



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2009-132 à
PR-2009-153

Enterasys Networks of Canada
Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le lundi 9 août 2010*

*Motifs rendus
le jeudi 4 novembre 2010*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
CONTEXTE.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	11
MOTIFS DE PLAINTE NE DONNANT PAS LIEU À L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE.....	15
Neuvième motif.....	15
Dixième motif.....	16
Huitième motif.....	16
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	17
Requêtes d'Enterasys en production de documents.....	17
Requête en radiation de certains documents du dossier présentée par TPSGC.....	19
Nouveaux motifs de plainte dans les observations d'Enterasys sur le RIF.....	20
ANALYSE.....	21
Utilisation d'appellations commerciales — sixième motif des plaintes d'Enterasys.....	22
Analyse de la majorité.....	26
Opinion dissidente du membre Vincent concernant le sixième motif.....	32
Suffisamment de renseignements et de temps pour permettre aux fournisseurs de démontrer l'équivalence — cinquième et septième motifs des plaintes d'Enterasys.....	35
Analyse.....	39
Exclusion des meilleurs émetteurs-récepteurs — quatrième motif des plaintes d'Enterasys.....	44
Analyse.....	45
Classement des marchandises dans la catégorie 1.1/1.2 — premier, deuxième, troisième et huitième motifs.....	45
Analyse.....	48
Analyse individuelle des DRV.....	55
MESURE CORRECTIVE ET FRAIS.....	61
Mesure corrective.....	61
Frais.....	63
Analyse de la majorité concernant les frais des plaintes.....	63
Analyse distincte du membre Vincent concernant les frais des plaintes.....	63
DÉCISION DU TRIBUNAL.....	63

EU ÉGARD À 22 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 D'une décision d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LIMITED****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****DÉCISION DU TRIBUNAL**

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

- Invitation n° 45045-090114/A DRV 732 PR-2009-133
- Invitation n° W8474-105448/A DRV 738 PR-2009-138
- Invitation n° W0106-09613B/B DRV 695(2) PR-2009-141

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 :

- Invitation n° W8474-105450/A DRV 729 PR-2009-132
- Invitation n° W3078-10C082/A DRV 733 PR-2009-134
- Invitation n° W8474-105446/A DRV 730 PR-2009-135
- Invitation n° EN869-104113/A DRV 735 PR-2009-136
- Invitation n° 5P041-091006/A DRV 736 PR-2009-137
- Invitation n° W8474-105447/A DRV 739 PR-2009-139
- Invitation n° EN869-103849/B DRV 716 PR-2009-140
- Invitation n° W0103-10JK40/A DRV 724 PR-2009-142
- Invitation n° W0117-095460/A DRV 742 PR-2009-143
- Invitation n° W010S-10D282/B DRV 711 PR-2009-144
- Invitation n° 23240-103817/B DRV 728 PR-2009-145
- Invitation n° W7714-093847/A DRV 748 PR-2009-146
- Invitation n° W8474-105439/A DRV 744 PR-2009-147
- Invitation n° W8474-105451/A DRV 745 PR-2009-148
- Invitation n° 5P421-091026/A DRV 747 PR-2009-149
- Invitation n° 39903-100603/A DRV 750 PR-2009-150
- Invitation n° W0113-100475/A DRV 751 PR-2009-151
- Invitation n° EN869-104307/A DRV 755 PR-2009-152
- Invitation n° EN869-104307/B DRV 756 PR-2009-153

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 présidentant

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.

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.
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Philip Weedon
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 26 mars 2010, Enterasys Networks of Canada Ltd. (Enterasys) déposait 22 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} 45045-090114/A (DRV 732), W8474-105448/A (DRV 738), W0106-09613B/B (DRV 695(2)), W8474-105450/A (DRV 729), W3078-10C082/A (DRV 733), W8474-105446/A (DRV 730), EN869-104113/A (DRV 735), 5P041-091006/A (DRV 736), W8474-105447/A (DRV 739), EN869-103849/B (DRV 716), W0103-10JK40/A (DRV 724), W0117-095460/A (DRV 742), W010S-10D282/B (DRV 711), 23240-103817/B (DRV 728), W7714-093847/A (DRV 748), W8474-105439/A (DRV 744), W8474-105451/A (DRV 745), 5P421-091026/A (DRV 747), 39903-100603/A (DRV 750), W0113-100475/A (DRV 751), EN869-104307/A (DRV 755), et EN869-104307/B (DRV 756)² du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de divers ministères en vue de 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 10 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, cette catégorie d'équipement étant définie par les spécifications techniques obligatoires de l'OCPN, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs de RL de catégorie 1.2 (premier motif);
- 2) avait tenté d'acheter des produits ne relevant pas des commutateurs de RL de catégorie 1.1, cette catégorie d'équipement étant définie par les spécifications techniques obligatoires de l'OCPN, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs de RL de catégorie 1.1 (deuxième motif);
- 3) avait tenté d'acheter des produits de RL de catégorie 1.1, ainsi que d'autres produits, ayant des capacités appartenant à d'autres classes et catégories énoncées dans l'OCPN, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs de RL de catégorie 1.2 (troisième motif);
- 4) avait publié des DRV comprenant des émetteurs-récepteurs du commerce et d'autres modules connexes à fils optiques ou à fils de cuivre portant des codes de produit propres à certaines compagnies, empêchant ainsi que de meilleurs émetteurs-récepteurs de compagnies concurrentes puissent être proposés (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 particulière, un modèle ou un numéro de pièce spécifique (sixième motif);

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

2. Les 22 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-2009-132 à PR-2009-153).

- 7) avait, de façon injuste, limité la concurrence et fait de la discrimination contre Enterasys et d'autres soumissionnaires potentiels offrant des 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 tenté d'acheter des produits ne faisant pas partie des produits (soit du matériel de commutateur de RL) dont l'achat était autorisé aux termes de l'OCPN (huitième motif);
 - 9) avait permis à certains fabricants d'équipement original d'ajouter à leur liste de prix publiée (LPP) des produits ne faisant pas partie des produits autorisés, tout en ne permettant pas à Enterasys de mettre à jour sa LPP (neuvième motif);
 - 10) n'avait pas fourni à tous les soumissionnaires des renseignements suffisants concernant les exigences relatives à la livraison, s'assurant ainsi que seuls des fabricants de matériel d'origine spécifiques puissent répondre à certaines DRV (dixième motif).
3. À titre de mesure corrective, Enterasys demande ce qui suit :
- que tous les contrats adjugés aux termes des 22 DRV en cause soient annulés et que de nouvelles invitations soient publiées ou, subsidiairement, qu'Enterasys soit indemnisée pour sa perte de profits et que l'indemnisation soit versée 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 de 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;
 - que la disposition « Équivalents » de l'article 14 de l'OCPN soit supprimée, étant donné, selon Enterasys, l'utilisation abusive continue et démontrée de cette disposition par TPSGC;
 - que le Tribunal accorde des dommages-intérêts additionnels à Enterasys compte tenu du fait que, selon Enterasys, l'intégrité du système de passation des marchés du gouvernement a été compromise par la façon dont TPSGC a mené le processus de demandes d'offres à commandes, et que ces dommages-intérêts soient versés à West Atlantic Systems, à titre de représentante d'Enterasys;
 - qu'Enterasys reçoive le remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter ses plaintes, à être versé 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. Les plaintes en cause constituent le quatrième regroupement de plaintes d'une série de plaintes similaires déposées par Enterasys sur lesquelles le Tribunal a accepté d'enquêter³. Le 6 avril 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*⁴. Le Tribunal informait les parties qu'il n'avait pas accepté d'enquêter sur les neuvième et dixième motifs, le Tribunal ayant jugé que le neuvième motif était lié à l'administration d'un contrat et échappait donc à sa compétence et que, dans le cas du dixième motif, les renseignements fournis par Enterasys n'indiquaient pas, de façon raisonnable, que la conduite de TPSGC relativement à la communication de renseignements sur les exigences portant sur la livraison était contraire aux accords commerciaux pertinents. Le Tribunal informait également les parties que le huitième motif n'était accepté qu'à l'égard de l'allégation selon laquelle TPSGC avait tenté d'acheter des produits ne faisant pas partie des produits autorisés aux termes de l'offre à commandes, et non dans le contexte plus large dans lequel Enterasys avait formulé son allégation.

6. 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.

7. Le 3 mai 2010, TPSGC déposait le rapport de l'institution fédérale (RIF).

8. Le 6 mai 2010, Enterasys demandait, conformément au paragraphe 6.1 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵, que le Tribunal joigne les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153 et une série de plaintes déposées ultérieurement par Enterasys au sujet d'autres DRV publiées aux termes de la même OCPN sur lesquelles le Tribunal avait accepté d'enquêter le 5 mai 2010 (dossiers n^{os} PR-2010-004 à PR-2010-006)⁶. Le même jour, TPSGC demandait que le Tribunal rejette la demande d'Enterasys au motif qu'il était totalement inapproprié de joindre les deux procédures, le RIF pour les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153 ayant déjà été déposé. Le 17 mai 2010, le Tribunal informait les parties que les circonstances ne permettaient pas de joindre les procédures et rejetait la demande d'Enterasys.

9. Aussi le 6 mai 2010, Enterasys déposait auprès du Tribunal une requête demandant au Tribunal d'ordonner à TPSGC de produire les catégories suivantes de documents et d'accorder à Enterasys une prolongation de délai pour le dépôt de ses observations sur le RIF si la production des documents suivants était ordonnée :

- Catégorie 1 — Des copies des LPP de Cisco Systems Canada Co. (Cisco), de Nortel Networks (Nortel) et de Hewlett Packard (HP) qui indiquent tous les codes et toutes les catégories de produits que TPSGC a approuvés depuis le 1^{er} novembre 2006;

3. Avant le dépôt des plaintes en cause, Enterasys avait déposé 44 autres plaintes concernant d'autres DRV publiées aux termes de la même OCPN sur lesquelles le Tribunal avait accepté d'enquêter (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). Le 21 juin 2010, le Tribunal déterminait que 40 de ces 44 plaintes étaient fondées en partie (opinion dissidente du membre Vincent dans le cas de 36 plaintes) et, le 21 juillet 2010, le Tribunal communiquait son exposé des motifs aux parties. Le Tribunal fait remarquer que huit des dix motifs de plainte soulevés par Enterasys dans les plaintes en cause ont aussi été soulevés devant le Tribunal et examinés par celui-ci durant son enquête dans les 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. Cependant, Enterasys n'avait pas soulevé les quatrième et dixième motifs susmentionnés dans ses 44 plaintes antérieures concernant des DRV publiées aux termes de l'OCPN.

4. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

5. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

6. Le 28 avril 2010, Enterasys déposait les plaintes faisant l'objet des dossiers n^{os} PR-2010-004 à PR-2010-006 au sujet de trois DRV additionnelles.

- Catégorie 2 — Des copies de toute la correspondance relative aux invitations entre TPSGC, les ministères et les revendeurs et/ou fabricants avant et après les dates de clôture des invitations;
- Catégorie 3 — Des copies de toutes les justifications techniques (JT) échangées entre TPSGC et les ministères clients au sujet de ces DRV.

10. Le 6 mai 2010, TPSGC fournissait ses commentaires sur la requête d'Enterasys dans lesquels il demandait le rejet de la requête. Concernant les documents de la catégorie 1, TPSGC soutenait que la requête faisait partie d'une « expédition de pêche » [traduction] et que toute allégation de mauvais classement dans une LPP (que TPSGC a expressément niée) était une question relevant de l'administration d'un contrat, mais que dans l'éventualité d'un mauvais classement d'un commutateur dans une DRV, Enterasys pourrait présenter une opposition à TPSGC ou déposer une plainte au moment opportun. TPSGC soutenait que la découverte d'un produit mal classé dans une LPP ne constitue pas une preuve que le produit est mal classé dans une DRV. TPSGC faisait valoir que ces LPP ne fourniraient aucune preuve que les DRV en cause comprenaient des produits mal classés. Concernant les documents de la catégorie 2, TPSGC soutenait qu'Enterasys n'avait pas expliqué en quoi la correspondance pourrait appuyer ses prétentions et, plus précisément, en quoi elle viendrait appuyer sa plainte selon laquelle les DRV en cause comprennent de l'équipement de réseau mal classé. Concernant les documents de la catégorie 3, TPSGC soutenait que même si le fait que les JT ne soient pas fournies aux soumissionnaires est pertinent pour les fins des plaintes d'Enterasys, leur contenu ne l'est pas. En ce qui concerne la demande de prolongation de délai d'Enterasys dans le cas où les documents demandés seraient fournis, TPSGC soutenait également que la production des JT compliquerait inutilement l'enquête en cause.

11. Le 12 mai 2010, Enterasys déposait sa réplique à la réponse de TPSGC, dans laquelle elle soutenait que les renseignements demandés constituaient d'importants éléments de preuve préalables appuyant directement ses motifs de plainte et que certains des faits présentés par TPSGC dans sa réponse à la requête étaient inexacts.

12. Le 18 mai 2010, Enterasys déposait un addenda à sa requête afin de demander que le Tribunal ordonne à TPSGC de produire un rapport qui, selon Enterasys, démontrerait « [...] la mesure dans laquelle la concurrence a été limitée depuis le début de l'OCIM [offre à commandes individuelles et ministérielles] des SSER [services de soutien de l'équipement de réseau] le 1^{er} novembre 20[06] »⁷ [traduction].

13. Enterasys demandait plus précisément que le rapport contienne les renseignements suivants :

- le numéro, la date de publication et la valeur des DRV « par appellation commerciale ou équivalent » [traduction] publiées depuis le 1^{er} novembre 2006, classées en ordre chronologique, avec indication de l'appellation commerciale et du nom du titulaire d'une OCIM ayant remporté chaque DRV;
- le numéro, la date de publication et la valeur des DRV « génériques » [traduction] publiées depuis le 1^{er} novembre 2006 pour la catégorie 1.1 et la catégorie 1.2, classées en ordre chronologique, avec indication du nom du titulaire d'une OCIM ayant remporté chaque DRV.

14. Enterasys faisait valoir que ces données statistiques étaient très pertinentes et fournissaient d'importants éléments de preuve préalables à l'appui direct de ses motifs de plainte, notamment celui relatif à l'utilisation fautive de l'article 14 de l'OCPN afin d'empêcher la concurrence.

7. Addenda d'Enterasys du 18 mai 2010 à la p. 1.

15. Le 20 mai 2010, TPSGC fournissait ses commentaires concernant l'addenda d'Enterasys afin de faire valoir ce qui suit :

- Les renseignements demandés par Enterasys constituait des renseignements n'existant pas sous la forme précisée par Enterasys ou, dans certains cas, n'existant pas sous quelque forme que ce soit. TPSGC soutenait qu'il serait forcé d'examiner chacun des quelque 750 dossiers de DRV afin de déterminer le soumissionnaire retenu (généralement un agent autorisé d'un titulaire d'une OCIM ou d'une OCPN), l'équipement ayant été proposé et le titulaire d'une OCIM ou d'une OCPN pertinente. TPSGC soutenait qu'il aurait besoin jusqu'à quatre semaines pour produire les rapports demandés.
- Le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner la préparation et le dépôt de renseignements sous une forme documentaire qui n'existait pas déjà.
- Les rapports n'avaient pas de valeur probante et Enterasys pourrait, au mieux, demander au Tribunal de tirer des conclusions ténues et sans importance à partir des données statistiques qu'elle espérait obtenir.
- Enterasys n'avait pas établi en quoi une prétendue restriction de la concurrence constitue un élément de preuve appuyant ses motifs de plainte particuliers. TPSGC soutenait, par exemple, qu'une prétendue restriction de la concurrence n'entraînerait pas un mauvais classement de l'équipement, une période de soumission trop courte, des renseignements insuffisants aux soumissionnaires ou une possibilité restreinte de proposer le meilleur équipement dans sa catégorie.
- La demande devait être rejetée et, dans l'éventualité où TPSGC serait tenu de préparer les rapports, TPSGC devait avoir droit au remboursement intégral de tous ses frais, quelle que soit l'issue de l'enquête.

16. Le 21 mai 2010, Enterasys répliquait aux commentaires de TPSGC. Elle soutenait qu'elle demandait seulement des renseignements concernant la catégorie 1.1 et la catégorie 1.2. Elle soutenait en outre que TPSGC n'avait pas fourni de renseignements sur l'adjudication des contrats, violant ainsi l'article 1015 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁸. Enfin, elle faisait valoir qu'elle demandait certains renseignements, pas forcément des rapports, et que ces renseignements n'avaient donc pas à être dans la forme précise demandée.

17. Le conseiller juridique d'Enterasys soutenait qu'il avait travaillé pour deux compagnies titulaires d'une OCPN des SSER et qu'il avait parlé à d'autres titulaires d'une OCPN des SSER et à des revendeurs (qui n'étaient pas des revendeurs de Cisco, de HP ou de Nortel) et que ceux-ci étaient tous « [...] mécontents, et [considéraient] que la concurrence [avait] été limitée [...] et que le problème était systémique »⁹ [traduction]. Enterasys demandait que le Tribunal ordonne à TPSGC de répondre aux questions suivantes : « Pour les catégories 1.1 et 1.2, combien de [DRV] étaient des DRV par appellation commerciale, et combien de ces [DRV] ont été remportées par des titulaires d'OCIM n'ayant pas proposé des produits de l'appellation commerciale demandée, et ce, depuis la création de l'OCIM des SSER? » [traduction]; et « Pour les catégories 1.1 et 1.2, combien de [DRV] étaient des [DRV] génériques, depuis la création de l'OCIM des SSER? »¹⁰ [traduction].

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

9. Lettre d'Enterasys datée du 21 mai 2010 à la p. 3.

10. *Ibid.*

18. Le 25 mai 2010, TPSGC fournissait des commentaires additionnels concernant la réplique d'Enterasys en indiquant que tous les renseignements relatifs à l'adjudication des contrats étaient affichés sur le site Web de Contrats Canada ou sur les sites Web des ministères clients visés par l'OPCN.

19. Le 26 mai 2010, Enterasys répondait à la correspondance de TPSGC du 25 mai 2010 en indiquant que les données qu'elle demandait ne se trouvaient pas sur les sites Web indiqués par TPSGC et que l'information qui s'y trouvait était souvent erronée. Elle demandait, pour remédier à ce problème, que le Tribunal ordonne à TPSGC de corriger le site Web de Contrats Canada afin de publier correctement les contrats adjugés à la suite des DRV, conformément à l'article 1015 de l'ALÉNA, à partir du 1^{er} novembre 2006.

20. Le 28 mai 2010, en réponse à la requête présentée par Enterasys le 6 mai 2010 et à l'addenda en date du 18 mai 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] [...] ». Le Tribunal avisait TPSGC qu'il avait jusqu'au 11 juin 2010 pour fournir les documents et qu'Enterasys aurait ensuite jusqu'au 21 juin 2010 pour fournir au Tribunal ses observations sur le RIF et sur les documents produits par TPSGC en réponse à l'ordonnance.

21. Le 1^{er} juin 2010, le Tribunal informait Enterasys et TPSGC qu'il considérait que l'allégation selon laquelle TPSGC n'avait pas correctement publié les avis d'adjudication de contrat, violant ainsi l'article 1015 de l'ALÉNA, qu'Enterasys avait soulevée dans ses lettres du 21 et du 26 mai 2010, constituait un nouveau motif de plainte et ne faisait pas partie des dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153 ni des dossiers n^{os} PR-2010-004 à PR-2010-006.

22. Le Tribunal informait les parties que ce nouveau motif de plainte ne figurait pas sur la liste des motifs de plainte sur lesquels le Tribunal avait accepté d'enquêter le 6 avril¹¹ et le 5 mai 2010¹². Le Tribunal faisait remarquer que malgré la citation du paragraphe 1015(7) de l'ALÉNA dans les plaintes, un tel renvoi ne constitue pas un motif de plainte. Il incombe à la partie plaignante de décrire de façon exhaustive ses motifs de plainte; le simple fait de soulever des questions ou de citer des dispositions n'est pas suffisant. Le Tribunal faisait également remarquer que 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 [...] ».

23. Par conséquent, le Tribunal considère qu'il incombait à Enterasys d'expliquer de façon exhaustive ses motifs de plainte au moment de déposer ses plaintes et qu'une partie plaignante ne devrait pas être autorisée à modifier ses plaintes en y ajoutant des motifs particuliers après que le Tribunal a accepté d'enquêter sur ces plaintes. Si le Tribunal acceptait un nouveau motif de plainte dans de telles circonstances, il se trouverait, dans les faits, à permettre à Enterasys de contourner la procédure de plainte officielle, laquelle exige notamment que les renseignements fournis dans la plainte initiale indiquent, de façon raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément aux accords commerciaux et que le Tribunal détermine, dans un délai de cinq jours ouvrables après le dépôt de la plainte, s'il y a lieu d'enquêter sur un motif de plainte.

11. Date des lettres envoyées à TPSGC et à Enterasys afin de les informer que le Tribunal avait accepté d'enquêter, en partie, sur les plaintes dans les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153.

12. Date des lettres envoyées à TPSGC et à Enterasys afin de les informer que le Tribunal avait accepté d'enquêter, en partie, sur les plaintes dans les dossiers n^{os} PR-2010-004 à PR-2010-006.

24. Le 11 juin 2010, TPSGC fournissait au Tribunal une version confidentielle des documents visés par l'ordonnance rendue par ce dernier le 28 mai 2010 et en fournissait une version publique au conseiller juridique d'Enterasys. Le même jour, Enterasys avisait le Tribunal qu'elle n'avait pas reçu de version PDF des documents, ce qui, selon ses prétentions, nuisait à sa capacité d'envoyer les documents par courriel à ses bureaux situés dans d'autres villes. Enterasys prétendait également, en se fondant sur la documentation fournie par TPSGC dans le cadre d'enquêtes antérieures¹³, que TPSGC avait indûment caviardé des renseignements pour lesquels, selon Enterasys, une désignation de confidentialité n'était pas justifiée. Enterasys demandait que le Tribunal ordonne à TPSGC de se conformer à l'article 46 de la *Loi sur le TCCE*, lequel donne des directives concernant le traitement et la suppression des renseignements confidentiels, et de fournir à Enterasys des versions papier et PDF des 1 250 pages fournies par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal.

25. Le 14 juin 2010, Enterasys informait le Tribunal qu'elle était d'avis, après un bref examen des documents, que des parties importantes des documents avaient été indûment caviardées. Elle faisait également remarquer que TPSGC avait fourni certains documents en français. Elle demandait au Tribunal d'ordonner à TPSGC de lui fournir une copie PDF des documents non caviardés des renseignements du domaine public et de lui fournir toute la documentation en anglais.

26. Le 16 juin 2010, Enterasys demandait une prolongation de délai jusqu'au 25 juin 2010 afin de déposer ses observations sur le RIF et sur la documentation fournie par TPSGC. Le 18 juin 2010, le Tribunal accordait la prolongation demandée.

27. Le 22 juin 2010, Enterasys fournissait au Tribunal une liste, détaillée par page, de tous les renseignements que, selon ses prétentions, TPSGC avait indûment caviardés des documents soumis le 11 juin 2010. Elle demandait également une prolongation de délai jusqu'au 29 juin 2010 pour déposer ses observations sur le RIF et sur la documentation fournie par TPSGC. Le 24 juin 2010, Enterasys fournissait des motifs additionnels à l'appui de la prolongation demandée. Le 25 juin 2010, le Tribunal accordait la prolongation demandée.

28. Le 24 juin 2010, le Tribunal informait TPSGC qu'il ne considérait pas que TPSGC s'était conformé à l'article 46 de la *Loi sur le TCCE* puisque TPSGC n'avait pas expliqué pourquoi certains renseignements avaient été désignés confidentiels ni fourni une version ne comportant pas ces renseignements qui était suffisamment précise pour permettre de les comprendre. Conformément à l'article 48, le Tribunal ordonnait à TPSGC de se conformer à l'article 46, soit en renonçant à la désignation de confidentialité soit en fournissant des explications sur les raisons de la désignation. Le 28 juin 2010, TPSGC informait le Tribunal qu'il préparerait de nouvelles versions caviardées de la documentation, conformément à l'article 46 de la *Loi sur le TCCE*.

29. Le 28 juin 2010, Enterasys demandait une prolongation du délai pour produire ses observations sur le RIF et sur la documentation fournie par TPSGC, soit jusqu'à trois jours ouvrables après la signification de la nouvelle documentation au Tribunal et à Enterasys par TPSGC. Le 29 juin 2010, le Tribunal accordait la prolongation demandée.

30. Le 2 juillet 2010, TPSGC déposait la documentation publique révisée. TPSGC déclarait que la version publique des documents avait été préparée en expurgeant les renseignements suivants des documents confidentiels : renseignements financiers, numéros de contrôle interne de TPSGC, codes

13. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE).

financiers et instructions spéciales, renseignements personnels, renseignements sur l'usage précis prévu de l'équipement de réseau et sur le lieu d'utilisation de celui-ci. TPSGC soutenait que ces renseignements avaient été désignés confidentiels, car leur communication pourrait nuire aux intérêts de la Couronne ou révélerait des renseignements personnels. Le 5 juillet 2010, TPSGC déclarait que certaines pages, qui portaient la mention « Confidentiel » [traduction], étaient publiques. Le 6 juillet 2010, TPSGC fournissait la version publique d'une page omise de la documentation par inadvertance.

31. Le 5 juillet 2010, Enterasys déclarait qu'elle avait ouvert l'enveloppe de TPSGC après la fin de semaine de la fête du Canada et que cette enveloppe ne contenait pas la version PDF de la documentation demandée. Elle demandait l'aide du Tribunal afin que les documents lui soient fournis en format PDF sur disque compact. Enterasys soutenait également que TPSGC n'avait pas fourni toute l'information et la documentation qu'Enterasys prétendait manquantes dans sa lettre du 22 juin 2010. Enterasys soutenait que la documentation ne contenait toujours pas le nom des personnes, des compagnies ou des ministères qui étaient les auteurs des divers courriels et lettres. Enterasys alléguait que ces renseignements étaient pertinents puisqu'ils auraient indiqué clairement à Enterasys que « [...] certaines personnes, y compris nos concurrents, avaient rédigé les exigences et/ou les justifications techniques, ou en avaient influencé le contenu [...] »¹⁴ [traduction]. Enterasys demandait au Tribunal d'ordonner à TPSGC de fournir ces renseignements. Elle soutenait également que certains renseignements qui auraient dû être rendus publics étaient toujours caviardés. Compte tenu de tous ces faits, elle demandait une prolongation de délai jusqu'au 12 juillet 2010 pour produire ses observations sur le RIF ou une prolongation de délai de trois jours après que TPSGC ait fourni les renseignements demandés en format PDF, ou de six jours si les renseignements étaient fournis uniquement en format papier. Le 6 juillet 2010, le Tribunal informait Enterasys qu'elle devait déposer ses observations sur le RIF et sur la documentation fournie par TPSGC au plus tard le 7 juillet 2010 avant l'heure de fermeture des bureaux.

32. Le 7 juillet 2010, Enterasys déposait ses observations sur le RIF et sur la documentation fournie par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

33. Le 14 juillet 2010, TPSGC déposait une requête afin de demander que les pièces 1, 3 et 4 jointes aux commentaires d'Enterasys sur le RIF soient rayées du dossier au motif qu'Enterasys tentait d'introduire au dossier une preuve d'expert sans se conformer au sous-paragraphe 22(1) des *Règles* et que ces pièces ne constituaient pas une réponse au RIF, mais fournissaient simplement des éléments de preuve additionnels qu'Enterasys aurait dû déposer avec ses plaintes. TPSGC faisait valoir que l'enquête actuelle était presque identique aux enquêtes récentes (dans les 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) et que, dans l'enquête précédente, le Tribunal avait rayé du dossier des pièces essentiellement identiques.

34. Toujours le 14 juillet 2010, le Tribunal demandait à TPSGC de confirmer, au plus tard le 16 juillet 2010, qu'il s'était entièrement conformé à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010 et avait fourni tous les renseignements demandés.

35. Le 16 juillet 2010, Enterasys répondait à la requête de TPSGC en alléguant que les éléments de preuve étaient directement et entièrement liés aux questions soulevées dans le RIF et dans la documentation. Enterasys déclarait que le retrait de la pièce 1, qui avait été fournie par un employé d'Enterasys et n'avait pas été déposée à titre de preuve d'« expert » au sens de l'article 22 des *Règles*, aurait pour effet de supprimer une section importante de ses observations sur le RIF. Enterasys affirmait que les deux autres

14. Lettre d'Enterasys datée du 5 juillet 2010 à la p. 2.

pièces étaient directement liées aux préoccupations soulevées par TPSGC dans le RIF. Enterasys faisait également valoir que l'article 22 susmentionné, qui exige qu'un rapport d'expert soit fourni 20 jours avant l'audience, ne s'appliquait pas à la présente enquête puisqu'il n'y avait pas d'audience.

36. Le 3 août 2010, le Tribunal accordait la requête de TPSGC et ordonnait que les documents suivants soient rayés du dossier :

- la pièce 1 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Mike Millar d'Enterasys, datée du 7 juillet 2010;
- la pièce 3 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par Mme Erica Johnson du University of New Hampshire InterOperability Laboratory, datée du 22 juin 2010;
- la pièce 4 des observations d'Enterasys sur le RIF, en particulier, la lettre signée par M. Dan Ionescu d'ARTIS, datée du 7 juillet 2010.

37. Le 26 juillet 2010, TPSGC déposait des documents additionnels, qu'il n'avait pas inclus dans les documents qu'il avait déposés le 11 juin et le 2 juillet 2010. Ces documents additionnels se rapportaient aux échanges entre TPSGC et les ministères clients relativement aux DRV 730, DRV 736 et DRV 739 ainsi qu'aux JT et exigences de chacune de ces DRV¹⁵. TPSGC confirmait également avoir fourni toute la documentation conformément à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

38. Le 29 juillet 2010, Enterasys soutenait que TPSGC n'avait toujours pas entièrement répondu à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010 et qu'il manquait toujours des renseignements, tels que le nom des personnes (ou compagnies ou ministères, selon le cas) qui avaient rédigé la correspondance pertinente. Elle demandait que le Tribunal ordonne à TPSGC de fournir ces renseignements, ainsi que les renseignements qu'elle avait antérieurement établis comme manquants. Étant donné les nouveaux documents fournis, elle demandait l'autorisation de déposer un addenda à ses observations sur le RIF d'ici le 5 août 2010. Elle faisait également remarquer que TPSGC n'avait toujours pas fourni une copie des documents confidentiels à son conseiller juridique inscrit au dossier.

39. Le 4 août 2010, le Tribunal envoyait deux lettres à Enterasys afin de l'informer de ce qui suit :

- Enterasys avait jusqu'au 5 août 2010 pour déposer ses observations uniquement sur les nouveaux documents fournis par TPSGC le 26 juillet 2010;
- le Tribunal n'accepterait aucun argument ni document additionnels concernant les questions au sujet desquelles des observations avaient déjà été fournies;
- le Tribunal avait accepté la confirmation de TPSGC du 26 juillet 2010 selon laquelle TPSGC avait fourni toute la documentation exigée aux termes de l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010;
- le Tribunal considérait que TPSGC s'était conformé à l'article 46 de la *Loi sur le TCCE* et n'émettrait donc pas une nouvelle directive à TPSGC de se conformer à cette loi;

15. TPSGC a déposé sa documentation additionnelle 10 jours après le 16 juillet 2010, qui était la date limite fixée par le Tribunal dans sa lettre du 14 juillet 2010. Le Tribunal s'est toutefois assuré qu'Enterasys ait la possibilité de formuler des observations sur ces nouveaux renseignements en accédant à sa demande visant le dépôt d'un addenda à ses observations sur le RIF le 5 août 2010 afin de traiter du contenu de ces nouveaux documents (une question dont il est traité plus loin).

- les renseignements confidentiels sont fournis uniquement aux conseillers juridiques indépendants et, comme le conseiller juridique d'Enterasys était également associé à West Atlantic Systems, un revendeur de produits Enterasys et un agent autorisé en ce qui a trait à toutes les DRV faisant l'objet de l'enquête, le conseiller juridique d'Enterasys n'était donc pas « indépendant » et ne recevait pas les documents confidentiels¹⁶;
- l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010 ne prévoyait pas la production de documents dans une langue autre que leur langue d'origine et le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner à TPSGC de traduire des documents.

40. Le 5 août 2010, Enterasys demandait une prolongation de délai jusqu'au 9 août 2010 afin de déposer un addenda à ses observations sur le RIF. Le Tribunal refusait cette demande le même jour en invoquant le peu de temps qu'il restait jusqu'au 9 août 2010, date à laquelle le Tribunal devait rendre sa décision.

41. Le 5 août 2010, Enterasys déposait son addenda à ses observations sur le RIF, prétendument dans le but de formuler des observations sur les documents fournis par TPSGC le 26 juillet 2010. Cependant, à l'exception de quelques observations concernant des inférences ou des conclusions que le Tribunal devrait, selon Enterasys, tirer d'une déclaration figurant dans la lettre de TPSGC du 26 juillet 2010¹⁷, l'addenda d'Enterasys à ses observations sur le RIF ne portait pas sur le contenu des documents additionnels déposés par TPSGC le 26 juillet 2010. Pour l'essentiel, Enterasys fournissait plutôt des observations et des arguments additionnels à l'appui de ses plaintes ou en réponse au RIF. De plus, Enterasys joignait à son addenda des milliers de pages de documents constituées de diverses feuilles de données et de divers guides d'installation ou de configuration pour plusieurs produits liés à de l'équipement de réseau. Le Tribunal est d'avis que ces arguments et éléments de preuve ne constituent pas des observations ou des renseignements se rapportant aux documents déposés par TPSGC le 26 juillet 2010. De plus, le Tribunal fait remarquer que contrairement à ses directives du 4 août 2010, ils portent sur des questions sur lesquelles Enterasys avait déjà déposé ses observations au cours de la présente enquête.

-
16. Sur cette question, le Tribunal fait également remarquer que le conseiller juridique d'Enterasys n'a pas automatiquement le droit d'avoir accès aux renseignements confidentiels même s'il a fourni au Tribunal un avis de représentation ainsi qu'un acte de déclaration et d'engagement. Le paragraphe 45(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que les renseignements désignés confidentiels *peuvent être communiqués* par le Tribunal à l'avocat d'une partie sous réserve des conditions que le Tribunal juge indiquées pour empêcher que les renseignements ne soient divulgués de manière à pouvoir être utilisés notamment par une partie qui est représentée par cet avocat ou par tout concurrent de la personne à l'entreprise ou aux activités de laquelle ils se rapportent. Le Tribunal interprète cette disposition comme lui conférant le pouvoir discrétionnaire de refuser, dans certaines circonstances, la divulgation de renseignements confidentiels à un avocat dans le cadre de ses procédures.
17. Plus précisément, Enterasys soutenait qu'une déclaration de TPSGC dans sa lettre du 26 juillet 2010, selon laquelle il n'y avait eu aucun échange entre TPSGC et les ministères clients au sujet des TJ et des exigences techniques relatives aux DRV 729, DRV 730, DRV 732, DRV 733, DRV 735, DRV 736, DRV 738, DRV 739 et DRV 745, fournissait une preuve supplémentaire que TPSGC n'avait pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer que l'utilisation d'appellations commerciales était justifiée et pour vérifier qu'il existait une base existante de commutateurs satisfaisant aux spécifications minimales relatives à un commutateur de catégorie 1.1 ou de catégorie 1.2. Voir la lettre d'Enterasys datée du 5 août 2010 aux pp. 1-2.

42. Par conséquent, pour le motif qu'Enterasys avait déjà eu une occasion juste et raisonnable de participer à l'enquête du Tribunal et de présenter des observations sur le RIF, le Tribunal a décidé de ne pas tenir compte des arguments ou des éléments de preuve additionnels déposés par Enterasys le 5 août 2010, qui ne constituaient pas des observations sur les documents déposés par TPSGC le 26 juillet 2010¹⁸.

43. Compte tenu des similitudes entre les plaintes en cause et les séries de plaintes déposées antérieurement par Enterasys au sujet des DRV publiées aux termes de la même OCPN qui faisaient l'objet des 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, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur les plaintes sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

44. 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 demandes d'offres à commandes (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 de 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 de RL de couche 2 de catégorie 1.1 et des commutateurs de 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'OCIM¹⁹ et ont été converties en OCPN.

45. 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]

46. 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 intégralement²⁰.

[Traduction]

18. En tout état de cause, le Tribunal fait remarquer qu'il lui aurait été presque impossible de tenir compte de ces arguments et éléments de preuve additionnels puisqu'ils ont été déposés moins de deux jours ouvrables avant la date à laquelle le Tribunal devait rendre sa décision. De plus, les arguments additionnels d'Enterasys ne contenaient pas de renseignements susceptibles de convaincre le Tribunal de faire une entorse à la procédure normalement suivie dans les affaires de plainte portant sur la passation d'un marché public. Cette procédure prévoit qu'une partie plaignante a droit à une seule occasion de répondre au RIF.

19. L'OCIM à la p. 9.

20. L'OCIM à la p. 4.

47. 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 \$.

48. 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;
- 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]

49. 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]

50. 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]

51. 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./HEWLETT-PACKARD Co.]²¹ ou de leur équivalent. Nota : Tout produit équivalent doit être entièrement justifié suivant l'OCPN des SSER. On doit énumérer les produits équivalents par FABRICANT DE MATÉRIEL D'ORIGINE et numéro de pièce en référence à la liste qui suit.

[Traduction]

52. 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 [...].

21. On retrouve une référence à Cisco dans 20 des DRV et une référence à HP dans deux des DRV.

[...] 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]

53. 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'OCPN²², 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.

MOTIFS DE PLAINTÉ NE DONNANT PAS LIEU À L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE

Neuvième motif

54. Comme neuvième motif, Enterasys allègue que TPSGC permettait à certains fabricants d'équipement original d'ajouter à leur LPP des produits ne faisant pas partie de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2, mais ne permettait pas à Enterasys de mettre à jour sa LPP. Enterasys avait soulevé le même motif de plainte dans les 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 et le Tribunal n'avait pas accepté d'enquêter sur ce motif.

55. La décision du Tribunal de ne pas accepter ce motif dans le cadre des plaintes en cause s'appuie sur les mêmes raisons que celles expliquées dans l'exposé des motifs de sa décision dans les 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. Comme le Tribunal l'a déjà fait remarquer dans le passé²³, il est d'avis que les procédures suivies par TPSGC en ce qui a trait à l'ajout de produits à la LPP d'un fournisseur relèvent de l'administration des contrats et ne font pas partie en soi de la procédure des marchés publics. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* 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 contrat²⁴. 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 concernant le 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.

22. 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 \$ ou plus (TPS/TVH incluses) seront établies au moyen de demandes de rabais pour volume (DRV) par l'autorité contractante de TPSGC » [traduction]. L'OCIM à la p. 5, plainte, pièce J, telle que modifiée par la modification n^o 6 à l'OCIM; RIF, pièce 4 à la p. 3.**

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

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

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

Dixième motif

57. Comme dixième motif, Enterasys allègue que TPSGC n'avait pas fourni à tous les soumissionnaires potentiels les mêmes renseignements concernant les exigences relatives à la livraison durant la période précédant la publication de certaines DRV en cause, s'assurant ainsi que seuls certains fabricants d'équipement original puissent répondre à ces DRV. Plus précisément, Enterasys allègue que TPSGC et/ou les ministères clients avaient fait de la discrimination contre Enterasys en communiquant des renseignements concernant les exigences relatives à la livraison à certains soumissionnaires potentiels (autres qu'Enterasys) hors du cadre de la procédure de demande de renseignements sur les DRV.

58. Le Tribunal a fait remarquer que les plaintes ne contenaient pas de renseignements, autres que les affirmations et les convictions d'Enterasys, permettant de croire que de telles actions ou communications ont réellement eu lieu. En l'absence d'éléments de preuve appuyant cette allégation, le Tribunal a considéré que celle-ci constituait de la pure spéculation et a conclu que les renseignements fournis par Enterasys n'indiquaient pas, de façon raisonnable, que la conduite de TPSGC relativement à la communication de renseignements concernant les exigences relatives à la livraison à des fournisseurs potentiels n'était pas conforme aux accords commerciaux pertinents.

Huitième motif

59. 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 et HH 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.

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 de 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 des 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 commerciaux²⁵.

[Traduction]

25. Plainte à la p. 27.

60. Le Tribunal fait remarquer que le huitième motif de plainte d'Enterasys comporte une demande que le Tribunal examine les divers autres motifs de plainte prétendument décrits dans les courriels entre Enterasys et TPSGC, qui ont été déposés avec les plaintes.

61. Cependant, 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 [...] ». Le Tribunal considère par conséquent qu'il incombe à la partie plaignante de décrire ses motifs de plainte avec précision. À défaut pour une partie plaignante de ce faire, il est impossible pour le Tribunal de déterminer s'il existe une indication raisonnable d'un manquement et, le cas échéant, de formuler l'objet de l'enquête. De plus, l'acceptation d'un énoncé général sur l'existence de divers autres motifs comme celui formulé par Enterasys empêcherait l'entité gouvernementale de connaître les allégations précises contre lesquelles elle doit se défendre. Il incombe donc à la partie plaignante de décrire pleinement et complètement ses motifs de plainte et de les définir adéquatement, non de laisser au Tribunal la tâche de discerner des motifs de plainte additionnels ou de conclure à 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.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Requêtes d'Enterasys en production de documents

62. Dans sa requête du 6 mai 2010 et son addenda du 18 mai 2010, Enterasys demandait qu'il soit ordonné à TPSGC de produire certains documents. Dans sa requête, Enterasys demandait ce qui suit :

1. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies des Listes de prix publiées (LPP) de Cisco, Nortel et Hewlett Packard indiquant les codes de produits ainsi que les catégories dans lesquelles TPSGC avait approuvé ces codes de produits. Dans ces [LPP], tous les prix devraient être caviardés. Il ressort des documents reçus jusqu'à maintenant que TPSGC reçoit régulièrement de Cisco, de Nortel et de HP des LPP mises à jour comportant des produits mal classés par ces [fabricants d'équipement original] et que TPSGC approuve indûment des produits dans ces catégories, même s'ils n'en font pas partie. Afin d'illustrer adéquatement cette conduite abusive répétitive, nous demandons des copies de toutes les [LPP] de ces fabricants d'équipement original qui ont été téléversées dans le système d'achat des SSER de TPSGC depuis le début de l'offre à commandes le 1^{er} novembre 2006.
2. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de toute la correspondance relative à ces invitations entre TPSGC, les ministères et les revendeurs et/ou [fabricants] avant et après les dates de clôture des invitations. Chaque lettre ou courriel doit indiquer sa date d'envoi et de réception.
3. Cette directive obligerait TPSGC à fournir au Tribunal et à la partie plaignante des copies de toutes les justifications techniques envoyées par TPSGC aux ministères et envoyées par les ministères à TPSGC au sujet de ces invitations.

[Traduction]

63. Dans son addenda, Enterasys demandait les rapports suivants :

- un rapport indiquant le numéro, la date de publication et la valeur des DRV « par appellation commerciale ou équivalent » [traduction] publiées depuis le 1^{er} novembre 2006, classées en ordre chronologique, avec indication de l'appellation commerciale et du nom du titulaire d'une OCIM ayant remporté chaque DRV;

- un rapport indiquant le numéro, la date de publication et la valeur des DRV « génériques » publiées depuis le 1^{er} novembre 2006 pour la catégorie 1.1 et la catégorie 1.2, classées en ordre chronologique, avec indication du nom du titulaire d'une OCIM ayant remporté chaque DRV.

64. 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] [...]. »

65. 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.

66. De l'avis du Tribunal, la production des autres documents demandés n'était pas justifiée principalement parce que, comme l'a prétendu TPSGC, les renseignements et les 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 à des renseignements provenant d'autres détenteurs d'offres à commande. Plus précisément, le Tribunal estimait qu'il n'y avait aucun motif d'ordonner à TPSGC de déposer des renseignements généraux relatifs à toutes les DRV publiées depuis novembre 2006 ou les LPP d'autres titulaires d'offres à commandes. À cet égard, le Tribunal fait remarquer qu'il n'a pas accepté d'enquêter sur le motif de plainte d'Enterasys selon lequel TPSGC aurait permis à certains fabricants d'équipement original d'ajouter à leur LPP des produits ne relevant pas de la catégorie 1.1 et de la catégorie 1.2. De plus, le Tribunal était d'avis que, sauf dans le cas des JT et de la correspondance s'y rattachant, Enterasys n'avait pas suffisamment expliqué en quoi les documents demandés pourraient être pertinents et aider le Tribunal dans son enquête. En l'absence d'explications convaincantes et d'éléments de preuve établissant leur pertinence relativement aux questions dont le Tribunal est saisi, le Tribunal a conclu que de tels documents n'étaient pas nécessaires pour évaluer les motifs d'Enterasys sur lesquels le Tribunal a accepté d'enquêter concernant les invitations en cause.

67. 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]²⁶. 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 plainte²⁷. 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 permettrait des « expéditions de pêche » pour recueillir des renseignements dans les dossiers des institutions fédérales, ce qui serait inadmissible.

26. Lettre d'Enterasys datée du 6 mai 2010, à la p. 1.

27. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE) à la p. 17.

Requête en radiation de certains documents du dossier présentée par TPSGC

68. Comme il a été mentionné, le 3 août 2010, le Tribunal a accueilli la requête de TPSGC et a ordonné que les documents suivants joints aux observations d'Enterasys sur le RIF soient rayés du dossier :

- la pièce 1 des observations d'Enterasys Networks of Canada Ltd. sur le rapport de l'institution fédérale, en particulier, la lettre signée par M. M. Millar d'Enterasys Networks of Canada Ltd., datée du 7 juillet 2010, laquelle fournissait des observations sur chacune des demandes de rabais pour volume;
- la pièce 3 des observations d'Enterasys Networks of Canada Ltd. sur le rapport de l'institution fédérale, en particulier, la lettre signée par M^{me} E. Johnson du University of New Hampshire InterOperability Laboratory, datée du 22 juin 2010;
- la pièce 4 des observations d'Enterasys Networks of Canada Ltd. sur le rapport de l'institution fédérale, en particulier, la lettre signée par M. D. Ionescu d'ARTIS Inc., datée du 7 juillet 2010.

69. Le Tribunal a accordé la requête de TPSGC au motif que ces documents ne constituaient pas une réponse valable au RIF ou aux documents déposés par TPSGC conformément à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010. De l'avis du Tribunal, rien dans les lettres susmentionnées ne répondait directement aux allégations de TPSGC dans le RIF ou ne portait sur les documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

70. Quant à la lettre signée par M. Millar (pièce 1), le Tribunal fait remarquer que M. Millar a expressément indiqué que sa lettre visait à fournir des observations sur « ces DRV » [traduction] (c.-à-d. non sur le RIF ou sur les documents déposés par TPSGC pour se conformer à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010). Cette lettre comportait une analyse de M. Millar de la liste des produits livrables figurant dans chacune des DRV en cause. Il n'y a aucune indication que M. Millar avait dû examiner le RIF ou les documents déposés par TPSGC pour préparer son analyse ou qu'il les avait effectivement examinés. Le Tribunal estime que ce document, qui a été préparé par un employé d'Enterasys, aurait pu être produit avec les plaintes et aurait dû l'être.

71. Quant aux lettres signées par Mme Johnson et par M. Ionescu (pièces 3 et 4), le Tribunal fait remarquer qu'elles révèlent qu'on avait demandé à leurs auteurs de donner leur opinion en s'appuyant sur des faits précis que le conseiller juridique d'Enterasys leur avait communiqués et non de fournir des observations sur le RIF ou sur les documents déposés par TPSGC. Par exemple, dans la pièce 4, M. Ionescu se dit d'avis qu'Enterasys aurait eu besoin de renseignements sur la configuration des commutateurs puisqu'elle aurait pu devoir proposer un produit comportant des différences, mais pouvant être configuré de manière à être tout de même compatible et interfonctionnel. Il ajoute que, selon son avis d'expert, une appellation commerciale et un numéro de pièce d'un fabricant d'équipement original ne constituent pas des renseignements suffisants pour permettre à Enterasys de présenter une proposition, qu'il est simple pour un utilisateur final de préparer une liste des exigences opérationnelles pour un commutateur sans faire référence à une appellation commerciale et à un numéro de pièce d'un fabricant d'équipement original et qu'aucune entreprise spécialisée en essais n'est en mesure de réaliser des essais et de préparer un rapport d'équivalence dans un délai de quatre jours. Quant à Mme Johnson, elle énonce, dans la pièce 3, une opinion fondée sur l'expérience antérieure de l'entreprise relativement au type de renseignements nécessaires pour fournir un rapport d'équivalence et d'interfonctionnement et au délai nécessaire pour préparer un tel rapport. Le Tribunal fait aussi remarquer que le contenu des deux lettres est similaire à celui d'une lettre datée du 2 février 2010, signée par M. Kevin Tolly, qu'Enterasys a déposée en même temps que ses plaintes²⁸. Étant

28. Plainte, pièce M.

donné ce qui précède, le Tribunal estime que les lettres signées par Mme Johnson et par M. Ionescu constituent une preuve additionnelle sous forme d'opinions à l'appui des allégations d'Enterasys plutôt qu'une réponse au RIF ou aux documents déposés par TPSGC pour se conformer à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

72. Pour ces motifs, le Tribunal est d'avis qu'Enterasys était en mesure de déposer ces éléments de preuve avec ses plaintes et aurait dû le faire. Le Tribunal est d'avis que s'il avait permis la production de ces éléments de preuve au dossier au moment du dépôt des observations sur le RIF, il aurait privé TPSGC de l'occasion valable de répondre à ces éléments de preuve présentés sous forme d'opinions, ce qui aurait été contraire aux règles d'équité procédurale.

73. De fait, 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 responsable du marché public de répondre en détail aux allégations d'une plainte et aux éléments de preuve de la partie plaignante. Par conséquent, s'il avait permis la production au dossier des documents susmentionnés à une étape si tardive du processus, le Tribunal aurait privé TPSGC de l'occasion de donner une réponse pleine et entière à la plainte²⁹.

74. 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

75. Le Tribunal fait remarquer que les observations d'Enterasys du 7 juillet 2010 sur le RIF et sur les documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010, y compris une déclaration de témoin du conseiller juridique d'Enterasys, soulèvent pour la première fois certaines allégations et questions ne figurant pas dans les plaintes, notamment les allégations suivantes : 1) concernant la DRV 735, que cette invitation aurait dû faire l'objet d'une demande de propositions (DP) indépendante au lieu d'une DRV publiée aux termes de l'OCPN; 2) que, dans certains cas, les produits demandés qui étaient décrits au moyen d'appellations commerciales dans une DRV et qui ont été achetés ne satisfont pas aux exigences énoncées dans les JT transmises à TPSGC par les ministères clients; 3) que TPSGC a omis de divulguer des critères d'évaluation essentiels en ne fournissant pas les JT aux fournisseurs potentiels; 4) que les documents fournis par TPSGC démontrent que TPSGC a favorisé Cisco en fournissant à divers ministères clients des ébauches de JT faisant référence aux produits de Cisco; 5) que Cisco, TPSGC et les ministères clients participent à une manipulation des soumissions lorsqu'ils préparent les JT; 6) que TPSGC n'a pas fourni de documents démontrant que la base installée de produits a été achetée à la suite d'un processus d'appel d'offres.

29. Le Tribunal fait également remarquer qu'au cours de la présente enquête, il a accordé plusieurs prolongations de délai à Enterasys pour lui permettre de fournir ses observations sur le RIF, qui a été déposé le 3 mai 2010. Dans ces circonstances, le Tribunal n'était pas en mesure de permettre à TPSGC de déposer un addenda au RIF afin de répondre aux nouveaux éléments de preuve déposés par Enterasys le 7 juillet 2010, étant donné le peu de temps dont le Tribunal disposerait, après le 7 juillet 2010, pour évaluer tous les éléments de preuve et les arguments et pour rendre sa décision dans les 135 jours suivant le dépôt de ces plaintes, conformément à l'alinéa 12c) du *Règlement*.

76. 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 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.

77. 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.

ANALYSE

78. 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'*Accord sur le commerce intérieur*³⁰, l'*ALÉNA*, l'*Accord sur les marchés publics*³¹, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*³² et l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou*³³, selon la valeur de chaque DRV.³⁴

79. Bien que 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 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 22 DRV en cause, le Tribunal limite son analyse aux allégations de contraventions à l'*ALÉNA* faites par Enterasys.

30. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

31. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

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

33. *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/perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [ALÉCP].

34. 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 \$, seul 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).

80. 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.

81. Le Tribunal estime que les motifs de plainte qui forment l'objet de cette enquête peuvent se diviser en quatre 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 attribué à des émetteurs-récepteurs du commerce des codes de produit propres à certaines compagnies, empêchant ainsi que de meilleurs émetteurs-récepteurs d'autres fabricants puissent être proposés; 4) 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.

82. Puisque les arguments d'Enterasys, les manquements allégués de TPSGC et les renseignements déposés par les parties au sujet des plaintes en cause sont similaires à ceux soulevés dans les plaintes antérieures d'Enterasys concernant d'autres DRV publiées aux termes de la même OCPN sur lesquelles le Tribunal a accepté d'enquêter, et à l'égard desquelles le Tribunal a déjà rendu sa décision et publié l'exposé de ses motifs³⁵, le Tribunal juge qu'il convient, dans les cas qui s'y prêtent, de se fonder sur l'analyse élaborée dans le contexte de ses enquêtes concernant les plaintes antérieures d'Enterasys³⁶.

Utilisation d'appellations commerciales — sixième motif des plaintes d'Enterasys³⁷

Position d'Enterasys

83. 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

35. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE).

36. À cet égard, le Tribunal fait remarquer que les observations d'Enterasys sur le RIF comprennent plusieurs renvois aux éléments de preuve déposés par les parties dans les 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 ainsi qu'aux témoignages entendus par le Tribunal lors de l'audience tenue dans le contexte de ces plaintes antérieures. Lors de son examen des allégations formulées par Enterasys dans les plaintes en cause, le Tribunal a vérifié si les parties avaient déposé des éléments de preuve additionnels ou formulé des arguments additionnels pouvant convaincre le Tribunal d'aller à l'encontre de ses conclusions antérieures concernant des allégations similaires.

37. Le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys allègue également, dans son quatrième motif de plainte, qu'il n'y avait aucune raison de publier des DRV comportant des émetteurs-récepteurs à faible encombrement (SFP) et des émetteurs-récepteurs à faible encombrement de 10 gigabits (XFP) du commerce ainsi que d'autres modules à fils optiques ou à fils de cuivre connexes portant des codes de produits de Cisco ou de HP. L'analyse du Tribunal portant sur le sixième motif s'applique également à cet aspect du quatrième motif des plaintes d'Enterasys. L'autre aspect du quatrième motif, soit l'utilisation de codes de produits propres à certaines compagnies, empêchant que de meilleurs émetteurs-récepteurs SFP et XFP d'autres fabricants puissent être proposés, est abordé ci-dessous, dans une section distincte du présent exposé des motifs.

« [...] chef de file mondial dans la prestation de services d'essais et de validation indépendants pour le secteur de la technologie de l'information »³⁸ [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 exactes³⁹.

[Traduction]

84. Enterasys affirme que TPSGC a adopté une politique non écrite consistant à caractériser une DRV « normale » comme étant une DRV décrivant des produits commandés par appellation commerciale ou par numéro de modèle et que, durant l'audience tenue par le Tribunal dans les 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, les témoins de TPSGC ont admis que TPSGC a conçu l'OCIM ou l'OCPN des SSER de façon à donner aux ministères le choix d'acheter des produits en utilisant des appellations commerciales et des codes de produits. De l'avis d'Enterasys, une DRV normale doit au contraire, aux termes des accords commerciaux, toujours être une DRV dont les exigences peuvent être décrites au moyen de spécifications génériques.

85. Enterasys soutient qu'une des exigences fondamentales de toutes les DRV en cause était la livraison des produits au plus tard le 31 mars 2010, qui représente la fin de l'exercice financier du gouvernement fédéral. À cet égard, Enterasys soutient que cette exigence de livraison urgente constituait un facteur important dans la décision de TPSGC de commander des produits par appellation commerciale ou par numéros de modèle puisque TPSGC a admis au cours de l'enquête du Tribunal dans les 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 que le délai de traitement d'une DRV désignant des produits par appellation commerciale est de seulement un mois en moyenne, alors que le délai nécessaire pour achever le processus de passation d'un marché est beaucoup plus long lorsqu'une DRV décrit de l'équipement de réseau sans utiliser d'appellations commerciales. Enterasys fait valoir qu'aux termes des accords commerciaux, cela ne constitue pas un motif valable d'utiliser une appellation commerciale, un modèle ou un numéro de pièce spécifique dans une DRV.

86. Enterasys soutient que TPSGC, dans le cas d'une DRV ne faisant pas l'objet de ces plaintes — la DRV 636 — 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.

87. 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 »⁴⁰ 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]

38. Plainte à la p. 7.

39. Plainte à la p. 23.

40. Plainte, pièce K [feuille de renseignements].

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.

88. Enterasys soutient que les documents fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010 prouvent que TPSGC aurait pu décrire le besoin sans faire référence à des appellations commerciales spécifiques. Enterasys fait valoir qu'elle aurait pu satisfaire aux exigences opérationnelles des demandes (c.-à-d. établir l'équivalence) si TPSGC avait fourni des renseignements plus exacts et plus transparents. Enterasys soutient également que l'utilisation d'appellations commerciales laissait faussement croire que les exigences opérationnelles étaient plus contraignantes qu'elles ne l'étaient en réalité. De plus, Enterasys soutient qu'un examen des documents communiqués par TPSGC révèle que TPSGC part toujours du principe qu'une DRV désignant des produits par appellation commerciale est raisonnable, même dans les cas où TPSGC constate que le besoin du ministère client ne vise pas un réseau existant (comme dans le cas de la DRV 732). Selon Enterasys, TPSGC n'a pas expliqué pourquoi il n'existait aucun moyen précis ou intelligible de décrire les conditions du marché pour l'ensemble des DRV en cause. À cet égard, M. Weedon a fait remarquer, dans sa déclaration de témoin, que le RIF ne comprend aucune déclaration de témoins de TPSGC ou des ministères clients, ou de quiconque pourrait être considéré comme un expert en réseau, afin de fournir des éléments de preuve à l'appui des déclarations de TPSGC selon lesquelles l'utilisation d'appellations commerciales était justifiée.

89. Enfin, Enterasys soutient que dans le cas de toutes les DRV en cause, son « analyse confidentielle de la concurrence »⁴¹ [traduction] a confirmé que, si l'on tient compte des rabais approuvés par TPSGC qui font déjà partie de l'OCPN des SSER, le prix des commutateurs d'Enterasys aurait été plus bas que celui des commutateurs de Cisco et de HP demandés et qu'Enterasys aurait remporté toutes les DRV en cause. Enterasys soutient qu'elle n'a pas pu choisir les produits appropriés pour soumettre des offres puisque TPSGC a refusé de répondre à ses questions et de lui fournir les JT demandées.

Position de TPSGC

90. 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 22 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 antérieure⁴² 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.

91. TPSGC soutient avoir administré l'OCIM des SSER de bonne foi et conformément à ses modalités et à celles des accords commerciaux pertinents. TPSGC déclare avoir soigneusement examiné les indications fournies par le Tribunal dans ses nombreuses ordonnances et décisions antérieures portant sur des plaintes concernant l'OCIM des SSER. TPSGC soutient qu'étant donné que le Tribunal a jugé non

41. Observations sur le RIF à la p. 4.

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

fondées, ou a rejeté pour d'autres motifs, des plaintes antérieures comportant des allégations similaires à celles soulevées dans les 22 plaintes en cause, celles-ci sont également dénuées de fondement et doivent être rejetées.

92. 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. En obtenant une offre à commandes et en répondant aux invitations, les fournisseurs ont, selon TPSGC, renoncé au droit de se plaindre du fait que TPSGC a utilisé des appellations commerciales dans les DRV.

93. 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 cause⁴³, 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, l'OCIM et l'OCPN des SSER 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 les 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.

94. TPSGC soutient qu'il examine le choix d'utiliser une appellation commerciale ou une spécification générique dans tous les cas et que dans les cas où l'interfonctionnement avec un réseau existant n'est pas pertinent ou n'est pas essentiel (par exemple lors de l'établissement d'un nouveau réseau), TPSGC a pour coutume de se procurer l'équipement requis au moyen de spécifications génériques. Il 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 compromis sur les réseaux de l'État. Il soutient que toutes les DRV 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.

95. 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.

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

Analyse de la majorité

96. Afin de statuer sur ce motif de plainte, le Tribunal doit d'abord déterminer le sens et la portée de l'obligation énoncée au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*. Dans les 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, la majorité du Tribunal a analysé le sens de cette disposition de la manière suivante.

97. 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.

98. 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.

99. 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*.

100. 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,
 - a. définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives [...].

101. 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

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.

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.

102. 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.

103. 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.

104. 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

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* ».

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.

105. Le Tribunal ne voit aucun motif d'aller à l'encontre de cette interprétation dans la présente enquête. Par conséquent, il 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 en question, puisque toutes celles-ci désignent les produits par appellation commerciale.

106. 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.

107. 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 cette question fait l'objet d'une plainte. À cet égard, le Tribunal fait observer que TPSGC, en réponse à l'ordonnance, rendue le 28 mai 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.

108. La procédure ayant mené à la décision de TPSGC de désigner les produits par appellation commerciale dans une DRV donnée est décrite de façon détaillée dans l'exposé des motifs du Tribunal dans les 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. Durant la présente enquête, les parties n'ont déposé aucun élément de preuve indiquant qu'une procédure différente a été suivie dans le cas des DRV en cause. Par conséquent, le Tribunal considère que les conclusions de fait qui suivent, formulées dans le contexte des 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, demeurent applicables et sont pertinentes aux décisions prises par TPSGC dans le cas des DRV en cause. Autrement dit, le Tribunal ne peut trouver aucun ensemble de faits nouveaux qui justifierait de modifier ces conclusions.

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.

109. En résumé, 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 pertinente. Le ministère client lance la procédure de passation du marché en ouvrant une session sur le site Web interne de TPSGC, en choisissant son équipement requis et en envoyant une demande d'achat à TPSGC. Selon TPSGC, l'OCPN est structurée 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 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. 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.

110. Il semble au Tribunal que 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. Les documents déposés par TPSGC afin de se conformer à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010 ne fournissent aucune indication contraire dans le cas des DRV en cause. Lors de l'audience visant des DRV similaires publiées aux termes de la même OCPN⁵⁰, 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 »⁵¹ [traduction]. Il est aussi clair pour le Tribunal que, selon les éléments de preuve au dossier, TPSGC considère que la question de 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 existant. 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.

111. Cependant, le Tribunal fait remarquer que TPSGC n'a pas fourni d'éléments de preuve susceptibles de convaincre la majorité du Tribunal que même dans de telles situations, il n'existe jamais de moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire autrement les exigences du marché. En l'absence d'éléments de preuve à l'appui adéquats, la majorité du Tribunal n'est pas non plus en mesure d'accepter les déclarations de TPSGC selon lesquelles, en ce qui a trait aux DRV en cause, l'utilisation de spécifications génériques aurait créé un risque inacceptable d'acquisition de produits n'ayant pas la compatibilité et l'interfonctionnement nécessaires avec les réseaux hôtes. Au contraire, la majorité du Tribunal est d'avis que, dans l'ensemble, les éléments de preuve au dossier indiquent que TPSGC, dans la prestation de 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 est rempli. La majorité du Tribunal ne peut notamment trouver aucun élément de preuve susceptible de le convaincre d'aller à l'encontre de sa conclusion antérieure dans les 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, selon laquelle TPSGC a, dans les faits, 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.

50. Audience tenue à Ottawa (Ontario) les 13 et 14 mai 2010 au sujet des 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.

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

112. 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 marché. Le Tribunal fait aussi remarquer que dans les documents fournis par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 28 mai 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.

113. 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 justifiée. 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 faire interface 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]⁵². 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.

114. 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 données⁵³.

115. En outre, le Tribunal fait remarquer que TPSGC affirme que dans les cas où l'interfonctionnement avec un réseau existant n'est pas pertinent ou n'est pas essentiel (par exemple lors de l'établissement d'un nouveau réseau), sa pratique habituelle est de se procurer l'équipement requis au moyen de spécifications génériques. Il y a toutefois au dossier des éléments de preuve indiquant que cette pratique n'a pas été suivie dans deux des DRV en cause.

52. Voir, par exemple, dans le cas de la DRV 742, la page 195 des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

53. Dans le courriel susmentionné que TPSGC envoie aux ministères clients, TPSGC demande expressément à ceux-ci de décrire les fonctionnalités de l'équipement requis. Comme il l'a fait remarquer ci-dessus, le Tribunal ne trouve au dossier aucun élément de preuve documentaire indiquant que, dans le cas spécifique des DRV en cause, où les produits sont désignés par appellation commerciale, l'utilisation de spécifications génériques aurait créé un risque inacceptable pour les réseaux des ministères.

116. Dans le cas de la DRV 732, le ministère client avait indiqué que l'équipement était destiné à un nouveau réseau, mais TPSGC a désigné les produits requis par appellation commerciale au lieu d'utiliser des spécifications génériques⁵⁴.

117. Dans le cas de la DRV 738, le ministère client avait indiqué que l'équipement serait utilisé à la fois dans un nouveau réseau et dans un réseau existant, mais TPSGC a désigné les produits requis par appellation commerciale au lieu d'utiliser des spécifications génériques.

118. Relativement à la DRV 732 et à la DRV 738, le Tribunal ne trouve aucun élément de preuve permettant de croire que les ministères clients et TPSGC ont eu des échanges visant à justifier l'utilisation d'une DRV par appellation commerciale pour ces nouveaux réseaux.

119. Dans l'ensemble, les éléments de preuve se trouvant dans les JT et la correspondance limitée s'y rattachant entre TPSGC et les ministères clients, lesquels sous-tendent la décision d'utiliser des appellations commerciales, confirment la conclusion du Tribunal selon laquelle, dans le cas des DRV en cause, TPSGC n'a pas fait la vérification qui aurait empêché les ministères clients de demander sans discernement des produits par appellation commerciale. Relativement à cette question, le Tribunal se doit aussi de faire remarquer l'absence d'échanges significatifs entre TPSGC et les ministères clients relativement aux JT et aux exigences techniques dans le cas d'un grand nombre des DRV en cause, y compris les DRV 730, DRV 733, DRV 735, DRV 736, DRV 739 et DRV 745. Cela permet de croire, comme le soutient Enterasys, que d'autres considérations pratiques, comme celle d'assurer la livraison de l'équipement requis au plus tard le 31 mars 2010, ont joué un rôle dans la décision de TPSGC de désigner les produits par appellation commerciale⁵⁵. Dans l'ensemble, le Tribunal considère que les documents fournis par TPSGC en réponse à son ordonnance du 28 mai 2010 ne démontrent pas que TPSGC a procédé à une évaluation raisonnable de la question de savoir si le critère juridique requis par le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA était rempli dans le cas des DRV en cause.

120. 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. Par conséquent, le Tribunal conclut que le comportement de TPSGC concernant ces DRV était contraire au paragraphe 1007(3).

54. Dans la portion de la JT où le ministère client doit indiquer le « type de réseau » [traduction] et a le choix entre « NOUVEAU » [traduction] et « EXISTANT » [traduction], le ministère client a indiqué « O[ui] » [traduction] à NOUVEAU [traduction] et « N[on] » [traduction] à EXISTANT [traduction], et a indiqué ce qui suit dans la section de la TJ intitulée « Exigence générale » [traduction] : « Il y a un besoin immédiat de fournir une *nouvelle infrastructure de réseau* [...] qui doit soutenir les caractéristiques, les fonctionnalités et les capacités de rendement fournis par les dispositifs indiqués dans les présentes. Il y a un besoin immédiat de relier le [...] siège social; Nexus sera utilisé pour assurer le chiffrement des données et une connectivité WAN à une vitesse pouvant atteindre 4 Go » [traduction, nos italiques].

55. Dans les 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, le Tribunal a conclu que les considérations pratiques, comme celle d'assurer la livraison rapide des produits requis, ne sont pas couvertes par le libellé du paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA, qui prévoit l'utilisation d'appellations commerciales dans certaines circonstances minutieusement circonscrites. À cet égard, le Tribunal fait remarquer que la livraison des produits avant le 31 mars 2010 semble avoir constitué une priorité pour les ministères clients dans le cas des DRV en cause. Voir, par exemple, dans le cas de la DRV 724, les pages 184 et 185 des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010.

121. 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 plaintes ou dans ses observations sur le RIF. 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)⁵⁶. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'une telle conclusion imputerait automatiquement 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 plainte⁵⁷.

Opinion dissidente du membre Vincent concernant le sixième motif⁵⁸

122. Je dois respectueusement exprimer mon 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, ont été respectées dans les circonstances de la majorité des DRV en cause et que le comportement de TPSGC concernant ces DRV est 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 ce qui est de 20 des 22 DRV en cause. Toutefois, je suis d'accord avec l'opinion de mes collègues selon laquelle TPSGC n'a pas fourni les justifications nécessaires dans le cas de la DRV 732 et de la DRV 738.

56. En ce qui concerne l'allégation d'Enterasys selon laquelle TPSGC a fait preuve d'un comportement discriminatoire, dont il sera question au moment d'aborder les autres motifs de plainte d'Enterasys, le Tribunal ne considère pas qu'Enterasys a établi que la façon dont TPSGC a appliqué la procédure de passation des marchés publics en l'espèce a eu pour effet d'assurer qu'aucune offre de produits équivalents conforme ne puisse être présentée.

57. En ce qui concerne l'allégation d'Enterasys selon laquelle TPSGC a limité la concurrence et a 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 justifiaient prétendument l'achat de produits d'appellations commerciales spécifiques, le Tribunal a déjà établi que les entités gouvernementales ne sont pas tenues de justifier, *durant* la procédure de passation des marchés publics, l'utilisation d'appellations commerciales pour décrire les exigences du marché public. Ainsi, de l'avis du Tribunal, l'omission de dévoiler le type de renseignements demandés par Enterasys n'équivaut pas, en soi, à de la discrimination contre un soumissionnaire.

58. L'opinion dissidente du membre Vincent porte sur les dossiers suivants : PR-2009-132 (DRV 729), PR-2009-134 (DRV 733), PR-2009-135 (DRV 730), PR-2009-136 (DRV 735), PR-2009-137 (DRV 736), PR-2009-139 (DRV 739), PR-2009-140 (DRV 716), PR-2009-142 (DRV 724), PR-2009-143 (DRV 742), PR-2009-144 (DRV 711), PR-2009-145 (DRV 728), PR-2009-146 (DRV 748), PR-2009-147 (DRV 744), PR-2009-148 (DRV 745), PR-2009-149 (DRV 747), PR-2009-150 (DRV 750), PR-2009-151 (DRV 751), PR-2009-152 (DRV 755), et PR-2009-153 (DRV 756).

123. 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 et des observations présentés par TPSGC sur les circonstances entourant les marchés publics en cause. Comme je l'ai expliqué dans mon opinion dissidente dans les 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 sur cette question, je suis d'avis que la question n'est pas de savoir si la décision de TPSGC de désigner 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.

124. 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 non⁵⁹. Après examen des éléments de preuve au dossier, sauf pour la DRV 732 et la DRV 738, j'estime que TPSGC a fourni une explication plausible justifiant ses décisions d'utiliser des appellations commerciales, suivies de la mention « ou l'équivalent », pour les raisons suivantes.

125. J'ai fourni mon analyse du régime établi par l'OCPN ou les SSER dans l'exposé des motifs du Tribunal dans les dossiers n^{os} PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128⁶⁰. Aux termes de ce cadre d'approvisionnement qui s'applique toujours aux DRV en cause, TPSGC est l'autorité responsable de toutes les questions concernant l'OCPN et doit veiller à ce que chaque DRV soit conforme aux conditions de l'OCPN et aux accords commerciaux pertinents. TPSGC, et non le ministère client, est donc chargé de l'analyse technique et de la décision finale sur la façon de procéder.

126. Comme je l'ai mentionné dans ma décision antérieure sur la même question, la décision de TPSGC de procéder au moyen d'une DRV à description générique ou d'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent » découle de son analyse de la question de savoir si la pièce d'équipement requise sera utilisée dans un réseau existant ou dans un nouveau réseau.

127. Dans les DRV en cause, les documents demandés aux ministères clients et déposés au dossier du Tribunal comportaient la question de savoir si l'équipement allait être utilisé dans une infrastructure existante ou dans une nouvelle infrastructure. Cela signifie que chaque demande d'achat a été examinée par TPSGC avant qu'il ne décide de la façon dont la DRV se déroulerait. Par conséquent, je suis satisfaite que TPSGC s'est appliqué à examiner les demandes d'achat des clients avant de procéder au moyen d'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent ».

128. Les éléments de preuve indiquent qu'à l'exception de la DRV 732 et de la DRV 738, TPSGC a décidé que dans le cas des 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 des plaintes antérieures⁶¹. Ces motifs font également partie de mon opinion dissidente dans les 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 et sont réitérés dans le RIF pour cette série de plaintes. J'estime que cette approche n'est pas moins valable dans la présente série de plaintes.

59. *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.

60. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE) aux para. 131-137.

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

129. TPSGC soutient dans le RIF que 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 existants⁶².

[Traduction]

130. Je ne vois aucune raison de m'écarter de ma conclusion antérieure à l'égard des explications fournies par TPSGC selon lesquelles une description générique n'est pas suffisamment⁶³ précise pour garantir l'acquisition du bon produit lorsque ce dernier doit être installé et utilisé dans une infrastructure existante, c.-à-d. un produit qui s'intégrera correctement à ces réseaux. Dans les circonstances de la présente affaire et des affaires examinées antérieurement par le Tribunal⁶⁴, 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.

131. En l'espèce, les circonstances qui entourent l'utilisation par TPSGC d'une DRV désignant des produits par « appellation commerciale ou l'équivalent », sont très similaires à celles entourant les DRV examinées par le Tribunal dans les 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. Dans le cadre de ces plaintes, après avoir examiné les éléments de preuve au dossier et entendu les témoignages présentés à l'audience, j'ai conclu 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" »⁶⁵.

62. RIF au para. 92.

63. 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 faire en sorte 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 » soit ajoutée.

64. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE) aux para. 137-141; *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) aux para. 46-54.

65. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE) aux para. 146-151.

132. Je remarque qu'il n'y a pas de nouvelles circonstances, ni d'ensemble de faits nouveaux, ni de nouveaux éléments de preuve au dossier concernant 20 des 22 DRV en cause qui justifieraient un réexamen ou une modification des conclusions que j'ai rendues sur la même question dans les 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. De plus, il n'y a pas d'information au dossier concernant ces DRV qui remettrait en question le caractère raisonnable de la décision de TPSGC de désigner des produits par appellation commerciale lorsque l'interfonctionnement avec un réseau existant est requis.

133. Cependant, cette justification ne s'applique pas dans le cas de la DRV 732 et de la DRV 738. Dans ces deux cas, comme mes collègues le font remarquer, il appert d'un examen des documents fournis par TPSGC que les produits demandés ne devaient pas être installés ou intégrés dans un réseau existant. Dans la DRV 732, le ministère client a indiqué que les produits étaient destinés à un nouveau réseau⁶⁶. Aucun document soumis par TPSGC ne justifie la décision de TPSGC de procéder au moyen d'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent ». Dans le cas de la DRV 738, je ne crois pas que les éléments de preuve présentés par TPSGC ne démontrent clairement que les produits seraient intégrés dans un réseau existant; les éléments de preuve indiquent la possibilité que les produits puissent être utilisés dans un nouveau réseau. En l'absence d'explications additionnelles de la part de TPSGC sur les raisons techniques qui justifieraient la décision de procéder au moyen d'une DRV à « appellation commerciale ou l'équivalent » dans de telles circonstances, je ne peux conclure que la décision de TPSGC, concernant la DRV 738, était raisonnable.

134. Considérant ce qui précède, à mon avis, TPSGC a présenté les justifications nécessaires pour désigner les produits par « appellation commerciale ou l'équivalent » pour ce qui est de 20 des 22 DRV en cause⁶⁷, à l'exception de la DRV 732 et de la DRV 738, selon les conditions requises par le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA. Dans le cas de la DRV 732 et de la DRV 738, je suis d'avis que la décision de TPSGC de désigner des produits par appellation commerciale n'était pas raisonnable dans les circonstances.

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

Position d'Enterasys

135. Enterasys affirme 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;

66. Dans la partie de la JT où les ministères clients doivent indiquer le « type de réseau » [traduction] parmi les choix de « NOUVEAU » [traduction] ou de « EXISTANT » [traduction], le ministère client a indiqué « O[ui] » [traduction] pour NOUVEAU et « N[on] » [traduction] pour EXISTANT.

67. PR-2009-132 (DRV 729), PR-2009-134 (DRV 733), PR-2009-135 (DRV 730), PR-2009-136 (DRV 735), PR-2009-137 (DRV 736), PR-2009-139 (DRV 739), PR-2009-140 (DRV 716), PR-2009-142 (DRV 724), PR-2009-143 (DRV 742), PR-2009-144 (DRV 711), PR-2009-145 (DRV 728), PR-2009-146 (DRV 748), PR-2009-147 (DRV 744), PR-2009-148 (DRV 745), PR-2009-149 (DRV 747), PR-2009-150 (DRV 750), PR-2009-151 (DRV 751), PR-2009-152 (DRV 755) et PR-2009-153 (DRV 756).

- 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.

136. Enterasys soutient que 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, presque 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 suffisants⁶⁸.

137. Enterasys soutient qu'il était impossible pour les soumissionnaires de démontrer l'équivalence de leurs produits à l'équipement désigné par appellation commerciale dans les DRV en question sans avoir accès à des renseignements comme les exigences opérationnelles du réseau hôte, les diagrammes de réseau, les commandes de configuration qui seront entrées dans chaque commutateur, une description de la configuration des espaces où le matériel requis serait installé, et la version du micrologiciel qui ferait fonctionner l'équipement requis⁶⁹. Selon Enterasys, le refus de TPSGC de fournir ce type de renseignements l'a empêché de trouver les produits appropriés pour soumettre une proposition en réponse aux DRV en question.

138. Enterasys affirme que personne au sein de TPSGC ni des ministères clients ne possède une formation du niveau d'ingénieur de systèmes d'Enterasys ou du niveau encore plus avancé d'ingénieur de réseau Internet certifié d'Enterasys et que, par conséquent, TPSGC n'a aucune idée des renseignements que devait avoir Enterasys pour soumettre une offre de produits équivalents aux produits par appellation commerciale désignés dans les DRV en question. Enterasys soutient de plus qu'en l'absence des renseignements concernant la configuration, les fiches techniques publiques des fabricants et les spécifications de rendement sont inutiles et que, par conséquent, le commentaire de TPSGC selon lequel Enterasys n'avait pas besoin des renseignements qu'elle a demandés pendant les périodes de demandes de renseignements pour pouvoir soumettre des offres en réponse aux DRV en cause n'est ni crédible ni fondé. À cet égard, Enterasys déclare que les renseignements publiés par les fabricants d'équipement de réseautage, comme Cisco, concernant leurs commutateurs et leurs produits peuvent compter jusqu'à 2 000 pages et que, par conséquent, il était clairement impossible pour Enterasys de démontrer l'équivalence sur la base de ces documents, dans un délai moyen de quatre jours par DRV, en l'absence de renseignements précis sur la configuration.

68. Dans son commentaire sur le RIF, Enterasys a fait remarquer que la DRV 650 (qui n'est pas en cause dans ces plaintes), qui indiquait une demande de produits HP, a été octroyée à une société qui offrait une autre marque d'équipement. Enterasys a affirmé que cela s'était produit parce que la société, revendeur de la marque HP et de l'autre marque, avait obtenu des renseignements supplémentaires qui lui avaient permis d'offrir d'autres produits.

69. Enterasys fait remarquer qu'elle a demandé à TPSGC de lui fournir les renseignements qu'elle estimait nécessaires pour prouver l'équivalence pendant chacune des périodes de demandes de renseignements des DRV, mais que TPSGC a refusé, chaque fois, de fournir lesdits renseignements.

139. Enterasys avance donc 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 TPSGC est en contravention de l'article 1012 de l'*ALÉNA*, selon lequel il doit 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 [...] ».

140. Enterasys a de plus soutenu que l'article 14 fournit aux soumissionnaires une période normalisée de quatre jours pour présenter une réponse à une DRV, mais que TPSGC peut proroger l'échéance pour des exigences plus complexes :

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 des besoins urgents ou le prolonger pour des besoins plus complexes.

[Traduction]

141. Enterasys soutient que les DRV exigeant une appellation commerciale ou l'équivalent devraient être visées par la définition de « complexes » et que, pour ces DRV, y compris les DRV en cause, 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 Group⁷⁰, 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.

Position de TPSGC

142. TPSGC fait valoir que dans des décisions antérieures⁷¹, le Tribunal avait conclu qu'en désignant un produit par appellation commerciale, modèle et numéro de série, on se trouvait à informer les fournisseurs potentiels des critères obligatoires de rendement auxquels devait répondre tout produit équivalent proposé. TPSGC souligne que le Tribunal a également 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 »⁷².

143. 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 DRV en question, il n'y avait aucun autre critère obligatoire de rendement que les produits d'appellation commerciale désignés. TPSGC soutient que l'équivalence requise avec les « produits désignés dans les DRV » n'oblige pas les soumissionnaires à indiquer les questions générales de réseau ainsi que les exigences opérationnelles, les connexions de

70. Plainte à la p. 19 [lettre de The Tolly Group].

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

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

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. TPSGC soutient que lorsqu'un critère est précisé au moyen d'une appellation commerciale, l'accent est mis exclusivement sur ce produit de marque.

144. TPSGC soutient que, contrairement aux allégations d'Enterasys, les soumissionnaires n'ont pas besoin de la JT fournie à TPSGC par les ministères clients pour présenter une soumission pour un produit équivalent et que les modalités de l'OCPN ne l'oblige pas à fournir une telle information avec une DRV. 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.

145. TPSGC fait valoir qu'Enterasys et ses représentants autorisés, dont West Atlantic Systems, n'ont pas soumis de proposition en réponse aux DRV en question. TPSGC prétend que le défaut de soumettre une proposition s'explique par un manque de produits équivalents aux produits désignés par appellation commerciale dans les DRV ou par une multitude d'autres raisons. TPSGC affirme qu'Enterasys n'a pas établi 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 porte le fardeau de la preuve et que de simples affirmations ne constituent pas une preuve sur laquelle on peut fonder des conclusions de fait.

146. 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 soutient également que les soumissionnaires ayant tenté d'obtenir, et ayant obtenu par la suite, une offre à commandes étaient bien informés de la période de soumission de quatre jours et ont renoncé à tout droit de contester la suffisance de ce délai. TPSGC soutient également que, comme l'a déterminé le Tribunal dans une affaire⁷³ précédente, le délai de 10 jours ouvrables imposé par l'article 6 du *Règlement* est échu depuis longtemps. Le Tribunal avait déclaré ce qui suit :

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

147. 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 original, de matériel informatique et de micrologiciels indiquées dans l'invitation de la DRV et l'équipement équivalent proposé⁷⁴. TPSGC fait remarquer que l'article 14 définit l'obligation de la preuve qui incombe au soumissionnaire qui propose un

73. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (CITT).

74. TPSGC a nié que c'était le cas.

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.

148. 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 :

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]

149. 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 équipement⁷⁵. 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 rapport.

150. TPSGC affirme que toutes les DRV en cause étaient assorties d'une période de soumission compatible avec l'OCPN. Il 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.

Analyse

151. Le Tribunal a examiné l'étendue des obligations d'une entité du gouvernement en vertu de l'*ALÉNA* en ce qui a trait i) à la divulgation de renseignements afin de permettre aux fournisseurs de présenter des soumissions recevables et ii) au délai devant être accordé aux fournisseurs pour préparer et présenter des soumissions dans l'exposé des motifs de sa décision dans les 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. L'interprétation du Tribunal des exigences imposées par les dispositions pertinentes dans le contexte des DRV publiées aux termes de l'OCPN est résumée ci-dessous.

75. Enterasys est en désaccord avec l'interprétation de TPSGC de la lettre de The Tolly Group. Dans ses commentaires sur le RIF, Enterasys soutient qu'un rapport entre le produit d'Enterasys qu'elle proposerait et le produit de fabricant d'équipement original concurrent suffirait et que TPSGC ne saurait pas quels produits des concurrents feraient partie de la DRV jusqu'à ce que la DRV soit publiée.

152. 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.

153. 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 suit⁷⁶ :

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.

154. 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 [...] ».

155. 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 « [...] fixer des délais suffisants pour permettre aux fournisseurs [...] de préparer et de déposer leurs soumissions [...] » et qu'en fixant ces délais, une entité doit « [...] 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 [...] ».

156. 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;

76. 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*.

- 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.

157. 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 DRV en question, 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.

158. TPSGC soutient que l'appellation commerciale ou le numéro de modèle ainsi que les renseignements publics étaient suffisants dans tous les cas. D'autre part, Enterasys soutient qu'elle a besoin d'importants renseignements précis supplémentaires pour être en mesure de présenter une proposition gagnante en réponse aux DRV par « appellation commerciale ou l'équivalent »⁷⁷. Selon l'expérience du conseiller juridique d'Enterasys, les appellations commerciales ou les numéros de modèle sont insuffisants pour démontrer l'équivalence. Enterasys soutient que TPSGC refuse de divulguer des renseignements concernant les exigences techniques et que ces renseignements sont nécessaires pour que les soumissionnaires puissent démontrer l'équivalence.

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

160. 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 et a refusé de fournir des renseignements additionnels. Selon TPSGC, les renseignements inclus dans chacune des DRV procurent aux fournisseurs potentiels suffisamment de renseignements parce que seules les spécifications techniques, accessibles au public (c.-à-d. par Internet), des produits spécifiés dans les DRV servent à l'évaluation des soumissions de produits équivalents. Enterasys soutient qu'elle n'a pas obtenu de réponses satisfaisantes aux questions qu'elle a posées à TPSGC pendant la période d'invitation et qui avaient pour but de permettre à Enterasys d'obtenir des renseignements allant au-delà des spécifications génériques minimales (c.-à-d. la version du micrologiciel, la configuration du nouvel équipement), ou que TPSGC l'a informée 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 s'il envisagerait de modifier la procédure d'invitation elle-même⁷⁸.

77. Le Tribunal fait remarquer que le témoin d'Enterasys a déclaré, dans le cadre de l'audience tenue sur les 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 concernant des DRV semblables publiées aux termes de la même OCPN, que les renseignements fournis par TPSGC comptaient pour environ 50 à 60 p. 100 des renseignements requis. Voir *Transcription de l'audience publique*, 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, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 221. Puisque les renseignements fournis par TPSGC dans le cas des DRV en question sont pratiquement identiques à ceux qui ont été fournis dans d'autres circonstances antérieures similaires, nous pouvons raisonnablement conclure que cette déclaration demeure exacte.

78. À cet égard, voir, par exemple, la plainte, pièce A aux pp. 7-13 et pièce B aux pp. 7-13.

161. 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 équivalents⁷⁹, 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.

162. Le Tribunal est d'avis qu'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. Cependant, la question de savoir si les renseignements fournis par TPSGC (c.-à-d. les appellations commerciales et les numéros de modèle) sont suffisants 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.

163. Le Tribunal fait face à deux opinions contradictoires exprimées par des « non-experts » 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, auquel est fait référence dans les pièces jointes aux observations d'Enterasys sur le RIF, la DRV 650 (non en cause dans les présentes plaintes), une soumission de produit équivalent a été jugée conforme, 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. Cela constitue également une preuve à l'appui de l'argument de TPSGC selon lequel des soumissions recevables peuvent être présentées par des fournisseurs potentiels en utilisant uniquement les renseignements fournis dans une DRV.

164. 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, dans le cas d'une DRV, 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 question⁸⁰.

165. Au cours de la présente enquête, Enterasys a présenté des observations supplémentaires et a déposé des éléments de preuve composés de diverses spécifications de produit du fabricant, guides et manuels d'installation accessibles au public en vue de démontrer l'impossibilité de démontrer l'équivalence en

79. Voir la plainte, pièce M.

80. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (21 juin 2010), PR-2009-080 à PR-2009-087, PR-2009-092 à PR-2009-102 et PR-2009-104 à PR-2009-128 (TCCE); *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE).

comparant les spécifications de ses produits avec l'importante quantité de renseignements accessibles au public concernant les produits désignés par appellation commerciale dans les DRV en question. Le Tribunal remarque toutefois qu'Enterasys n'a pas tenté de se conformer à l'article 14 en présentant des propositions en réponse aux DRV en question sur la base de son examen des spécifications techniques publiques des produits demandés. De l'avis du Tribunal, cela laisse entendre qu'Enterasys a peut-être présumé à tort qu'il s'agissait d'une tâche impossible pour présenter une soumission recevable. Le Tribunal n'accepte pas les déclarations et opinions du conseiller juridique d'Enterasys ou de M. Millar, dont le titre d'expert n'a pas été reconnu, comme démontrant, sur le plan des faits, que TPSGC était tenu de fournir des renseignements additionnels. Le Tribunal considère en l'espèce qu'Enterasys n'a pas établi que, dans le cas des DRV en question, 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.

166. 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 que la période de soumission normale de quatre jours prévue dans l'OCPN soit prolongée jusqu'à quatre semaines. Au contraire, TPSGC soutient que la période de quatre jours était adéquate dans chaque cas. TPSGC indique qu'il n'est ni nécessaire ni obligatoire de fournir le type de rapport d'équivalence indiqué par Enterasys dans ses plaintes concernant les DRV par appellation commerciale⁸¹.

167. Cette question est intrinsèquement liée à la question de la disponibilité de renseignements nécessaires pour la présentation de soumissions. 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. À cet égard, le Tribunal fait remarquer que, dans les 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, TPSGC a présenté des éléments de preuve indiquant qu'il n'y a aucune façon prescrite de démontrer l'équivalence et que les exigences d'équivalence peuvent être respectées au moyen d'un simple tableau de comparaison entre les fonctionnalités du produit d'appellation commerciale demandé et les fonctionnalités du produit équivalent proposé, et d'un document contenant des explications sur l'équivalence entre les spécifications techniques du produit équivalent proposé et celles des produits demandés⁸². Enterasys n'a déposé dans le cadre des présentes plaintes aucun autre élément de preuve qui pourrait amener le Tribunal à conclure que TPSGC exige davantage que ces simples documents et analyses dans le cas des DRV en question.

81. Enterasys est en désaccord avec l'interprétation de TPSGC de la lettre de The Tolly Group. Dans ses commentaires sur le RIF, Enterasys soutient qu'un rapport entre le produit d'Enterasys qu'elle proposerait et le produit de fabricant d'équipement original concurrent suffirait et que TPSGC ne saurait pas quels produits des concurrents feraient partie de la DRV jusqu'à ce que la DRV soit publiée.

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

168. Quant aux questions de renseignements et de délai dans le cas des DRV qui spécifient des produits par appellation commerciale, le Tribunal conclut donc 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.

169. En résumé, 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.

170. Enterasys ajoute que les fournisseurs titulaires ont reçu des renseignements supplémentaires auxquels les autres soumissionnaires n'avaient pas accès, y compris certains renseignements qu'elle a demandés pendant chacune des périodes d'invitation de DRV. Cette allégation est appuyée principalement par les déclarations du conseiller juridique d'Enterasys et de M. Millar fournies comme pièce jointe aux observations d'Enterasys sur le RIF. Cependant, le Tribunal fait remarquer que certains documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 28 mai 2010 par le Tribunal indiquent que les représentants de TPSGC ou du ministère client ont eu des conversations téléphoniques avec les employés d'un fabricant d'équipement de réseautage pendant la préparation ou l'examen de la JT relative à la DRV 728⁸³. Bien que le fait que de telles conversations aient eu lieu puisse soulever certaines préoccupations et que cela devrait, par conséquent, être évité dans le futur, le Tribunal remarque qu'il n'y a pas d'éléments de preuve spécifiques portant sur le sujet de ces conversations ou sur les questions ayant été discutées avec le fabricant en question. Plus particulièrement, il n'y a pas d'indication réelle que des renseignements pertinents additionnels ont effectivement été transmis uniquement à certains soumissionnaires ou fournisseurs potentiels dans le cadre de ces discussions. Par conséquent, le Tribunal estime que ces éléments de preuve sont insuffisants pour démontrer que TPSGC ou les ministères clients ont commis une inconduite ou un acte fautif à cet égard. Pour ces motifs, le Tribunal ne peut conclure que TPSGC a fait défaut de fournir à tous les fournisseurs 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.

Exclusion des meilleurs émetteurs-récepteurs — quatrième motif des plaintes d'Enterasys

Position d'Enterasys

171. Enterasys soutient que TPSGC devrait savoir que certains émetteurs-récepteurs SFP, XFP et autres modules fibre ou cuivre demandés dans plusieurs des DRV sont standard dans l'industrie et qu'ils fonctionnent avec les commutateurs de fabricants d'équipement original autres que Cisco ou HP. Enterasys affirme qu'en désignant ces émetteurs-récepteurs au moyen des codes de Cisco et de HP, TPSGC l'a empêchée de proposer les meilleurs émetteurs-récepteurs SFP, XFP et autres modules connexes conformes aux normes de l'industrie dont elle dispose.

83. Voir, par exemple, en ce qui concerne la DRV 728, les pages 292 et 293 des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance du Tribunal rendue le 28 mai 2010.

Position de TPSGC

172. TPSGC soutient qu'Enterasys n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de son allégation. TPSGC soutient également que chaque DRV vise clairement les réponses à la DRV qui contiennent des produits équivalents à ceux de divers fabricants d'équipement original. En outre, TPSGC fait remarquer que les instructions aux soumissionnaires dans le cadre des DRV prévoient ce qui suit :

Un prix individuel doit être fourni pour chaque article d'exécution de l'annexe A. Si la soumission porte sur un produit équivalent, [le soumissionnaire] doit indiquer le fabricant d'équipement original et le numéro de modèle du fabricant d'équipement original équivalents pour chaque article d'exécution.

[Traduction]

173. TPSGC soutient que la DRV n'impose aucune limite quant au nombre de fabricants d'équipement original pouvant offrir leur équipement équivalent. TPSGC fait valoir que les soumissionnaires proposant les meilleurs modules SFP, XFP et autres produits connexes de fabricants d'équipement devaient indiquer le fabricant d'équipement original et le numéro de modèle du fabricant d'équipement original pour chaque pièce d'équipement proposée.

Analyse

174. Le Tribunal fait remarquer qu'Enterasys n'a pas répliqué à la réponse de TPSGC sur ce motif de plainte dans son RIF. Le Tribunal est d'avis que les observations de TPSGC visant à contrer les allégations d'Enterasys sont convaincantes et indiquent que, contrairement aux allégations d'Enterasys, les soumissionnaires n'étaient pas empêchés de proposer le meilleur équipement en réponse aux DRV en question. Par conséquent, le Tribunal accepte les observations de TPSGC à cet égard.

175. En outre, le Tribunal fait remarquer que, pour toutes les DRV désignant des produits par appellation commerciale, y compris les DRV en question qui désignent les émetteurs-récepteurs et autres dispositifs au moyen de codes de produits de Cisco et de HP, TPSGC permet que des produits équivalents soient proposés, conformément à l'article 14 et au paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que les fournisseurs potentiels avaient la possibilité de proposer des émetteurs-récepteurs et des dispositifs autres que les produits Cisco et HP demandés. Les DRV en question n'imposent pas de restrictions à la capacité des fabricants d'offrir de l'équipement équivalent aux émetteurs-récepteurs, aux modules SFP, XFP et autres produits connexes de Cisco et de HP désignés par appellation commerciale ou par code. La seule exigence est que l'équivalence entre les prétendus « meilleurs » produits et les produits désignés dans une DRV soit démontrée.

176. Pour ces motifs, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Classement des marchandises dans la catégorie 1.1/1.2 — premier, deuxième, troisième et huitième motifs

Position d'Enterasys

177. 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.

178. Enterasys prétend que dans tous les 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.

179. 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 ».

180. Enterasys ajoute que même si l'OCPN vise uniquement le matériel informatique de commutateur de 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. Dans ses plaintes, Enterasys soumet comme exemple que les produits 2 et 3 de la DRV 710⁸⁴ et les produits 2, 3 et 4 de la DRV 678⁸⁵ étaient des produits qui n'entraient pas dans la portée des DRV⁸⁶. 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.

181. Dans la pièce 2 de ses observations sur le RIF, Enterasys a déposé un document préparé par un ingénieur en solutions à l'emploi d'Enterasys, qui comportait ses opinions sur les documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance rendue le 28 mai 2010 par le Tribunal et qui comprenait des observations supplémentaires, 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 présumées 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

182. TPSGC soutient que les allégations d'Enterasys selon lesquelles il a classé 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 et commandés au moyen d'une DRV. 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.

84. La DRV 710 ne fait pas partie du présent regroupement de plaintes.

85. La DRV 678 ne fait pas partie du présent regroupement de plaintes.

86. Les allégations d'Enterasys concernant les DRV en cause se trouvent ci-dessous, à la section « Analyse individuelle des DRV ».

183. 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 ».

184. 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 de 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 de 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 (p. ex. 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 de RL de couche 2 qui ne comportent pas de fonctionnalité de couche 3. Il ajoute qu'un commutateur de RL qui relève de la définition technique d'une catégorie peut posséder une spécification technique indiquée pour une autre catégorie.

185. 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])⁸⁷, 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]

186. TPSGC soutient 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

87. TPSGC soutient que ce sont les seuls exemples donnés par Enterasys où elle allègue que TPSGC voulait acquérir des logiciels ou des câbles et qu'aucune des trois DRV ne faisait partie du présent regroupement de plaintes. Le Tribunal fait toutefois remarquer qu'après le dépôt du RIF, Enterasys a fourni une liste beaucoup plus détaillée de produits, allégués mal classés, à l'égard de toutes les DRV en cause.

MIB II doit être proposé »⁸⁸ [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 à 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.

187. 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 OCPN.

188. Particulièrement en ce qui concerne le logiciel demandé dans la DRV 710, TPSGC soutient que cette DRV contenait une exigence de quatre commutateurs de la série Nexus 5000. Les commutateurs sont équipés d'un micrologiciel intégré, qu'une licence en permettant l'utilisation ait ou non été achetée, et les licences de serveur Fabric Manager Nexus 5000 et les licences de services de protocoles de stockage Nexus 5010 ont été achetées pour permettre aux usagers d'accéder aux fonctions spécialisées du micrologiciel intégré dans les commutateurs de la série Nexus 5000 de la catégorie 1.1. TPSGC soutient qu'aucun logiciel externe n'a été acheté aux termes de la DRV 710.

189. 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.

Analyse

190. Comme le Tribunal a déjà indiqué dans le passé, 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'invitation⁸⁹.

191. 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.

192. Par conséquent, le Tribunal doit déterminer si TPSGC a agi conformément aux conditions pertinentes de la DRV et de l'OCPN lorsqu'il a classé 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.

88. Le Tribunal fait remarquer qu'une formulation similaire se trouve à l'article 6) de la catégorie 1.1 dans l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN.

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

193. 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.*

[...]

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]

194. 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 pour 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.

195. Ainsi, comme il l'a déjà indiqué dans ses énoncés de motifs de ses décisions dans les 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, 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 dans chaque DRV relèvent de la définition technique de la catégorie pertinente. D'ailleurs, si le

Tribunal acceptait l'interprétation de TPSGC concernant 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 plaintes dont le Tribunal est saisi se limitent à la catégorie 1.1 ou à la catégorie 1.2.

196. À cet égard, le Tribunal ne voit aucune raison de s'écarter de son analyse et de ses conclusions dans l'exposé des motifs de sa décision dans les 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. Par souci de commodité, l'analyse antérieure du Tribunal des dispositions pertinentes des documents d'invitation, qui sont identiques aux dispositions en cause dans les plaintes actuelles, est présentée dans les paragraphes qui suivent.

197. 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]

198. 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, le non-soutien du ou des protocoles obligatoires⁹⁰.

[Traduction, nos italiques]

199. L'annexe A de l'OCPN est l'énoncé de travail (ET) des SSER, qui comprend un appendice (appendice A) intitulé « 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.

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

(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*⁹¹.

[Traduction, nos italiques]

200. 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]

201. 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
 - 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 octets) : 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

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

- 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 – fouinard 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 RFC 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
 - l. 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 de 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 multipléts
- 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. SNTTP 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
 - 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]

202. 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.

203. 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.

204. 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 ».

205. 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.

206. 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 classé l'équipement de réseau aux fins des DRV en cause.

Analyse individuelle des DRV

207. Avant d'examiner les allégations spécifiques de mauvais classement de produits faites par Enterasys, le Tribunal fait remarquer que la plupart de ces allégations reposent uniquement sur des affirmations et des opinions émises par un employé d'Enterasys et dans la déclaration du témoin préparée par le conseiller juridique d'Enterasys, que l'on retrouve dans les commentaires sur le RIF, selon lesquelles les produits figurant sur la liste des produits à livrer des DRV en cause ne sont pas conformes à l'une ou plusieurs des spécifications techniques obligatoires énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN.

208. Le Tribunal fait remarquer que ni l'employé d'Enterasys ni le conseiller juridique d'Enterasys n'ont été qualifiés à titre d'expert en équipement de réseautage en l'instance. Par conséquent, le Tribunal ne peut pas accepter simplement leurs 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. Autrement dit, de simples affirmations ne constituent pas une preuve sur laquelle peuvent reposer des conclusions de fait. Ainsi, en examinant les allégations spécifiques 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 l'employé.

209. À cet égard, le Tribunal remarque de plus qu'Enterasys a déposé plusieurs fiches de données et listes de spécifications accessibles au public qui, à son avis, décrivent les modalités et les fonctionnalités des produits de Cisco ou de HP désignés par appellation commerciale dans les DRV en question⁹². Toutefois, sans l'avantage d'une 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 1.1 ou de la catégorie 1.2., selon le cas. Plus particulièrement, le Tribunal a été incapable de déchiffrer cette grande quantité d'informations

92. Pièces A à Q jointes aux observations d'Enterasys sur le RIF.

techniques afin de déterminer si un produit donné décrit dans ces fiches techniques était conforme aux exigences obligatoires de la catégorie 1.1 ou de la catégorie 1.2. Le Tribunal estime qu'en tant que plaignante, Enterasys a le fardeau de prouver que les produits ont été mal classés par TPSGC et que, par conséquent, elle aurait dû fournir des éléments de preuve et des explications supplémentaires pour démontrer en quoi ces documents appuient ses allégations.

210. 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. En réalité, 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.

211. 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 classés :

- 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.

PR-2009-132 — DRV 729 — catégorie 1.2

212. Enterasys allègue que les trois produits désignés dans la DRV ne relèvent pas de la catégorie 1.2. Elle soutient que le produit 1 n'est pas un commutateur de RL de la catégorie 1.2 et que les produits 2 et 3 n'ont pas de châssis modulaire. Par ailleurs, TPSGC a allégué, durant la période de soumission et dans le RIF, que tous les produits étaient visés par la définition technique de la catégorie 1.2.

213. 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 non-experts. 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 ne s'est pas acquittée de cette charge. 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 trouver, en s'appuyant sur ces déclarations, des éléments de preuve indiquant que les articles ont été mal classés.

PR-2009-133 — DRV 732 — catégorie 1.2

214. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient quatre produits, soit un cordon d'alimentation, deux blocs d'alimentation et un « ensemble de porte avant » [traduction], qu'il considère tous comme de l'équipement accessoire permis. 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.

215. Le Tribunal fait également remarquer que la DRV contient un logiciel, c.-à-d. la licence de RL avancée d'entreprise Nexus 7000 (VDC, CTS SEULEMENT). 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* »⁹³ [traduction, nos italiques]. Le Tribunal estime donc que les DRV de catégorie 1.2 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.

216. 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. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-134 — DRV 733 — catégorie 1.2

217. Enterasys soutient qu'aucun des produits désignés dans la DRV ne respecte les spécifications minimales de la catégorie 1.2 et qu'aucun d'entre eux ne sont des produits de commutation de RL Ethernet sur châssis de couche 2 et 3. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-135 — DRV 730 — catégorie 1.2

218. Enterasys soutient que le seul produit désigné dans la DRV ne respecte pas l'exigence d'un produit de commutation de RL Ethernet sur châssis de couche 2 et 3, parce qu'il n'a pas de châssis modulaire et que, par conséquent, il ne relève 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 classés.

PR-2009-136 — DRV 735 — catégorie 1.2

219. Le Tribunal fait observer que la DRV contient un bloc d'alimentation qui, selon lui, relève de l'aspect « accessoire » acceptable de la catégorie, ainsi que deux logiciels, c.-à-d. la licence de RL avancée d'entreprise Nexus 7000 (VDC, CTS SEULEMENT) et la licence de RL avancé d'entreprise Nexus 7000 (protocoles L3). Comme il est indiqué plus haut, le Tribunal est d'avis que les DRV de catégorie 1.2 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.

220. 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.

93. Appendice A de l'annexe A de l'OCPN.

PR-2009-137 — DRV 736 — catégorie 1.2

221. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient quatre produits, c.-à-d. deux blocs d'alimentation, un cordon d'alimentation et un câble de cinq mètres, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis.

222. Enterasys soutient que deux produits ne respectent pas l'exigence d'un produit de commutation de RL Ethernet sur châssis de couche 2 et 3 — l'un d'entre eux n'a pas de châssis modulaire et l'autre n'accepte que les applications d'accès de couche 2 — et que, par conséquent, ils 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 classés.

PR-2009-138 — DRV 738 — catégorie 1.2

223. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme un produit accessoire permis, ainsi qu'un logiciel. Puisqu'il s'agit d'une DRV de catégorie 1.2, le Tribunal ne peut conclure que le logiciel désigné est exclu du marché.

224. Enterasys soutient que puisque la DRV ne contient pas d'explications sur la façon dont les composantes doivent être configurées pour être conformes à la catégorie 1.2, la DRV ne relève pas de cette catégorie. Elle allègue également que trois produits n'ont pas de châssis modulaire et qu'ils ne relèvent donc 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 classés.

PR-2009-139 — DRV 739 — catégorie 1.2

225. Enterasys soutient que le seul produit désigné dans la DRV ne respecte pas l'exigence d'un produit de commutation de RL Ethernet sur châssis de couche 2 et 3, parce qu'il n'a pas de châssis modulaire et que, par conséquent, il ne relève 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 classé.

PR-2009-140 — DRV 716 — catégorie 1.1

226. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle l'un ou l'autre des deux produits désignés dans la DRV ne relève pas de la catégorie 1.1.

PR-2009-141 — DRV 695(2) — catégorie 1.2

227. Enterasys allègue que le produit 7 est un dispositif de centre de données qui n'a que la capacité d'effectuer la commutation de couche 2 et qui ne respecte pas les exigences de routage de couche 3 de la catégorie 1.2. Elle fait remarquer que dans un courriel daté du 5 mars 2010, TPSGC a reconnu que le produit 7 (et le bloc d'alimentation connexe désigné comme produit 8 dans la DRV) ne relevait pas de la catégorie des SSER. Le Tribunal remarque que les produits 7 et 8 n'ont pas été retirés et faisaient partie de la DRV finale.

228. Le Tribunal fait remarquer que le texte pertinent du courriel auquel Enterasys renvoie énonce ce qui suit :

Pourriez-vous mettre à jour la liste de produits à livrer pour cette demande en retirant les produits 7 et 8. Nous avons examiné les questions [d'un] soumissionnaire concernant ces produits et [puisqu'ils] ne relèvent pas de la catégorie de SSER, ils devront être retirés.

[Traduction]

229. Puisque TPSGC a reconnu qu'au moins quelques produits ne relevaient pas de la catégorie 1.2 mais a néanmoins permis que la DRV suive son cours, le Tribunal conclut que la DRV contient des produits qui ne relèvent pas de la catégorie appropriée et que, par conséquent, ce motif de plainte est fondé, en ce qui concerne le mauvais classement de produits.

PR-2009-142 — DRV 724 — catégorie 1.2

230. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient trois produits, c.-à-d. un bloc d'alimentation et deux plateaux de ventilation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis.

231. Enterasys allègue que tous les produits énumérés dans la DRV ne respectent pas l'exigence de la catégorie 1.2 concernant un commutateur de RL sur châssis de couche 2 et 3, et qu'ils sont des composantes de dispositifs qui ne font pas partie de la DRV. Le Tribunal estime qu'il s'agit là de simples allégations et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-143 — DRV 742 — catégorie 1.2

232. 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 relève pas de la catégorie 1.2.

PR-2009-144 — DRV 711 — catégorie 1.2

233. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys soutient que le produit 5 désigné dans la DRV ne relève pas de la catégorie 1.2, car il ne contient pas le routage IP de couche 3. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que le produit a été mal classé.

PR-2009-145 — DRV 728 — catégorie 1.2

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

PR-2009-146 — DRV 748 — catégorie 1.1

235. Le Tribunal n'a pas pu discerner d'allégation d'Enterasys selon laquelle l'un ou l'autre des produits dans la DRV ne relève pas de la catégorie 1.1.

PR-2009-147 — DRV 744 — catégorie 1.2

236. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation et un plateau de ventilation, qu'il considère tous deux comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys soutient que les produits désignés dans la DRV sont des composantes de module et non des commutateurs, qu'ils ne peuvent être

configurés comme un commutateur de RL de couche 2 et 3 et qu'ils auraient dû faire l'objet d'une DP plutôt que de l'OCPN. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-148 — DRV 745 — catégorie 1.2

237. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation et un plateau de ventilation, qu'il considère tous deux comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys soutient que les produits désignés dans la DRV sont des composantes de module et non des commutateurs, qu'ils ne peuvent être configurés comme un commutateur de RL de couche 2 et 3 et qu'ils auraient dû faire l'objet d'une DP plutôt que de l'OCPN. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-149 — DRV 747 — catégorie 1.1

238. Enterasys soutient que les spécifications de rendement des produits 3, 4, 6 et 7 désignés dans la DRV sont bien inférieures aux exigences minimales de la catégorie 1.1 et que le produit 5 ne peut relever que de la catégorie 2.2. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-150 — DRV 750 — catégorie 1.2

239. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un « câble de raccord de commutateurs empilables » [traduction]. Enterasys allègue que la nature « empilable » des commutateurs est une spécification de catégorie 1.1 et ne relève pas de la catégorie 1.2. Enterasys allègue également que les produits 3 et 4 n'ont pas de châssis modulaire, lequel fait partie des exigences de la catégorie 1.2, et que, par conséquent, ils ne relèvent pas de cette catégorie. Le Tribunal estime qu'il s'agit là d'une simple allégation et ne peut conclure que les produits ont été mal classés.

PR-2009-151 — DRV 751 — catégorie 1.2

240. Le Tribunal fait remarquer que la DRV contient un bloc d'alimentation, qu'il considère comme de l'équipement accessoire permis. Enterasys allègue que selon les renseignements fournis par Cisco, le produit 1 désigné dans la DRV est conçu pour supporter les applications d'accès de couche 2. Elle soutient que cela ne respecte pas les spécifications de la catégorie 1.2, qui requièrent la capacité d'accepter les applications d'accès 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 classés.

PR-2009-152 — DRV 755 — catégorie 1.1

241. Enterasys soutient que les spécifications de rendement des produits 4 et 5 sont bien inférieures 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 les produits ont été mal classés.

PR-2009-153 — DRV 756 — catégorie 1.2

242. Enterasys allègue que tous les produits relèvent des exigences de la catégorie 2.2. et non 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 classés.

243. 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 695(2). Par conséquent, le Tribunal conclut que le motif de plainte du dossier n° PR-2009-141, sur la question du mauvais classement de produits, est fondé.

MESURE CORRECTIVE ET FRAIS

Mesure corrective

Position d'Enterasys

244. 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 22 DRV. Enterasys soutient que si TPSGC lui avait fourni les renseignements qu'elle lui avait demandés, elle aurait pu proposer des produits, selon « l'analyse confidentielle de la concurrence » [traduction] du conseiller juridique d'Enterasys, et que, toujours selon « l'analyse confidentielle de la concurrence » du conseiller juridique d'Enterasys, sur la base des rabais déjà approuvés par TPSGC qui font déjà partie de l'OCPN, le prix des commutateurs d'Enterasys aurait été inférieur à celui de Cisco et de HP, et que tous les contrats auraient été adjugés à Enterasys à l'égard des DRV.

245. 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 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.

246. 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.

247. 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.

248. Enterasys demande aussi le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à la plainte et que le remboursement de ces frais soit accordé à West Atlantic Systems, à titre de représentant d'Enterasys.

Position de TPSGC

249. 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 au représentant. 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 22 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.

250. TPSGC soutient 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.

251. Ayant conclu que les plaintes sont fondées en partie, le Tribunal doit maintenant recommander la mesure corrective appropriée. Considérant les similarités entre les conclusions et la décision du Tribunal à l'égard de ces plaintes et sa décision dans les 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 à l'égard d'autres DRV émises dans le cadre de l'OCPN, le Tribunal estime que son analyse de la question des mesures correctives dans le contexte d'une enquête précédente sur des questions semblables demeure applicable.

252. 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.

253. Le Tribunal estime que le comportement de TPSGC concernant les DRV par 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 qu'à l'égard de toutes les DRV en question, Enterasys a déclaré être incapable de soumissionner 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] [...] »⁹⁴ [traduction]. Comme il a été mentionné dans la section intitulée « 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.

254. 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. Autrement dit, le Tribunal estime que les actes de TPSGC n'ont pas empêché Enterasys de présenter une soumission et, peut-être, de se faire adjuger un contrat. Rien ne permet donc de recommander

94. Plainte à la p. 29.

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 d'Enterasys de ne pas présenter de soumission dans tous les cas, le Tribunal n'est pas en mesure de conclure qu'Enterasys aurait pu se faire adjuger 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 adjuger un contrat si elle avait soumissionné. Par conséquent, la mesure dans laquelle Enterasys a subi un préjudice aurait pu être minime ou même nulle.

255. 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 adjugés, 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

256. 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

257. 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), chacune des 22 plaintes comportait de nombreux motifs de plainte. Enfin, la complexité de la procédure était élevée parce que, même s'il y avait ni intervenant ni audience publique, il y avait deux requêtes, les parties ont présentées des renseignements supplémentaires au-delà de la portée normale des procédures 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

258. Bien que le Tribunal ait conclu que seulement certaines des 22 plaintes sont fondées en partie, et à l'égard desquelles je suis d'accord que seulement 3 sont fondées en partie, je suis d'avis que chacune des parties devrait assumer ses propres frais en l'instance.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

- | | | |
|--------------------------------|------------|-------------|
| • Invitation n° 45045-090114/A | DRV 732 | PR-2009-133 |
| • Invitation n° W8474-105448/A | DRV 738 | PR-2009-138 |
| • Invitation n° W0106-09613B/B | DRV 695(2) | PR-2009-141 |

260. 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 :

• Invitation n° W8474-105450/A	DRV 729	PR-2009-132
• Invitation n° W3078-10C082/A	DRV 733	PR-2009-134
• Invitation n° W8474-105446/A	DRV 730	PR-2009-135
• Invitation n° EN869-104113/A	DRV 735	PR-2009-136
• Invitation n° 5P041-091006/A	DRV 736	PR-2009-137
• Invitation n° W8474-105447/A	DRV 739	PR-2009-139
• Invitation n° EN869-103849/B	DRV 716	PR-2009-140
• Invitation n° W0103-10JK40/A	DRV 724	PR-2009-142
• Invitation n° W0117-095460/A	DRV 742	PR-2009-143
• Invitation n° W010S-10D282/B	DRV 711	PR-2009-144
• Invitation n° 23240-103817/B	DRV 728	PR-2009-145
• Invitation n° W7714-093847/A	DRV 748	PR-2009-146
• Invitation n° W8474-105439/A	DRV 744	PR-2009-147
• Invitation n° W8474-105451/A	DRV 745	PR-2009-148
• Invitation n° 5P421-091026/A	DRV 747	PR-2009-149
• Invitation n° 39903-100603/A	DRV 750	PR-2009-150
• Invitation n° W0113-100475/A	DRV 751	PR-2009-151
• Invitation n° EN869-104307/A	DRV 755	PR-2009-152
• Invitation n° EN869-104307/B	DRV 756	PR-2009-153

261. 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

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre