettre aux fournisseurs de présenter une offre recevable ou que les périodes de soumission en réponse aux DRV ne suffisaient pas.

190. Enterasys ajoute que les fournisseurs titulaires ont reçu des renseignements supplémentaires auxquels les autres soumissionnaires n'avaient pas accès, y compris certains des renseignements qu'elle a demandés pendant chacune des périodes d'invitation de DRV. Cette allégation n'était pas soutenue par des éléments de preuve autres que des affirmations du témoin d'Enterasys. Rien n'indique que de tels renseignements aient, en réalité, été dévoilés à un soumissionnaire. Pour ce motif, le Tribunal est incapable de conclure que TPSGC a fait défaut de fournir à tous les soumissionnaires un accès égal aux renseignements à l'égard des marchés, comme l'exige le paragraphe 1008(2) de l'ALÉNA. Le Tribunal conclut donc que ces motifs de plainte ne sont pas fondés.

108. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 258-259.

Classement des marchandises sous la catégorie 1.1/1.2 — premier, deuxième et troisième motifs de tous les regroupements de plaintes et huitième motif des dossiers n^{os} PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128

Position d'Enterasys

191. Enterasys fait valoir que l'article 14 énonce ce qui suit :

Bénéficiaires de [DRV] : TPSGC enverra la DRV à tous les offrants titulaires d'une offre à commandes dans la catégorie pertinente et qui sont indiquées dans la catégorie choisie à la date et l'heure de la publication de la DRV. Aucune DRV ne peut viser des produits de plusieurs catégories. Lorsque du matériel de plusieurs catégories est requis, une DRV distincte sera envoyée à chaque offrant pour chaque catégorie pertinente.

192. Enterasys prétend que dans de nombreux cas, les produits énumérés dans la liste de produits à livrer des DRV en cause n'étaient pas conformes à au moins une des spécifications techniques obligatoires énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour les catégories pertinentes. De l'avis d'Enterasys, tous les produits spécifiés dans une DRV doivent posséder toutes les spécifications techniques indiquées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour la catégorie pertinente de produits. Enterasys ajoute que certaines DRV pour la catégorie 1.2 comprenaient des produits de la catégorie 1.1 de même que des produits munis de capacités d'autres classes et catégories. Enterasys soutient que cela constitue une contravention aux modalités de l'OCIM des SSER et des accords commerciaux.

193. Enterasys affirme que dans toutes les plaintes jusqu'à présent concernant l'OCIM/l'OCPN des SSER, il s'agit de la première fois que TPSGC tente d'établir une distinction entre les « spécifications techniques » et la « définition technique » des catégories. Elle déclare que les listes afférentes à la catégorie 1.1 et à la catégorie 1.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN expliquent clairement les spécifications à respecter au minimum pour qu'un soumissionnaire se voit attribuer une offre à commandes et que l'autre terme utilisé pour ces spécifications minimales est « spécifications génériques ».

194. Enterasys ajoute que même si l'OCPN vise uniquement le matériel informatique de commutateur RL, bon nombre des produits demandés dans ces DRV ne figurent pas dans les catégories, y compris les câbles et certains articles de réseau de stockage et de logiciels de serveur. Enterasys soumet comme exemple de produits qui ne devraient pas faire parties des DRV les produits 2 et 3¹⁰⁹ de la DRV 710¹¹⁰ et les produits 2, 3 et 4¹¹¹ de la DRV 678¹¹². Enterasys affirme avoir respecté les modalités de l'OCPN et n'avait pas inclus les produits non visés par les catégories, comme les câbles et les logiciels, dans sa LPP, mais que TPSGC avait permis à d'autres sociétés de le faire. Elle soutient que le comportement de TPSGC est discriminatoire et contrevient aux conditions de l'OCPN et des accords commerciaux.

195. Dans la pièce 1 de ses observations sur le RIF¹¹³, Enterasys a déposé un document préparé par M. Weedon, document qui comportait ses opinions sur les documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 7 avril 2010 par le Tribunal et qui comprenait des observations supplémentaires,

109. « Licence de serveur Fabric Manager Nexus 5000 » [traduction] et « licence de services de protocoles de stockage Nexus 5010 » [traduction], pièce du Tribunal PR-2009-104-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 477.

110. Dossier n^o PR-2009-122.

111. « 10 GBASE-CU SFP+ compteur de câble 1 » [traduction], « 10 GBASE-CU SFP+ compteur de câble 3 » [traduction], « 10 GBASE-CU SFP+ compteur de câble 5 » [traduction], pièce du Tribunal PR-2009-104-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 75.

112. Dossier n^o PR-2009-106.

113. Pièce du Tribunal PR-2009-080-53, dossier administratif, vol. 1C aux pp. 29-43.

réparties par DRV, sur les raisons pour lesquelles des produits particuliers demandés sur les listes de produits à livrer de la plupart des DRV n'étaient pas conformes aux présumés spécifications techniques obligatoires énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour la catégorie pertinente. Le Tribunal a examiné ce document, qui fournit des détails concernant la position d'Enterasys sur les questions du classement des produits, dans son analyse de ces motifs de plainte.

Position de TPSGC

196. TPSGC soutient que les allégations d'Enterasys selon lesquelles il a catégorisé de façon inappropriée l'équipement sont fondées sur son incompréhension de la façon dont les produits sont inscrits sur une LPP dans une catégorie donnée. Il soutient que le fondement erroné des motifs de plainte d'Enterasys est son allégation selon laquelle un produit figurant sur une LPP dans une catégorie donnée doit posséder toutes les spécifications techniques indiquées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour cette catégorie.

197. TPSGC fait valoir que pour être qualifiés à l'égard d'une catégorie d'équipement, les soumissionnaires devaient proposer un modèle ou une famille de modèles de produits (selon la catégorie) qui répondait i) à la définition technique et ii) aux spécifications techniques de cette catégorie, comme l'indique l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN. Il déclare que si l'équipement évalué dans une catégorie donnée respectait la définition technique et les exigences techniques de cette catégorie et que le soumissionnaire satisfaisait à d'autres critères obligatoires énoncés, le soumissionnaire se faisait attribuer une offre à commandes pour cette catégorie. TPSGC souligne que, conformément à l'article 14, « [u]ne 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 fabricants d'équipement original *qui entre dans la définition technique de cette catégorie* peut être commandé » [soulignement dans l'original]. Il ajoute que puisque tout l'équipement énuméré dans une catégorie particulière sur une LPP d'un soumissionnaire peut faire l'objet d'une commande, la DRV peut désigner l'équipement aux fins de réquisition au moyen de cette liste d'équipement pour cette catégorie.

198. TPSGC affirme que la *définition* technique d'une catégorie diffère des *spécifications* techniques de cette catégorie. TPSGC soutient que la caractéristique qui distingue les commutateurs RL de la catégorie 1.1 de ceux de la catégorie 1.2 est l'inclusion d'un routage IP de couche 3 dans ce dernier. Par conséquent, selon TPSGC, un commutateur RL assorti d'une fonctionnalité de routage IP de couche 3 est inclus dans la catégorie 1.2 peu importe les autres spécifications techniques du commutateur (par exemple, les densités de port, les vitesses d'accès, etc.). TPSGC soutient, à titre d'exemple, que le titulaire d'une OCPN qualifié pour la catégorie 1.1 peut offrir en vente sur sa LPP tous les commutateurs RL de couche 2 qui ne comportent pas de fonctionnalité de couche 3. Il ajoute qu'un commutateur RL qui relève de la définition technique d'une catégorie peut posséder une spécification technique indiquée pour une autre catégorie.

199. Concernant les allégations d'Enterasys selon lesquelles TPSGC acquiert des produits autres que ceux que permet la catégorie de la DRV (p. ex. des logiciels de gestion de réseau [DRV 636 et DRV 710] et des câbles [DRV 678]), TPSGC soutient que l'OCPN vise l'acquisition de certains produits supplémentaires, y compris des câbles et certains types de logiciels. En particulier, TPSGC fait remarquer que l'article 29 de l'OCPN prévoit ce qui suit :

- ii) Le ou les produits proposés doivent contenir tout l'équipement accessoire, comme un bloc d'alimentation, des meubles supports, des câbles et des connecteurs requis pour permettre au produit de satisfaire aux exigences prévues aux présentes et fonctionner dans un milieu de bureau standard.

- iii) Tous les logiciels applicables doivent être de la dernière version, sauf spécification contraire, d'utilisation générale et n'exiger aucune autre recherche ni aucun autre développement. Les logiciels doivent être soutenus par le matériel informatique et être entièrement compatibles avec celui-ci jusqu'à la limite de sa capacité d'expansion. Tous les logiciels doivent faire l'objet d'une intégration et d'une interface complète avec le matériel informatique.

[Traduction]

200. TPSGC déclare que les spécifications techniques obligatoires pour la catégorie 1.1 et la catégorie 1.2 utilisées dans l'évaluation initiale des propositions des soumissionnaires prévoient l'achat de logiciels. Il fait valoir que, sous la rubrique « 9) Fonctions de gestion » [traduction] dans la catégorie 1.2, les spécifications techniques comprennent notamment : « h. Soutien DNS (peut être mis en service dans les logiciels de gestion, article k.) » [traduction] et « m. Un logiciel de gestion est requis et le soutien SNMP MIB II doit être proposé »¹¹⁴ [traduction]. Il ajoute qu'il y a deux types de logiciels pouvant faire l'objet d'un marché dans le cadre de l'OCIM des SSER : les micrologiciels, qui fournissent des programmes (c.-à-d. procurent des fonctions opérationnelles) intégrés à l'architecture du matériel informatique d'un dispositif, et les logiciels regroupés, qui procurent aussi des programmes, mais ne s'intègrent pas avec l'architecture du matériel informatique d'un dispositif. Il affirme que les logiciels regroupés et le matériel informatique se complètent pour satisfaire aux critères techniques obligatoires d'une catégorie de SSER.

201. Particulièrement en ce qui concerne les logiciels demandés dans la DRV 636, TPSGC soutient qu'il s'agissait d'une solution de gestion de commutation pour réseau générique destinée aux produits de la catégorie 1.2. Il fait remarquer qu'aucune appellation commerciale particulière de logiciel n'était demandée; au contraire, l'exigence visait des micrologiciels ou des logiciels regroupés qui pouvaient être utilisés avec une interface d'utilisation graphique par Internet. TPSGC fait remarquer qu'il s'agissait aussi d'une exigence technique dans l'évaluation initiale des propositions des soumissionnaires en vue de la publication d'une OCPN¹¹⁵.

202. Particulièrement en ce qui concerne les câbles et les autres articles accessoires, TPSGC soutient qu'un tel équipement peut être regroupé avec un produit proposé ou, aux fins de commodité administrative, présenté en tant que produit distinct dans une DRV. Il fait remarquer que les câbles ne peuvent faire l'objet d'un marché distinct du matériel informatique des SSER. Il ajoute que les LPP de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2 d'Enterasys comprennent des postes distincts pour les licences de logiciels et les câbles.

Position de CCSI

203. CCSI soutient qu'Enterasys a interprété à tort les exigences de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2 comme étant absolues et devant être respectées strictement. CCSI appuie la déclaration de TPSGC selon laquelle les spécifications ont été utilisées seulement en vue du déroulement de la procédure d'évaluation originale, c'est-à-dire pour qu'un fournisseur devienne titulaire d'une offre à commandes.

204. CCSI affirme que, dans les questions qu'a posées Enterasys à TPSGC pendant les périodes d'invitation à l'égard du classement des marchandises dans les diverses DRV, elle a fait référence à un « expert en réseau » [traduction] à l'appui de son allégation selon laquelle le produit de fabricant d'équipement original en cause ne satisfait pas aux exigences de la catégorie spécifique. CCSI fait valoir

114. Le Tribunal fait remarquer qu'une formulation similaire se trouve à l'article 6) de la catégorie 1.1, pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 aux pp. 214-215.

115. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 217.

qu'Enterasys n'a pas nommé cet expert ni mentionné la source des présumées connaissances de l'expert. CCSI affirme qu'Enterasys a l'obligation de fournir des éléments de preuve à l'appui de sa plainte et que la mention non étayée d'un expert en réseau non identifié ne suffit pas pour répondre à cette exigence. CCSI prétend que le Tribunal doit rejeter les motifs de plainte concernant le classement de produits dans toutes ces plaintes.

Analyse

205. De l'avis du Tribunal, les accords commerciaux, y compris l'ALÉNA, exigent que l'institution fédérale soit régie par les modalités énoncées dans la documentation d'appel d'offres pour une invitation donnée. Par conséquent, l'institution fédérale procède à la procédure de passation du marché de façon contraire à l'ALÉNA si elle n'agit pas conformément aux modalités des documents d'invitation¹¹⁶.

206. Dans ces plaintes, les documents d'invitation comprennent les DRV en cause et l'OCPN. La pertinence de l'OCPN ressort des modalités de toutes les DRV qui, comme il a été mentionné, prévoient que les modalités de l'OCPN s'appliquent à l'évaluation de chaque DRV et que les propositions (en réponse à une DRV) doivent être conformes à l'ensemble des conditions et exigences techniques obligatoires de l'OCPN.

207. Par conséquent, le Tribunal doit déterminer si TPSGC a agi conformément aux conditions pertinentes de la DRV et de l'OCPN lorsqu'il a catégorisé l'équipement aux fins des DRV en cause. Le Tribunal est d'avis que pour trancher cette question, il doit examiner les modalités pertinentes énoncées dans l'OCPN et celles des DRV spécifiques en cause dans leur totalité.

208. À cet égard, le Tribunal fait remarquer le libellé des dispositions de l'OCPN, qui indique que les DRV doivent spécifier seulement les produits d'une catégorie (c.-à-d. TPSGC ne doit pas faire « chevaucher » [traduction] les catégories) et que les soumissionnaires doivent proposer des produits répondant à toutes les spécifications énoncées dans une DRV spécifique. L'article 14 prévoit ce qui suit :

14) Procédure de commande/limitations

Les commandes passées individuellement par l'autorité administrative de la DGSIT [Direction générale des services d'infotechnologie de TPSGC] [...] 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 :*

[...]

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 fabricants d'équipement original **qui entre dans la définition technique de cette catégorie** peut être commandé.

[...]

Bénéficiaires de [DRV] : TPSGC enverra la DRV à tous les offrants titulaires d'une offre à commandes dans la catégorie pertinente et qui sont indiquées dans la catégorie choisie à la date et l'heure de la publication de la DRV. *Aucune DRV ne peut viser des produits de plusieurs catégories. Lorsque du matériel de plusieurs catégories est requis, une DRV distincte sera envoyée à chaque offrant pour chaque catégorie pertinente.*

[...]

116. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) à la p. 21.

Exigences de réponse aux DRV : Seules les réponses aux DRV qui répondent à toutes les exigences suivantes seront prises en considération par TPSGC pour une commande :

A) Les produits proposés pour livraison dans la réponse à la DRV doivent être identiques aux spécifications indiquées dans la DRV.

[Traduction, nos italiques]

209. Compte tenu des dispositions qui précèdent, il est clair que chaque DRV publiée dans l'OCPN doit exiger la livraison de produits d'une seule catégorie, c'est-à-dire la catégorie désignée dans la DRV, et que ces produits doivent relever de la définition technique de cette catégorie. Enterasys allègue que la plupart, voire même la totalité, des DRV en cause contenaient des exigences visant des produits qui ne relevaient pas de la catégorie pertinente de la DRV. Cela signifie que même si seulement un produit n'était pas tiré de la catégorie particulière indiquée dans une DRV donnée, un soumissionnaire ne pourrait soumissionner sur cette DRV puisque sa LPP pour cette catégorie ne pourrait pas contenir le produit ne relevant pas de cette catégorie. Son argument est fondé sur la proposition selon laquelle afin de respecter la définition technique de la catégorie pertinente, les produits doivent être conformes à toutes les spécifications techniques énoncées dans l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN. En réponse, TPSGC soutient qu'Enterasys a mal interprété les dispositions pertinentes et que la définition technique d'une catégorie est différente des spécifications techniques de cette catégorie. De l'avis de TPSGC, l'équipement offert au sein d'une catégorie offerte par un titulaire d'OCPN ne doit pas nécessairement soutenir toutes les spécifications techniques stipulées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour être conforme à la définition technique de la catégorie.

210. Par conséquent, afin de se prononcer sur ces motifs de plainte, le Tribunal doit d'abord déterminer si les spécifications techniques énumérées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN sont pertinentes afin de déterminer si les produits demandés par chaque DRV relèvent de la définition technique de la catégorie pertinente. D'ailleurs, si le Tribunal acceptait l'interprétation de TPSGC sur cette question fondamentale, il n'aurait pas besoin d'examiner la plupart des allégations d'Enterasys puisque ces allégations exigent du Tribunal qu'il accepte que les spécifications techniques énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN sont obligatoires et définissent chaque catégorie. Les affaires dont le Tribunal est saisi se limitent à la catégorie 1.1 ou à la catégorie 1.2.

211. Sur cette question, le Tribunal fait remarquer que même si l'article 14 prévoit que « [...] tout le matériel [...] **qui entre dans la définition technique de cette catégorie peut être commandé** » [nos italiques], il n'y a aucune disposition particulière intitulée « définition technique » dans l'OCPN. L'article 14 fait toutefois référence aux « spécifications génériques » figurant à l'annexe A pour la définition des exigences :

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 seront fondées sur les spécifications génériques de l'annexe A*

[Traduction]

212. L'OCPN définit aussi la notion de « non-conformité » de la façon suivante :

Non-conformité : Tout produit qui ne répond pas aux *spécifications techniques* de la commande/DRV. Mentionnons à titre d'exemple : un nombre de ports inférieur au nombre obligatoire; une vitesse de communication inférieure à la vitesse obligatoire; un nombre d'emplacements de carte inférieur au nombre obligatoire; non-soutien du ou des protocoles obligatoires¹¹⁷.

[Traduction, nos italiques]

117. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 194.

213. L'annexe A de l'OCPN est l'énoncé de travail (ET) des SSER, qui comprend un appendice (appendice A) intitulée « SSER – Équipement OCIM, classes et catégories d'équipement, spécifications techniques » [traduction]. L'article 1.3 de l'ET, figurant aux pages 1 et 2 et intitulé « Approche » [traduction], énonce ce qui suit :

(O) Cet énoncé de travail (ET) indique les *critères obligatoires que les soumissionnaires doivent respecter pour être admissibles comme soumissionnaires d'OCIM de l'équipement des SSER* et auxquels ils doivent se conformer pour maintenir leur statut pendant la période de l'OCIM.

(O) Les clients auront accès à l'équipement de réseau disponible au moyen des OCIM des SSER en envoyant leurs exigences à la DGSIT aux fins de traitement. Toutes les commandes découlant de ces OCIM seront approuvées et passées par TPSGC/DGSIT ou TPSGC/DASIT exclusivement. Les offrants ne peuvent pas accepter de commande d'une autre entité dans le cadre de ces OCIM.

(I) Au moyen du regroupement, l'État veillera à recevoir la même valeur grâce à des économies d'échelle. La gestion de la technologie et des prix sera simplifiée puisque toutes les commandes seront gérées par la DGSIT et parce que le marché global, y compris toutes les demandes de rabais pour volume (DRV), sera géré par TPSGC.

(I) Cette OCIM des SSER permettra l'ajout de classes et de catégories d'équipement de réseau lorsque de nouvelles technologies deviendront disponibles. Cela permet aussi davantage de souplesse pour l'achat de tout équipement de réseau offert par un fabricant d'équipement d'origine *dans une catégorie spécifique*. Dans les faits, *la liste de prix publiée (LPP) canadiens du fabricant d'origine fait partie intégrale de l'OCIM dans chaque catégorie d'équipement de réseau pour laquelle ce fabricant est admissible*¹¹⁸.

[Traduction, nos italiques]

214. L'appendice A de l'annexe A de l'OCPN donne des éclaircissements concernant la nature des critères obligatoires. Elle prévoit ce qui suit :

2. Pour donner droit à l'attribution d'une OCIM dans une catégorie d'équipement de réseau donnée, une offre technique doit être conforme à tous les critères obligatoires de cette catégorie.

[Traduction]

215. L'appendice A de l'annexe A de l'OCPN définit ensuite la catégorie 1.1 et la catégorie 1.2 en fournissant une description générale de l'équipement (c.-à-d. différents types de commutateurs) et en énumérant, immédiatement après, les exigences précises auxquelles les commutateurs doivent être conformes, à savoir :

1.1 Catégorie – Commutateurs de RL de couche 2

Commutateur Ethernet de couche 2. Ne comprend pas la fonctionnalité de couche 3 sauf pour les fonctions de gestion. Proposer un modèle de commutateur de couche 2 conforme aux exigences ci-dessous :

- 1) Architecture :
 - a. Peut être autonome ou empilable.
- 2) Densité de ports (les densités plus élevées de port en a) à d) ne sont pas des exigences simultanées)
 - a. Minimum 2 ports de petites dimensions (SFP) enfichables ou CIGB (Convertisseur d'interface gigabit), expansible à au moins 16
 - b. Minimum 24 ports RJ-45, expansible à au moins 192 ports RJ-45 et/ou SC

118. Pièce du Tribunal PR-2009-092-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 216.

- c. Prise en charge d'au moins 192 ports 10/100 Base-TX
- d. Prise en charge d'au moins 48 ports 1 000 Base-T courants (pour configuration intégrale)
- 3) Test d'accès et interfaces
 - a. 10 Base-TX / 100 Base-TX, vitesse et autodétection en duplex sur chaque port RJ-45
 - b. 1 000 Base-T – RJ-45, SFP ou CIGB
 - c. 1 000 Base-SX SFP ou CIGB
 - d. 1 000 Base-LX SFP ou CIGB
- 4) Performance (pour configuration complète de 192 ports)
 - a. Matrice des commutateurs : au moins 30 Gbps
 - b. Transmission (paquets de 64 bytes) : au moins 14 Mpps
 - c. Nombre d'adresses MAC acceptées : min 4 096
 - d. Nombre de RLV (Réseaux locaux virtuels) configurés : min 192
 - e. Nombre de d'ID RLV acceptées : min 192
- 5) Soutien des caractéristiques et normes
 - a. Agrégation de liaisons conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - b. 10 Base-T conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - c. 100 Base-TX conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - d. Ethernet Gigabit 1 000 Base-T/SX/LX conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - e. Autonégociation de vitesse et de mode duplex pour tous les débits de données – norme IEEE 802.3 – 2002
 - f. Réglage manuel pour mode vitesse et duplex pour débit de données 10/1 000 – norme IEEE 802.3 – 2002
 - g. Mode duplex intégral, régulation de débit conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - h. Priorisation Ethernet et CdS conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003, IEEE 802.1p
 - i. Taggage de RLV conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003
 - j. STP, RSTP conformément à la norme IEEE 802.1Q, IEEE 802.1w
 - k. Facultatif : MSTP conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003
 - l. Sécurité : conformément à la norme IEEE 802.1x
 - m. Fonction de prévention d'inondation multidiffusion IP – founard IGMP ou équivalent
- 6) Fonctions de gestion
 - a. Soutien CLI (interface de ligne de commande)
 - b. SNMP (Protocole de gestion de réseau simple) v1 selon les RFC 1157, 1155, 1212, 1215 et SNMPv2c selon les RFC 1901, 2578-2580, 3416-3418
 - c. Facultatif : SNMPv3 selon les 3410 – 3415, 3584
 - d. RMON (télésurveillance) I selon RFC 2819;
 - e. Facultatif : RMON II selon RFC 2021
 - f. Telnet (RFC 854)
 - g. TFTP (RFC 783)
 - h. Facultatif : Soutien DNS (peut être mis en service dans les logiciels de gestion, article k)
 - i. SNTP selon RFC 2030 ou NTP selon RFC 1305
 - j. Miroitage des ports
 - k. Un port doit être prévu pour la gestion et les diagnostics
 - 1. La configuration des commutateurs doit être mise en mémoire dans NVRAM ou une méthode équivalente de stockage de l'information sur la configuration pendant les arrêts.
 - m. Un logiciel de gestion est requis et le soutien SNMP MIB II doit être proposé.
 - n. Indication visuelle nécessaire de l'état du dispositif et des éléments

- 7) Fonctions de sécurité
 - a. Soutenir l'authentification de l'utilisateur conformément à la norme IEEE 802.1X
 - b. Soutenir l'authentification de l'utilisateur au moyen de Radius ou TACACS+
 - c. Filtrage d'adresse MAC, apprentissage et verrouillage MAC
 - d. Chiffrement du mot de passe, protocole SSH (Secure Shell)
- 8) Information : Soutien POE sur tous les ports d'accès – conformément à la norme IEEE 802.af, classe 3

1.2. Catégorie – Commutateurs de couches 2 et 3

Dispositifs dont le principal objet est d'effectuer la commutation Ethernet/routage IP de couches 2 et 3. Le dispositif peut comprendre des modules matériel et logiciel, des lames, etc. comportant une fonctionnalité dans les couches plus hautes, jusqu'à la couche 7.

Proposer un produit de commutation RL sur châssis de couches 2 et 3. Les exigences de commutation sont les suivantes :

- 1) Caractéristiques physiques :
 - a. Unité de 19 po montée sur châssis
- 2) Redondance :
 - a. Facultatif : Modules complémentaires pour CPU et bloc d'alimentation redondant remplaçable à chaud
- 3) Densité de port. Proposer des numéros et des modules de modèle de châssis, etc. qui peuvent héberger les configurations ci-dessous (exigences de densité de port non simultanées) :
 - a. Min 160 ports 10/100 Base-T
 - b. Ports acceptant au min 100 gigabits
 - c. Min 2 ports de 10 gigabits
- 4) Vitesses et interfaces d'accès
 - a. 10 Base-T / 100 Base-TX – Autodétection de vitesse et de duplex
 - b. 10 Base-T / 100 Base-TX / 1 000 Base-T – Autodétection de vitesse et de duplex
 - c. 1 000 Base-T
 - d. 1 000 Base-LX/SX
 - e. 10 GBase-SR/LR
 - f. Facultatif : 10 GBase-LX4
- 5) Performance :
 - a. Matrice des commutateurs : Min. 80 Gbps.
 - b. Transmission : Min. 60 Mpps
 - c. Nombre d'adresses MAC soutenues : min 16 000
 - d. Nombre de RLV configurés : min 1 024
 - e. Nombre d'ID RLV soutenus : min 4 094
 - f. Soutien de trames étendues supérieures à : 4 000 multiplés
- 6) Soutien de normes fournies :
 - a. Agrégation de liaison conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - b. 10 Base-T conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - c. 100 Base-TX conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - d. Ethernet Gigabit 1 000 Base-T/SX/LX conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002
 - e. Ethernet dix gigabits 10 GBase-SR/LR conformément à la norme IEEE 802.3ae
 - f. Facultatif : 10 GBase-LX4 conformément à la norme IEEE802.ae
 - g. Mode duplex intégral, régulation de débit conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002 (sauf débit de donnée 10 GE)
 - h. Réglage manuel pour mode vitesse et duplex pour débit de données 10/100 – norme IEEE 802.3 – 2002
 - i. Mode duplex intégral, régulation de débit conformément à la norme IEEE 802.3 – 2002

- j. Priorisation Ethernet et CdS conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003, IEEE 802.1p
 - k. Taggage de RLV conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003
 - l. STP, RSTP conformément à la norme IEEE 802.1Q, IEEE 802.1w
 - m. Facultatif : MSTP conformément à la norme IEEE 802.1Q – 2003
 - n. Sécurité : conformément à la norme IEEE 802.1x
- 7) Routage IP
- a. Routage IP inter RLV
 - b. Voies statiques, RIPv1, RIPv2, conformément à RFC1058, RFC 2453
 - c. OSPFv2 conformément à RFC 2328
 - d. Facultatif BGPv4 conformément à RFC 1771
 - e. IGMP RFC 11 12, RFC 2236
 - f. Relais DHCP – RFC 1541, RFC 1542
 - g. Multidiffusion indépendante du protocole (PIM) – RFC 2362
- 8) Fonctions QoS
- a. Classification/ reclassification de CoS 802.1Q-2003 en fonction de
 - i. port physique entrant
 - ii. adresse IP source/ destination
 - iii. facultatif : adresse MAC source/ destination
 - iv. numéro de port TCP/UDP
 - b. Marquage des SCP (si commutation de couche 3 activée)
 - i. port physique entrant
 - ii. adresse IP source/ destination
 - iii. numéro de port TCP/UDP
 - c. Limitation de débit de port d'entrée basée sur ACL
- 9) Fonctions de gestion :
- a. Soutien CLI (interface de ligne de commande)
 - b. SNMPv1 selon les RFC 1157, 1155, 1212, 1215 et SNMPv2c selon les RFC 1901, 2578-2580, 3416-3418
 - c. Facultatif : SNMPv3 selon les 3410 – 3415, 3584
 - d. RMON I selon RFC 2819;
 - e. Facultatif : RMON II selon RFC 2021
 - f. Telnet (RFC 854)
 - g. TFTP (RFC 783)
 - h. Soutien DNS (peut être mis en service dans les logiciels de gestion, article k)
 - i. SNTP selon RFC 2030 ou NTP selon RFC 1305
 - j. Miroitage des ports
 - k. Un port doit être prévu pour la gestion et les diagnostics
 - l. La configuration des commutateurs doit être mise en mémoire dans NVRAM
 - m. Un logiciel de gestion est requis et le soutien SNMP MIB II doit être proposé.
 - n. Indication visuelle nécessaire de l'état du dispositif et des éléments
- 10) Fonctions de sécurité
- a. Soutenir l'authentification de l'utilisateur conformément à la norme IEEE 802.1X
 - b. Soutenir l'authentification de l'utilisateur au moyen de Radius ou TACACS+
 - c. Filtrage d'adresse MAC, apprentissage et verrouillage MAC
 - d. Chiffrement du mot de passe, protocole SSH (Secure Shell)
- 11) Facultatif : Soutien POE sur tous les ports d'accès – conformément à la norme IEEE 802.af, classe 3POE – et à la norme IEEE 802.af, Class 3
- 12) Information : Proposer des cartes d'interface – réseau disponibles et des modules matériel et logiciel avec fonctionnalité spécialisée.

[Traduction]

216. Compte tenu de ces dispositions, le Tribunal ne peut accepter l'interprétation que fait TPSGC de l'OCPN, laquelle limite la définition technique de chaque catégorie à la description générale. Premièrement, il ressort du libellé que la description générale de chaque catégorie ne peut être dissociée des critères obligatoires énumérés. Ces critères forment une partie intégrale de la définition des produits qui peuvent être inclus dans la LPP et pour lesquels une soumission peut être faite en réponse à une DRV. Le texte est très précis. Pour la catégorie 1.1, la description générale conclut par les mots suivants avant d'énumérer les critères obligatoires : « Proposer un modèle de commutateur de couche 2 conforme aux exigences ci-dessous [...] » et, de même, la description générale de la catégorie 1.2 conclut en énonçant ce qui suit : « Les exigences de commutation sont les suivantes [...] ». De l'avis du Tribunal, on ne peut raisonnablement interpréter ces dispositions de manière à ce qu'elles signifient, comme TPSGC le soutient, qu'un commutateur figurant sur une LPP dans une catégorie donnée ne doit pas nécessairement respecter toutes les spécifications techniques énumérées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour relever de la définition technique de cette catégorie.

217. Le Tribunal estime qu'une DRV peut seulement se conformer aux conditions de l'OCPN si elle a trait à un produit relevant de la catégorie énumérée à l'appendice A de la DRV et, par déduction nécessaire, un produit qui répond aux critères obligatoires de cette catégorie. Il s'ensuit logiquement que la seule façon dont on peut évaluer la conformité consiste à faire référence à la totalité de la définition, y compris la liste des critères obligatoires.

218. Cette conclusion est renforcée par les exemples utilisés dans la définition de la notion de « non-conformité » déjà citée, c.-à-d. « un nombre de ports inférieur au nombre obligatoire; une vitesse de communication inférieure à la vitesse obligatoire; un nombre d'emplacements de carte inférieur au nombre obligatoire; non-soutien du ou des protocoles obligatoires ».

219. On établit la non-conformité en faisant référence à la spécification technique applicable d'une DRV (c.-à-d. si un produit par appellation commerciale est demandé ou si la DRV utilise les spécifications génériques). Dans un cas où l'autre, en définitive, les spécifications techniques sont celles qui figurent à la catégorie 1.1 ou à la catégorie 1.2 de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN. Le produit d'appellation commerciale doit être inclus dans la LPP de l'offrant, de sorte qu'il doit répondre aux spécifications techniques de cette catégorie. Une DRV générique mentionne expressément la spécification technique de la catégorie applicable. Dans les deux cas, la non-conformité est déterminée en fonction de ces spécifications techniques.

220. Par conséquent, le Tribunal est d'accord avec Enterasys et examinera toute la définition, y compris la liste de spécifications techniques obligatoires, afin de déterminer si TPSGC s'est conformé aux conditions des documents d'invitation lorsqu'il a catégorisé l'équipement de réseau aux fins des DRV en cause.

Analyse individuelle des DRV

221. Avant d'examiner les allégations spécifiques de mauvais classement de produits faite par Enterasys, le Tribunal fait remarquer que la plupart de ces allégations reposent uniquement sur les affirmations et la déposition de M. Weedon à l'audience, selon lesquelles les produits figurant sur la liste des produits à livrer des DRV en cause ne sont pas conformes à au moins une des spécifications techniques obligatoires énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN. À l'audience, M. Weedon a reconnu que les renseignements fournis comme pièces jointes aux observations d'Enterasys sur le RIF à cet égard représentaient ses opinions¹¹⁹.

119. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, aux pp. 168-169.

222. Le Tribunal fait remarquer que M. Weedon n'a pas été qualifié à titre d'expert en équipement de réseautage en l'instance. Par conséquent, le Tribunal ne peut pas accepter simplement ses opinions sur la question de classement des produits comme s'il s'agissait de faits établis. Il incombe à la partie plaignante d'établir sa preuve et d'étayer ses allégations. En d'autres termes, de simples affirmations ne constituent pas une preuve sur laquelle peuvent reposer des conclusions de fait. Ainsi, en examinant les allégations particulières d'Enterasys, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir s'il y avait au dossier des éléments de preuve corroborant les affirmations de M. Weedon.

223. De plus, les observations d'Enterasys sur le RIF, qui ont été présentées après qu'il a examiné les documents que le Tribunal a ordonné à TPSGC de produire, contenaient des allégations de mauvais classement relativement aux DRV et à leurs JT afférentes. Le Tribunal limitera son examen sur la question du mauvais classement aux allégations relatives aux DRV, à l'exclusion de celles relatives aux JT. Compte tenu de la déposition susmentionnée des témoins de TPSGC, il apparaît au Tribunal que les exigences techniques énumérées dans les JT n'ont pas été communiquées aux soumissionnaires avant la présentation des soumissions ni utilisées dans l'évaluation des soumissions. Les JT sont donc dénuées de pertinence pour ce motif de plainte. De toute manière, les soumissionnaires étaient tenus de répondre aux exigences de la DRV, de sorte que la DRV est le document de base qui doit être examiné sur le plan du mauvais classement.

224. Ayant ces considérations à l'esprit, le Tribunal a examiné chaque DRV à l'égard des trois types d'équipement suivants qui sont allégués mal catégorisés :

- l'équipement accessoire, comme les cordons d'alimentation, les blocs d'alimentation et les câbles;
- les logiciels;
- les produits qui n'auraient pas dû être inclus, car ils ne relèvent pas de la catégorie de la DRV.

Dossier n° PR-2009-080 — DRV 631 — catégorie 1.2

225. Le Tribunal souligne que la DRV contient trois produits qu'il considère relever de l'aspect « accessoire » d'une catégorie — un cordon d'alimentation, un plateau d'entrée de châssis et un bloc d'alimentation¹²⁰. De plus, Enterasys allègue que puisque les produits demandés dans les DRV étaient des pièces de commutateur, par opposition à un commutateur assemblé, chaque produit, en lui-même, ne répondait pas aux spécifications de la catégorie 1.2.

226. Le Tribunal estime que l'article 29 de l'OCPN permet la passation d'un marché visant « [...] tout l'équipement accessoire, comme un bloc d'alimentation, des meubles supports, des câbles et des connecteurs, requis pour permettre au produit de répondre aux exigences figurant aux présentes [...] ». Il fait aussi remarquer que même la LPP d'Enterasys contient de tels produits accessoires. Le Tribunal estime que toutes les allégations concernant l'acquisition de tels produits accessoires sont dénuées de fondement. Ce ne serait pas le cas si Enterasys avait présenté des éléments de preuve indiquant, par exemple, qu'une DRV était utilisée pour l'achat d'équipement accessoire supplémentaire excédent ce qu'on pouvait raisonnablement considérer comme à l'appui de l'équipement acquis. Elle n'a pas présenté de tels éléments de preuve dans le cas de cette DRV.

120. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 35.

227. À l'égard de l'allégation selon laquelle les produits acquis ne relèvent pas de la catégorie dans son ensemble, le Tribunal a entendu des points de vue contradictoires de la part de profanes. Toutefois, il incombe à la partie plaignante de démontrer au Tribunal que TPSGC n'a pas agi de la façon requise par les accords commerciaux. Le Tribunal estime qu'Enterasys n'a pas relevé ce fardeau. Même si Enterasys avait l'occasion de fournir une telle preuve d'expert nécessaire, comme il a été mentionné, elle ne l'a pas fait conformément aux règles établies suivant la loi habilitante du Tribunal. Par conséquent, à l'égard des allégations d'Enterasys concernant l'acquisition d'articles ne relevant pas de la catégorie dans cette DRV, le Tribunal juge que les observations d'Enterasys ne sont que de simples allégations et ne peut conclure, compte tenu de ces déclarations, à l'existence d'éléments de preuve indiquant que les articles ont été mal catégorisés.

PR-2009-081 — DRV 640 — catégorie 1.2

228. Enterasys allègue que le seul produit dans la DRV était une pièce de commutateur, par opposition à un commutateur assemblé, de sorte qu'elle ne répondait pas aux spécifications de la catégorie. Comme il a été mentionné, le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé compte tenu des éléments de preuve au dossier.

PR-2009-082 — DRV 641 — catégorie 1.2

229. Enterasys affirme que l'article 1 de la DRV faisait partie de la catégorie 7.1 et que l'article 2 visait des modules ne relevant pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-083 — DRV 643 — catégorie 1.2

230. Le Tribunal fait remarquer qu'un produit était un bloc d'alimentation, qu'il considère comme faisant partie de l'équipement accessoire normal acheté suivant une DRV. Le Tribunal fait aussi remarquer que l'article 6 s'appelle « commutateur ProCurve 5400 zl Premium Edge *Lic* » [traduction, nos italiques], que le Tribunal interprète comme signifiant une licence de logiciel.

231. Le Tribunal estime qu'hormis l'argument de TPSGC selon lequel les spécifications de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2 visent l'acquisition de certains types de logiciels, la définition de la catégorie 1.2 figurant à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN énonce ce qui suit : « Dispositifs dont le principal objet est d'effectuer la commutation Ethernet/routage IP de couches 2 et 3. *Le dispositif peut comprendre des modules matériels et logiciels, des lames, etc. comportant une fonctionnalité dans les couches plus hautes, jusqu'à la couche 7* »¹²¹ [traduction, nos italiques]. Le Tribunal estime donc que les DRV de catégorie 1.2, comme la DRV 643, permettent l'acquisition de plus de logiciels que les DRV fondées sur la définition plus restrictive de la catégorie 1.1. Le Tribunal ne peut conclure que les logiciels énumérés sont exclus de la catégorie 1.2.

232. Enterasys affirme que le commutateur désigné dans la DRV ne relevait pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

121. *Ibid.* à la p. 215.

PR-2009-084 — DRV 644 — catégorie 1.2

233. Le Tribunal fait observer que la DRV contient quatre produits qui, selon lui, relèvent de l'aspect « accessoire » acceptable de la catégorie — deux blocs d'alimentation et deux entrances. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle un produit particulier de la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-085 — DRV 645 — catégorie 1.2

234. Le Tribunal fait observer que la DRV contient deux blocs d'alimentation et un logiciel. Le Tribunal ne pouvait pas discerner d'allégation d'Enterasys concernant un produit particulier de la DRV qui ne relèverait pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'Enterasys n'a pas fourni d'élément de preuve indiquant que la demande d'équipement accessoire ne relève pas de la catégorie 1.2, compte tenu du contexte de la DRV. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'il ne peut pas trouver d'élément de preuve à l'appui de l'affirmation de M. Weedon, de sorte qu'il ne peut pas conclure que le logiciel est mal catégorisé.

PR-2009-086 — DRV 647 — catégorie 1.2

235. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient quatre blocs d'alimentation et que même si Enterasys allègue qu'il s'agissait « de blocs d'alimentation redondants pour des commutateurs existants »¹²² [traduction], elle n'a fourni aucun autre élément de preuve que les opinions de M. Weedon à l'appui de cette allégation. Le Tribunal ne peut donc pas conclure qu'ils ont été mal catégorisés.

236. Enterasys allègue aussi que le commutateur Cisco Catalyst 4948 désigné dans la DRV ne relevait pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-087 — DRV 648 — catégorie 1.1

237. Enterasys allègue que les documents fournis par TPSGC aux termes de l'ordonnance du Tribunal démontraient que le commutateur désigné dans cette DRV avait été initialement mal catégorisé comme relevant de la LPP de la catégorie 1.2 de Cisco, mais que TPSGC, après avoir approuvé le commutateur pour la catégorie 1.2, a retiré le commutateur de cette catégorie pour l'inscrire dans la catégorie 1.1. Soulignant qu'il s'agit d'une DRV de catégorie 1.1, le Tribunal estime donc que dans ce cas, Enterasys ne conteste pas que le commutateur est correctement catégorisé dans la catégorie 1.1.

PR-2009-092 — DRV 650 — catégorie 1.1

238. Enterasys allègue que le produit demandé ne répond pas aux exigences minimales de la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-093 — DRV 651 — catégorie 1.2

239. Enterasys allègue que deux des produits Cisco désignés dans la DRV « ne soutiennent pas la commutation complète de couche 3 »¹²³ [traduction] et ne relèvent pas de la catégorie 1.2. Enterasys a fourni des fiches de données Cisco 3750-E à l'appui de cette allégation; cependant, sans l'avantage d'une

122. Pièce du Tribunal PR-2009-080-53, dossier administratif, vol. 1C à la p. 33.

123. *Ibid.*

preuve d'expert, le Tribunal est incapable de déterminer la façon dont cet élément de preuve mène à la conclusion que les produits ne relèvent pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-094 — DRV 653 — catégorie 1.2

240. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle l'un ou l'autre des deux produits dans la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-095 — DRV 662 — catégorie 1.2

241. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux « câbles à paquets » [traduction]. Enterasys allègue que le « paquet » est une spécification de catégorie 1.1 et ne relève pas de la catégorie 1.2.

242. Le Tribunal fait remarquer que l'article 12 de la DRV 636¹²⁴, une DRV de catégorie 1.2 pour laquelle Enterasys a soumis une proposition techniquement conforme, contenait aussi une exigence de « câbles de commutateur à paquets »¹²⁵ [traduction]. Étant donné que la propre LPP de catégorie 1.2 d'Enterasys contient manifestement des câbles à paquets (autrement, sa proposition aurait été jugée non conforme pour défaut de proposer un équipement pour tous les postes énumérés dans la DRV 636), le Tribunal considère que ces câbles sont correctement catégorisés dans la catégorie 1.2.

PR-2009-096 — DRV 663 — catégorie 1.2

243. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux produits — un plateau d'entrée et un bloc d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que le produit 2 de la DRV ne comportait pas de spécifications de couche 3 et ne relevait pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-097 — DRV 666 — catégorie 1.2

244. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégations d'Enterasys selon laquelle un produit particulier de la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-098 — DRV 672 — catégorie 1.2

245. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux produits — un plateau d'entrée et un bloc d'alimentation — qu'il considère tous deux comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que les produits de la DRV étaient des composantes d'un système à base de châssis, mais le Tribunal ne pouvait pas discerner d'allégation d'Enterasys concernant un produit particulier de la DRV qui ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

124. Dossier n° PR-2009-100.

125. Pièce du Tribunal PR-2009-092-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 158.

PR-2009-099 — DRV 680 — catégorie 1.2

246. Le Tribunal fait remarquer qu'il y a un logiciel. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'il s'agit d'une DRV de catégorie 1.2, qui permet une plus grande sélection de logiciels que la catégorie 1.1. Le Tribunal ne peut conclure que le logiciel a été mal catégorisé.

247. Enterasys allègue que les produits de la DRV étaient des pièces de commutateur, par opposition à un commutateur assemblé, de sorte qu'ils ne répondaient pas aux spécifications de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-100 — DRV 636 — catégorie 1.2

248. Le Tribunal examinera la DRV 636 plus loin.

PR-2009-101 — DRV 684 — catégorie 1.2

249. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que les produits de la DRV ne répondaient pas aux exigences de la catégorie 1.2 concernant un commutateur RL de couches 2 et 3. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-102 — DRV 670 — catégorie 1.1

250. Enterasys allègue que les commutateurs énumérés dans la DRV ne répondaient pas aux exigences minimales de rendement pour la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-104 — DRV 669 — catégorie 1.2

251. Enterasys allègue que tous les produits de la DRV étaient des pièces d'un commutateur, par opposition à un commutateur assemblé, de sorte qu'ils ne répondaient pas aux spécifications de la catégorie 1.2. Enterasys allègue aussi que même si le commutateur était assemblé et configuré, il ne relèverait pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-105 — DRV 671 — catégorie 1.2

252. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys n'allègue pas que les produits de la DRV ont été mal catégorisés.

PR-2009-106 — DRV 678 — catégorie 1.2

253. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient trois produits — tous des câbles — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que ces câbles sont des câbles d'infrastructure de réseau qui ne relèvent pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-107 — DRV 688 — catégorie 1.1

254. Enterasys allègue que l'un des postes incluait un protocole de routage particulier de couche 3 qui ne relève pas de la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-108 — DRV 695

255. Cette DRV a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres et, comme il a été indiqué dans la section « Questions préliminaires », la plainte a été rejetée.

PR-2009-109 — DRV 691 — catégorie 1.2

256. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient trois produits — deux blocs d'alimentation et une baie — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue qu'aucun des produits dans la DRV ne répond aux protocoles de routage de couche 3 requis. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-110 — DRV 685 — catégorie 1.2

257. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux produits — deux blocs d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue qu'aucun des produits de la DRV ne répondait aux protocoles de routage de couche 3 requis. Enterasys allègue aussi qu'un des produits était un mur pare-feu de catégorie 4 pour les dispositifs existants. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-111 — DRV 692 — catégorie 1.2

258. Enterasys allègue que certains des produits allaient être installés dans des commutateurs existants, mais le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle un produit particulier de la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-112 — DRV 693 — catégorie 1.2

259. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient quatre produits — deux blocs d'alimentation, un plateau d'entrée et une entrée — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que quatre autres produits ne respectaient pas les protocoles de routage de couche 3 nécessaires et qu'un autre produit était un mur pare-feu qui, en plus de ne pas relever de la catégorie 1.2, ne fonctionnait même pas comme pare-feu, puisque la DRV ne comprenait pas la licence de logiciel nécessaire.

260. Concernant le mur pare-feu, le Tribunal fait remarquer que la description du produit énonce ce qui suit : « lame de pare-feu pour [...] » [traduction]. Comme il a été mentionné, selon la définition technique des DRV de catégorie 1.2 figurant dans l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN, des produits comme « [...] des modules matériels et logiciels, des lames, etc. comportant une fonctionnalité dans les couches plus hautes, jusqu'à la couche 7 » [nos italiques] peuvent être acquis. Le Tribunal conclut donc que le mur pare-feu n'est pas mal catégorisé. Concernant l'observation d'Enterasys portant sur les quatre autres produits qui ne relevaient pas de la catégorie 1.2, le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-113 — DRV 697 — catégorie 1.1

261. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un câble de console, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys a allégué que l'une des DRV soutenait le routage de couche 3 et ne relevait donc pas de la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-114 — DRV 702 — catégorie 1.2

262. Enterasys allègue qu'aucun des trois commutateurs demandés ne soutient l'encapsulation de routage générique et qu'ils ne relèvent donc pas de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-115 — DRV 704 — catégorie 1.1

263. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un câble à paquets, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys affirme que l'un des produits, un « module 10GBASE-SR X2 », n'était pas adapté aux commutateurs de catégorie 1.1 demandés par cette DRV. Enterasys allègue que ces modules s'adaptent à des commutateurs de catégorie 1.2 et ne relèvent donc pas de la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-116 — DRV 706 — catégorie 1.2

264. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient trois produits — un bloc d'alimentation, une entrée et un cordon d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue qu'aucun produit de la DRV ne respectait les exigences de catégorie 1.2 concernant un produit de commutation RL sur châssis de couches 2 et 3. Elle soutient que la plupart des produits étaient des composantes à installer dans les châssis existants. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-117 — DRV 707 — catégorie 1.1

265. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient cinq produits — trois câbles, un cordon d'alimentation et une trousse d'accessoires — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'il s'agit de trois logiciels de la DRV et conclut qu'un seul est permis dans la catégorie 1.1.

266. Le Tribunal fait remarquer que l'alinéa 6) m. des spécifications dans l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN concernant la catégorie 1.1 énonce ce qui suit : « Un logiciel de gestion est requis et le soutien SNMP MIB II doit être proposé » [traduction]. La DRV exigeait que les soumissionnaires fournissent ce qui suit :

- licences de serveur Fabric Manager Nexus 5000;
- licences de services de protocoles de stockage Nexus 5010;
- logiciel version 4.1(3)N1(1) de système d'exploitation de base Nexus 5000.

267. À sa lecture même, le Tribunal estime que la description des deux derniers ensembles de logiciels ne relevait pas du « logiciel de gestion requis » [traduction] permis visé par la catégorie 1.1, de sorte qu'il ne les considère pas comme correctement catégorisés.

268. Enterasys allègue que quatre des produits de la DRV ne répondaient pas aux exigences de catégorie 1.1 d'un produit de commutation RL Ethernet de couche 2 et que les trois câbles susmentionnés ne figuraient pas dans l'élément d'accès vitesse/interface de la spécification de la catégorie 1.1. Elle ajoute que la plupart des câbles étaient des composantes de dispositifs existants. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-118 — DRV 711

269. Cette DRV a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres et, comme il a été mentionné dans la section « Questions préliminaires », la plainte a été rejetée.

PR-2009-119 — DRV 712 — catégorie 1.2

270. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux produits — un câble de raccordement et un bloc d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que le câble était un câble d'infrastructure de couche 1 et ne relevait pas de la catégorie 1.2, mais le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-120 — DRV 714 — catégorie 1.2

271. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient deux produits — un plateau d'entrée et un bloc d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys n'allègue pas que l'un des produits de la DRV a été mal catégorisé.

PR-2009-121 — DRV 685

272. Cette DRV a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres et, comme il a été mentionné dans la section « Questions préliminaires », la plainte a été rejetée.

PR-2009-122 — DRV 710 — catégorie 1.1

273. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un cordon d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'il y a deux logiciels dans la DRV et conclut qu'un seul est permis aux termes de la catégorie 1.1.

274. Comme il a été mentionné concernant la DRV 707, le Tribunal estime qu'aux termes de la catégorie 1.1, « un logiciel de gestion [...] et le soutien SNMP MIB II [...] » [traduction] peuvent être acquis. La DRV 710 demandait ce qui suit :

- licences de serveur Fabric Manager Nexus 5000;
- licences de services de protocoles de stockage Nexus 5010.

275. Comme dans le cas de la DRV 707, le Tribunal n'estime pas que les licences de services de protocoles de stockage Nexus 5010 relèvent du « logiciel de gestion requis », de sorte qu'il conclut qu'elles ne relèvent pas de la catégorie 1.1.

276. Enterasys allègue que trois des produits de la DRV, y compris les licences de services de protocoles de sockage Nexus 5010, ne répondaient pas aux exigences de la catégorie 1.1 d'un produit de commutation RL Ethernet de couche 2. Hormis le fait que cela soutient sa décision susmentionnée concernant les licences de services de protocoles de sockage Nexus 5010, le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-123 — DRV 708 — catégorie 1.2

277. Enterasys allègue qu'aucun des produits de la DRV n'était un commutateur RL de couches 2 et 3 et qu'aucun des produits ne pouvait être configuré de manière à répondre aux exigences de catégorie 1.2 d'un produit de commutation RL sur châssis de couches 2 et 3. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-124 — DRV 717 — catégorie 1.2

278. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient quatre produits — trois câbles et un cordon d'alimentation — qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue qu'aucun des produits ne répondait aux exigences de la catégorie 1.2 d'un produit de commutation RL sur châssis de couches 2 et 3. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal catégorisés.

PR-2009-125 — DRV 719 — catégorie 1.1

279. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un câble, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que le seul autre produit dans la DRV soutenait le routage IP statique/par défaut de couche 3 et ne relève donc pas de la catégorie 1.1. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-126 — DRV 720 — catégorie 1.2

280. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle un produit particulier de la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-127 — DRV 726 — catégorie 1.1

281. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un câble, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que le câble était un câble d'infrastructure de couche 1 qui ne relevait pas de la catégorie 1.1, mais le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal catégorisé.

PR-2009-128 — DRV 699 — catégorie 1.1

282. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle un produit particulier de la DRV ne relèverait pas de la catégorie 1.1.

283. En résumé, le Tribunal ne peut accepter les allégations de mauvais classement de produits faites par Enterasys, à l'exception de ses allégations relatives à la DRV 707 et à la DRV 710. Par conséquent, le Tribunal conclut que les plaintes suivantes, sur la question de classement des marchandises, sont fondées en partie : dossiers n^{os} PR-2009-117 et PR-2009-122.

DRV 636

284. La DRV 636 a été traitée de façon différente des autres DRV en cause parce qu'elle utilisait des spécifications génériques plutôt que des produits d'appellation commerciale spécifiques. Selon TPSGC, Enterasys a présenté une soumission conforme sur les plans financier et technique en réponse à cette DRV, mais le contrat a été attribué à un autre soumissionnaire en raison du prix¹²⁶.

285. Le Tribunal estime que, en l'espèce, l'utilisation de spécifications génériques, la durée de la période d'invitation et la quantité de renseignements fournis aux soumissionnaires étaient adéquates et conformes aux exigences des accords commerciaux. Le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys a prétendu que la réponse de TPSGC à l'une des questions qu'elle a posées pendant la période d'invitation était inacceptable parce qu'elle empêchait Enterasys de présenter une soumission pour un produit qu'elle « [...] voulait vraiment offrir [...] »¹²⁷ [traduction] et qui, à son avis aurait le mieux respecté les exigences. Le Tribunal estime que les accords commerciaux n'obligent pas le gouvernement à modifier les exigences techniques ou opérationnelles pour s'adapter à la solution proposée par un soumissionnaire en particulier. De plus, le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys et au moins un autre soumissionnaire ont pu soumettre une proposition conforme sur le plan technique.

MESURE CORRECTIVE ET FRAIS

Mesure corrective

Position d'Enterasys

286. Enterasys demande au Tribunal de recommander que tous les contrats adjugés à l'égard des DRV en cause soient annulés et que les besoins fassent l'objet d'un nouvel appel d'offres conformément aux accords commerciaux ou, subsidiairement, que West Atlantic Systems, à titre de représentant d'Enterasys, soit indemnisée pour sa perte de profits concernant les 44 DRV¹²⁸. Tout en reconnaissant ne pas avoir soumis de propositions concernant les 43 DRV à appellation commerciale, Enterasys soutient que si TPSGC lui avait fourni les renseignements qu'elle lui avait demandés, elle aurait pu proposer des produits. Elle prétend qu'il est raisonnable de déduire que s'il ne s'était agi que d'une question de prix concernant les DRV à appellation commerciale, ces DRV n'auraient pas toutes été adjugées au titulaire. De l'avis d'Enterasys, ne pas l'indemniser pour sa perte de profits reviendrait essentiellement à récompenser TPSGC de ne pas avoir fourni les renseignements qu'il aurait dû produire ainsi qu'à priver des sociétés comme Enterasys de l'occasion de soumissionner.

287. Enterasys affirme que si les DRV font l'objet d'un nouvel appel d'offres, le Tribunal devrait veiller à ce qu'elles se situent dans le cadre des spécifications techniques des catégories et que TPSGC indique tous les renseignements concernant les exigences opérationnelles des ministères clients. Enterasys demande en plus que les exigences opérationnelles soient bien expliquées et justifiées et que les renseignements demandés par les soumissionnaires soient fournis dans le cadre du processus de « demandes de

126. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 265.

127. *Ibid.* à la p. 31.

128. En ce qui concerne les deux premiers regroupements de plaintes (dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087 et PR-2009-092 à PR-2009-102), Enterasys avait seulement demandé d'être indemnisée pour perte de profits relativement aux 19 DRV en cause. Quand elle a déposé son troisième regroupement de plaintes (dossiers n^{os} PR-2009-104 à PR-2009-128), elle a modifié cette demande afin d'inclure l'annulation de l'ensemble des 44 DRV et le lancement d'un nouvel appel d'offres pour celles-ci.

renseignements » [traduction], englobant les renseignements suffisants pour l'évaluation de l'interfonctionnement, notamment fournir une copie de la « configuration active » [traduction] et de la « version micrologiciel » [traduction] du produit demandé. Enterasys plaide que TPSGC devrait aussi être tenu de proroger sur demande la date d'échéance indiquée dans les DRV afin de donner aux soumissionnaires le temps d'effectuer des essais pour qu'il puisse joindre à leur soumission un rapport d'interfonctionnement.

288. Compte tenu qu'Enterasys est d'avis que TPSGC a démontrée qu'il continuera de mal appliquer l'article 14 si on le lui permet, elle demande au Tribunal de déclarer que la disposition des « équivalents » de l'article 14 soit supprimée de l'offre à commandes des SSER.

289. Enterasys avance que l'intégrité du système de passation des marchés publics a été compromise par la façon dont TPSGC administre l'offre à commandes des SSER, de sorte que des dommages-intérêts supplémentaires doivent être attribués à West Atlantic Systems, à titre de représentant d'Enterasys.

290. Enterasys demande aussi que lui soient accordés les frais liés à sa plainte.

Position de TPSGC

291. TPSGC demande qu'en cas de rejet des plaintes, il se fasse accordés ses frais et que le Tribunal tienne compte du comportement du représentant d'Enterasys, West Atlantic Systems, et des personnes associées à la représentante. TPSGC prétend que malgré les indications antérieures fournies par les nombreuses décisions portant sur les DRV publiées suivant l'OCIM des SSER, West Atlantic Systems a fait fi de ces indications et a déposé 44 plaintes redondantes. Compte tenu de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal (*La Ligne directrice*), TPSGC soutient que le Tribunal doit déterminer si West Atlantic Systems a introduit un litige frivole et vexatoire et doit fixer les frais en conséquence.

292. TPSGC déclare qu'étant donné que les divers motifs de plaintes d'Enterasys ont été abordés par le Tribunal dans le cadre de décisions antérieures, si un motif de plainte est accueilli, le Tribunal ne doit pas recommander d'indemnisation pour perte de profits ou d'occasions. Au contraire, TPSGC soutient que la recommandation du Tribunal doit se limiter à proposer un changement dans la façon dont TPSGC administre l'OCIM des SSER et les DRV en découlant.

293. Ayant conclu que les plaintes sont fondées en partie, le Tribunal doit maintenant recommander la mesure corrective appropriée.

294. À cet égard, le paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit :

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;
- c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- d) la bonne foi des parties;
- e) le degré d'exécution du contrat.

295. Le Tribunal estime que le comportement de TPSGC concernant les DRV à appellation commerciale équivaut à une irrégularité grave de la procédure de passation des marchés publics et compromet l'intégrité et l'efficacité du mécanisme d'adjudication. Cela étant, le Tribunal ne croit pas que TPSGC a agi de mauvaise foi ou qu'Enterasys elle-même a été ciblée ou préjudiciée par les actes de TPSGC. Le Tribunal fait remarquer que dans les trois regroupements de plaintes, Enterasys a déclaré être incapable de soumissionner (même si le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys a présenté une soumission en réponse à la DRV 636) parce que « [...] TPSGC a refusé de mettre à jour sa liste de prix publiée dans son système à temps pour qu'elle réponde à ces [DRV] [...] »¹²⁹ [traduction]. Comme il a été mentionné dans la section sur les « Questions préliminaires », la façon dont TPSGC et les fournisseurs gèrent leurs LPP respectives relève de l'administration d'un contrat et non pas de la compétence du Tribunal.

296. Le Tribunal fait remarquer que malgré sa conclusion selon laquelle TPSGC ne s'est pas conformé au paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA dans certains cas, il a conclu qu'Enterasys n'avait pas établi que des renseignements supplémentaires de la part de TPSGC étaient requis afin de permettre aux soumissionnaires de présenter une soumission recevable. De l'avis du Tribunal, cela signifie que les actes de TPSGC n'ont pas eu pour effet de garantir qu'aucune soumission équivalente conforme ne pouvait être présentée. En d'autres termes, le Tribunal estime que les actes de TPSGC n'ont pas empêché Enterasys de présenter une soumission et, peut-être, de se faire adjudger un contrat. Rien ne permet donc de recommander d'indemnisation pour la perte d'occasions de soumissionner ou la perte de profits. D'ailleurs, compte tenu des éléments de preuve dont il est saisi, particulièrement compte tenu de la décision par Enterasys de ne pas présenter de soumission dans tous les cas (autrement qu'en réponse à la DRV 636 à l'égard de laquelle il a jugé non fondées les plaintes d'Enterasys), le Tribunal n'est pas en mesure de conclure qu'Enterasys aurait pu se faire adjudger un contrat, quelles que soient les circonstances, pour ce qui est des DRV faisant l'objet des plaintes qui ont été jugées fondées en partie. Ainsi, le Tribunal ne peut pas évaluer la probabilité qu'Enterasys se serait fait adjudger un contrat si elle avait soumissionné. Par conséquent, la mesure dans laquelle Enterasys a subi un préjudice aurait pu être minime ou même nulle.

297. À l'égard des autres mesures correctives demandées par Enterasys, dont sa demande de dommages-intérêts supplémentaires et l'annulation des contrats qui ont déjà été adjudgés, le Tribunal est d'avis que de telles recommandations de mesures correctives ne sont pas justifiées compte tenu de sa conclusion selon laquelle les plaintes sont fondées seulement en partie et ses conclusions sur le degré limité de préjudice, s'il en est, subi par Enterasys. De plus, compte tenu de son opinion selon laquelle TPSGC a agi de bonne foi en tout temps pendant les procédures de passation des marchés publics en cause, les irrégularités constatées dans ces procédures de passation des marchés publics et le préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication auquel a conclu le Tribunal ne justifient pas l'annulation des marchés ou la recommandation d'une indemnisation pécuniaire.

Frais

298. Conformément à la *Ligne directrice* du Tribunal, le Tribunal accorde à Enterasys le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et la présentation des plaintes.

Analyse de la majorité concernant les frais des plaintes

299. 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, à leur lecture, faible, en ce qu'elle portait sur l'acquisition de produits standards ou de produits à définition simple. La complexité des plaintes était élevée en ce que, même si les plaintes portaient sur des spécifications ambiguës ou trop restrictives (ce qui indique normalement un niveau de complexité moyen),

129. Pièce du Tribunal PR-2009-080-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 24; pièce du Tribunal PR-2009-092-01, dossier administratif, vol. 1 à la p. 26; pièce du Tribunal PR-2009-104-01, dossier administratif, vol. 1 aux pp. 29-30.

chacune des 44 plaintes comportait de nombreux motifs de plainte. Enfin, la complexité de la procédure était élevée parce qu'il y avait une partie intervenante, il y avait deux requêtes, les parties ont présentées des renseignements supplémentaires au-delà de la portée normale des procédures, une audience publique a été tenue, et les procédures ont nécessité tout le délai de 135 jours. Par conséquent, le Tribunal estime que la complexité de ces instances est élevée, conformément à l'appendice A de la *Ligne directrice* (niveau 3). Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Analyse distincte du Membre Vincent concernant les frais des plaintes

300. Même si le Tribunal a conclu que certaines des 44 plaintes sont fondées en partie seulement, plaintes pour lesquelles j'estime que seulement 4 sont fondées en partie, je suis d'avis que chaque partie doit assumer ses propres frais dans cette affaire.

DÉCISION DU TRIBUNAL

301. Aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement*, les plaintes suivantes sont rejetées pour le motif qu'elles ne sont pas fondées :

- PR-2009-108 — Invitation n° W0106-09613B/A (DRV 695)
- PR-2009-118 — Invitation n° W010S-10D282/A (DRV 711)
- PR-2009-121 — Invitation n° W6369-10P5GG/A (DRV 685)

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

- PR-2009-100 — Invitation n° B8217-090660/A (DRV 636)

303. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes suivantes sont fondées en partie :

- PR-2009-092 — Invitation n° 45045-090105/A (DRV 650)
- PR-2009-093 — Invitation n° 45045-090104/A (DRV 651)
- PR-2009-117 — Invitation n° A0416-094516/B (DRV 707)
- PR-2009-122 — Invitation n° B8219-090643/A (DRV 710)

304. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal (opinion dissidente du Membre Vincent) détermine que les plaintes suivantes sont fondées en partie :

- PR-2009-080 – invitation n° M9010-104482/A (DRV 631)
- PR-2009-081 – invitation n° W8474-10BF32/A (DRV 640)
- PR-2009-082 – invitation n° 31184-092762/B (DRV 641)
- PR-2009-083 – invitation n° 45045-090096/A (DRV 643)
- PR-2009-084 – invitation n° WA050-106225 (DRV 644)
- PR-2009-085 – invitation n° 21120-108465/A (DRV 645)
- PR-2009-086 – invitation n° 9K001-101037/A (DRV 647)
- PR-2009-087 – invitation n° 9K001-101037/B (DRV 648)
- PR-2009-094 – invitation n° C1111-090828/A (DRV 653)
- PR-2009-095 – invitation n° 45045-090101/A (DRV 662)
- PR-2009-096 – invitation n° W6369-10DE70/A (DRV 663)
- PR-2009-097 – invitation n° 45045-090122/A (DRV 666)
- PR-2009-098 – invitation n° T8086-090909/A (DRV 672)
- PR-2009-099 – invitation n° U6158-097064/A (DRV 680)
- PR-2009-101 – invitation n° EN869-103932/A (DRV 684)
- PR-2009-102 – invitation n° M9010-105184/A (DRV 670)

- PR-2009-104 – invitation n° M9010-105182/A (DRV 669)
- PR-2009-105 – invitation n° 21120-104931/A (DRV 671)
- PR-2009-106 – invitation n° A0416-094512/A (DRV 678)
- PR-2009-107 – invitation n° W6369-10P5FF/A (DRV 688)
- PR-2009-109 – invitation n° 59017-100012/A (DRV 691)
- PR-2009-110 – invitation n° W6369-10P5GG/B (DRV 685)
- PR-2009-111 – invitation n° W8484-108305/A (DRV 692)
- PR-2009-112 – invitation n° W6369-10P5GM (DRV 693)
- PR-2009-113 – invitation n° 23240-103042/A (DRV 697)
- PR-2009-114 – invitation n° EN869-103849/A (DRV 702)
- PR-2009-115 – invitation n° 23240-103817/A (DRV 704)
- PR-2009-116 – invitation n° A0416-094516/A (DRV 706)
- PR-2009-119 – invitation n° FP945-090053/A (DRV 712)
- PR-2009-120 – invitation n° C1111-090957/A (DRV 714)
- PR-2009-123 – invitation n° 84084-090232/A (DRV 708)
- PR-2009-124 – invitation n° M9010-105183/A (DRV 717)
- PR-2009-125 – invitation n° 24062-090345/A (DRV 719)
- PR-2009-126 – invitation n° K7C20-090674/A (DRV 720)
- PR-2009-127 – invitation n° C1111-090959/A (DRV 726)
- PR-2009-128 – invitation n° 84084-090254/B (DRV 699)

305. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal (opinion dissidente du membre Vincent) accorde à Enterasys le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement des plaintes, ces frais devant être payés par TPSGC. En conformité avec la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donné par le Tribunal est le degré 3, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 4 100 \$. 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 définitif de l'indemnisation.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Diane Vincent
Diane Vincent
Membre
(Opinion dissidente en partie)

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre