



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2010-024 à
PR-2010-045

Enterasys Networks of Canada
Ltd.

*Décision prise
le mardi 17 août 2010*

*Décision et motifs rendus
le mercredi 1^{er} septembre 2010*

EU ÉGARD À 22 plaintes déposées aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47

PAR

ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LTD.

CONTRE

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

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

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

2. Les plaintes portent sur des marchés publics (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])³ passés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de divers ministères pour la fourniture d'équipement de réseau. Toutes les demandes de rabais pour volume (DRV) ont été publiées dans le cadre de l'offre à commandes principale et nationale (OCPN) n^o EN578-030742/000/EW.

3. Enterasys Networks of Canada Ltd. (Enterasys) allègue que TPSGC 1) n'a pas confirmé auprès des ministères clients que les articles d'exécution dans les DRV susmentionnées, qui devaient se limiter à des commutateurs de réseau local (RL) de catégorie 1.1 ou de catégorie 1.2, répondaient aux exigences techniques minimales pour ces catégories tel que ces exigences étaient définies dans l'OCPN, 2) a omis de divulguer des renseignements clés concernant les critères d'évaluation en ne fournissant pas à Enterasys les justifications techniques (JT) des ministères clients au cours de la période de soumissions 3) n'a pas fait parvenir aux ministères clients les questions posées par Enterasys au cours des périodes de demandes de renseignements.

4. Le Tribunal fait remarquer qu'il a déjà enquêté sur des plaintes concernant les 22 DRV en question qui ont été déposées antérieurement par Enterasys (dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153)⁴. Par conséquent, il s'agit d'un deuxième groupe de plaintes déposées par Enterasys concernant les marchés publics en question. Selon Enterasys, les allégations susmentionnées constituent de nouveaux motifs de plainte concernant ces marchés publics.

5. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal « [...] doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ».

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Les 22 DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et un numéro de dossier particulier (c.-à-d. PR-2010-024 à PR-2010-045) a été attribué à chacune d'elles.

4. Le Tribunal a publié sa décision concernant ces plaintes le 9 août 2010.

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

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

8. Dans ses plaintes, Enterasys soutient avoir présenté une opposition auprès du Tribunal le 22 juin 2010 concernant le contenu de documents fournis par TPSGC en réponse à une ordonnance du Tribunal, datée du 28 mai 2010, en vue de la production de certains documents associés aux DRV en question⁵. Enterasys soutient que cette opposition a donné lieu à une demande du Tribunal auprès de TPSGC et que la réponse à cette demande (c.-à-d. les documents déposés par TPSGC le 26 juillet 2010) représente la réponse de TPSGC à l'opposition d'Enterasys. Pour ce motif, Enterasys soutient que ses plaintes ont été déposées dans les délais prescrits par le *Règlement* puisqu'elles ont été déposées dans les 10 jours ouvrables suivant le 26 juillet 2010⁶. Cependant, le Tribunal fait remarquer que l'opposition présumée d'Enterasys était sous forme d'une lettre adressée au Tribunal, dans laquelle Enterasys se plaignait de ce que TPSGC n'avait pas respecté l'ordonnance du Tribunal en vue de la production de documents dans le cadre des dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153 et avait violé l'article 46 de la *Loi sur le TCCE* concernant la désignation de renseignements confidentiels. De l'avis du Tribunal, cette lettre ne soulève aucune question ni aucun grief par rapport aux procédures de passation des marchés publics en soi et elle n'est pas adressée à l'institution fédérale qui a publié les documents d'appel d'offres, c'est-à-dire TPSGC.

5. Tel que mentionné ci-haut, le Tribunal a mené une enquête sur des plaintes déposées antérieurement concernant les mêmes DRV, c.-à-d. les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153. Au cours de cette enquête, le 28 mai 2010, le Tribunal a ordonné à TPSGC de déposer tous les renseignements, y compris toutes les JT et toute la correspondance connexe, sous-jacents à la description des exigences des marchés publics qui se réfèrent à des marques déposées ou de commerce particulières et que les ministères clients ont fait parvenir à TPSGC concernant les invitations en question. En réponse, TPSGC a déposé des documents confidentiels et publics auprès du Tribunal le 11 juin 2010. À la même date, une version publique des documents déposés par TPSGC a été transmise à Enterasys. Après avoir reçu d'Enterasys des pièces de correspondance datées des 14 et 22 juin 2010 selon lesquelles certains renseignements déposés avaient été incorrectement désignés à titre de renseignements confidentiels par TPSGC, le 24 juin 2010, le Tribunal a demandé à TPSGC de respecter les exigences de l'article 46 de la *Loi sur le TCCE* à cet égard. Le 2 juillet 2010, TPSGC a déposé une version publique révisée des documents déposés le 11 juin 2010 et, le même jour, a signifié à Enterasys une copie des documents publics révisés. Par la suite, le 14 juillet 2010, le Tribunal a demandé à TPSGC de confirmer, au plus tard le 16 juillet 2010, son respect complet de l'ordonnance du Tribunal du 28 mai 2010. TPSGC a répondu à cette demande le 26 juillet 2010 en soutenant qu'un réexamen des dossiers de TPSGC avait révélé l'existence de documents additionnels liés aux DRV 730, 736 et 739, mais aucun document lié aux autres DRV. Une version publique des documents additionnels a été jointe à la lettre du 26 juillet 2010 de TPSGC et signifiée à Enterasys à cette date.

6. Le Tribunal fait remarquer que le formulaire de plainte d'Enterasys a été déposé le 10 août 2010, c'est-à-dire le dixième jour ouvrable suivant le 26 juillet 2010.

9. En droit, les aspects de la procédure de passation du marché public qui sont contestés lors d'une opposition doivent être présentés de façon suffisamment précise. Dans *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux Publics et des Services Gouvernementaux)*⁷, la Cour d'appel fédérale confirme une décision du Tribunal selon laquelle une lettre d'une partie plaignante adressée à TPSGC constitue une opposition seulement par rapport aux aspects de la procédure de passation du marché public auxquels elle se réfère précisément. De plus, l'« institution fédérale concernée » aux fins de la réception d'une opposition concernant une procédure de passation d'un marché public est l'institution fédérale qui a publié les documents d'appel d'offres et qui est responsable du marché public, non pas le Tribunal.

10. En l'espèce, la lettre du 22 juin 2010 d'Enterasys ne se réfère à aucun aspect des procédures de passation des marchés publics en question. Elle vise plutôt les présumés défauts de TPSGC de respecter les dispositions de la *Loi sur le TCCE* et une ordonnance rendue par le Tribunal au cours d'une enquête. Par conséquent, le Tribunal ne considère pas que la lettre d'Enterasys constitue une opposition valable et, par conséquent, conclut que le délai pour déposer une plainte auprès du Tribunal concernant ces aspects des procédures de passation des marchés publics auxquels Enterasys se réfère dans ses plaintes est régi par le paragraphe 6(1) du *Règlement*.

11. Le Tribunal doit alors déterminer si les plaintes ont été déposées dans les 10 jours ouvrables suivant la date à laquelle Enterasys a d'abord découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte. Selon Enterasys, les documents divulgués par TPSGC le 26 juillet 2010 par rapport aux plaintes précédentes « ont démontré » [traduction] que TPSGC n'a pas fait parvenir ses questions aux ministères clients au cours des périodes de demandes de renseignements des DRV. Enterasys soutient de plus qu'après avoir examiné la lettre et les documents fournis par TPSGC le 26 juillet 2010, « [...] il est devenu clair que TPSGC n'avait pas confirmé auprès des ministères clients que la justification technique (JT) et les exigences techniques pour chaque article énuméré à l'annexe A de chaque DRV répondaient aux exigences minimales de chaque catégorie, et que TPSGC avait omis de divulguer des renseignements clés concernant les critères d'évaluation en ne fournissant pas ces justification techniques à Enterasys » [traduction]. De façon plus générale, Enterasys soutient qu'au début de ses plaintes, un énoncé dans la lettre du 26 juillet 2010 de TPSGC est « [...] une preuve additionnelle qui vient appuyer nos motifs de plainte [...] » [traduction].

12. Le Tribunal considère que ces énoncés, qui indiquent que la lettre et les documents déposés par TPSGC le 26 juillet 2010 constituent des éléments de preuve additionnels qui appuient des motifs de plainte antérieures ou connus, suggèrent qu'Enterasys a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine des plaintes avant le 26 juillet 2010⁸. À cet égard, le Tribunal conclut qu'il est important de souligner que les observations d'Enterasys sur le rapport de l'institution fédérale (RIF), déposées le 7 juillet 2010 dans le cadre de l'enquête du Tribunal dans les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153, renferment des allégations qui sont semblables, sinon identiques aux trois motifs soulevés par Enterasys dans les présentes plaintes.

7. 2000 CanLII 16572 (C.A.F.).

8. Cependant, puisque le formulaire de plainte a été déposé 10 jours ouvrables suivant le 26 juillet 2010, afin de pouvoir conclure que les plaintes ont été déposées dans le délai prescrit au paragraphe 6(1) du *Règlement*, le Tribunal doit être convaincu qu'Enterasys n'a pas découvert ou n'aurait pas dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine des plaintes avant le 26 juillet 2010.

13. En particulier, le Tribunal fait remarquer, par rapport aux documents publics déposés par TPSGC le 2 juillet 2010 en réponse à l'ordonnance du Tribunal pour la production de documents dans le cadre des dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153, que les observations d'Enterasys comprenaient une lettre datée du 7 juillet 2010 signée par un de ses employés et dans laquelle il était allégué ce qui suit :

- En ce qui concerne toutes les DRV, les documents provenant de TPSGC indiquent qu'il n'a pas fait parvenir les questions d'Enterasys aux ministères utilisateurs finaux au cours de la période de demandes de renseignements. Dans le cas de chaque DRV, les JT ont été demandées, et le courriel de TPSGC indique clairement que des JT existaient; cependant, TPSGC a refusé de les faire parvenir aux soumissionnaires. [...]

[...]

- En ce qui concerne plusieurs de ces DRV, le courriel de TPSGC [indique] qu'il y a même des questions à l'interne quant aux catégories auxquelles appartiennent les articles des DRV. [...]
- Le courriel de TPSGC aux ministères indique que plusieurs des documents provenant de TPSGC confirment que les spécifications minimales des catégories, présentées à l'annexe A, appendice A, de l'offre à commandes, doivent être respectées dans la DRV. *Malgré cela, ces courriels indiquent aussi la façon dont TPSGC a omis de s'assurer du respect de cette exigence.*

[Nos italiques, traduction]

14. Le Tribunal fait aussi remarquer qu'une déclaration du témoin⁹, déposée par le conseiller juridique d'Enterasys dans le cadre des deux groupes de plaintes et déposée originalement le 7 juillet 2010 dans le cadre de l'enquête du Tribunal dans les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153, traite du contenu des documents fournis par TPSGC le 2 juillet 2010 et renferme l'allégation suivante : « Il est clair que TPSGC a obtenu les critères pour l'évaluation des soumissions d'Enterasys qui répondent et qui dépassent les spécifications génériques des catégories, et pourtant, selon mon expérience, depuis le début de [l'offre à commandes individuelles et ministérielles des services de soutien de l'équipement de réseau], et dans le cas des DRV qui font l'objet de la présente plainte^[10], TPSGC a toujours refusé de fournir ces renseignements clés concernant les critères d'évaluation. Ce fait ressort clairement, dans le cas de chaque DRV, lors de l'examen des courriels et des "justifications techniques" énoncées dans les documents publics provenant de TPSGC » [traduction].

15. Le Tribunal considère que les énoncés susmentionnés confirment qu'Enterasys a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine des présentes plaintes avant le 26 juillet 2010. De fait, les observations sur le RIF d'Enterasys déposées le 7 juillet 2010, qui comprennent des allégations qui sont presque identiques à celles qui sont soulevées dans les présentes plaintes, indiquent qu'Enterasys avait découvert ses motifs de plainte au début de juillet 2010, lorsqu'elle a examiné les documents publics fournis par TPSGC, le 2 juillet 2010, dans le cadre de l'enquête du Tribunal dans les dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-153. De fait, il est raisonnable de conclure qu'Enterasys avait découvert les faits à l'origine de ses plaintes le 7 juillet 2010 au plus tard, c'est-à-dire le jour où elle a déposé auprès du Tribunal des documents qui renferment les allégations susmentionnées. Par conséquent, conformément au paragraphe 6(1) du *Règlement*, Enterasys devait déposer ses plaintes concernant ces allégations au plus tard le 21 juillet 2010 (c.-à-d. 10 jours ouvrables suivant le 7 juillet 2010). Cependant, le formulaire de plainte d'Enterasys en l'espèce a été déposé auprès du Tribunal le 10 août 2010.

9. Observations sur le RIF, 7 juillet 2010, dossiers n^{os} PR-2009-132 à PR-2009-154, pièce 5 au para. 45.

10. Il s'agit des mêmes DRV qui font l'objet du présent groupe de plaintes.

16. Puisqu'il en est ainsi, le Tribunal conclut que les plaintes d'Enterasys ont été déposées après le délai prescrit au paragraphe 6(1) du *Règlement*. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur les plaintes et tient la question pour réglée.

DÉCISION

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

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président