



TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2010-049,
PR-2010-050 et PR-2010-056 à
PR-2010-058

Siemens Enterprise
Communications Inc.,
anciennement Enterasys Networks
of Canada Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le jeudi 23 décembre 2010*

*Motifs rendus
le mardi 19 avril 2011*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
CONTEXTE.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	8
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	12
Traitement des éléments de preuve de Siemens.....	12
Reconnaissance de M. Weedon à titre de témoin expert.....	15
Reconnaissance de M. Lemieux à titre de témoin expert.....	17
L'argument de TPSGC selon lequel Siemens n'est pas un fournisseur potentiel.....	17
ANALYSE.....	20
Utilisation d'appellations commerciales.....	22
Analyse.....	25
Suffisance des renseignements et des délais pour permettre aux fournisseurs de démontrer l'équivalence.....	30
Analyse.....	35
Classement des marchandises dans la catégorie 1.2.....	41
Analyse.....	43
Analyse individuelle des DRV.....	49
MESURE CORRECTIVE ET FRAIS.....	51
Position de Siemens.....	51
Position de TPSGC.....	52
DÉCISION DU TRIBUNAL.....	54

EU ÉGARD À cinq plaintes déposées par Siemens Enterprise Communications Inc., anciennement 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

**SIEMENS ENTERPRISE COMMUNICATIONS INC.,
ANCIENNEMENT ENTERASYS NETWORKS OF CANADA LTD.** **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 sont fondées en partie. Chaque partie assumera ses propres frais en l'espèce.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre

Gillian Burnett
Gillian Burnett
Secrétaire intérimaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Lieu de l'audience :	Ottawa (Ontario)
Dates de l'audience :	Les 29 et 30 novembre 2010
Membres du Tribunal :	Serge Fréchette, membre président Stephen A. Leach, membre Jason W. Downey, membre
Directeur :	Randolph W. Heggart
Gestionnaire de l'enquête :	Michael W. Morden
Enquêteur principal :	Michelle N. Mascoll
Conseiller juridique pour le Tribunal :	Nick Covelli
Partie plaignante :	Siemens Enterprise Communication Inc., anciennement Enterasys Networks of Canada Ltd.
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Claude-Alain Burdet
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	David M. Attwater Susan D. Clarke Ian McLeod Roy Chamoun 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. L'enquête sur ces plaintes est la sixième d'une série d'enquêtes sur des plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd. (Enterasys) 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) présentées par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de divers ministères en vue de la fourniture d'équipement de réseau en application de l'offre à commandes principale et nationale (OCPN) n° EN578-030742/000/EW des Services de soutien de l'équipement de réseau (SSER)². La présente enquête porte sur cinq DRV découlant de deux séries de plaintes.

2. Le 13 août 2010, Enterasys déposait la première de ces deux séries de plaintes relativement aux invitations n^{os} HT218-100143/A (DRV 767), 5Z011-110019/A (DRV 768), 39903-110093/A (DRV 773) et W8486-114791/A (DRV 781)³. Enterasys allègue que TPSGC :

- 1) a 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;
- 2) n'a pas accepté les demandes qu'Enterasys avait faites pendant les périodes de demandes de renseignements pour chaque DRV en vue d'obtenir la preuve que les produits faisant partie du parc informatique avaient été achetés au terme d'une procédure des marchés publics concurrentielle;
- 3) a 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;
- 4) a publié des DRV comprenant des émetteurs-récepteurs utilisés couramment dans l'industrie 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;
- 5) n'a pas accordé suffisamment de temps aux soumissionnaires potentiels pour qu'ils préparent leur soumission;

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

2. Avant le dépôt des plaintes en cause, Enterasys avait déposé 69 autres plaintes concernant d'autres DRV publiées aux termes de la même OCPN sur lesquelles le Tribunal avait accepté d'enquêter. Voir *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) [*Enterasys PR-2009-080*]; *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (9 août 2010), PR-2009-132 à PR-2009-153 (TCCE) [*Enterasys PR-2009-132*]; *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (10 septembre 2010), PR-2010-004 et PR-2010-006 (TCCE) [*Enterasys PR-2010-004*]. Le Tribunal observe que six des huit motifs de plainte soulevés dans les présentes plaintes ont aussi été soulevés devant le Tribunal et examinés par celui-ci durant ses enquêtes précédentes.

3. Les quatre DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et un numéro de dossier particulier a été assigné à chacune (PR-2010-047 à PR-2010-050).

- 6) a mal utilisé les dispositions énoncées sous la rubrique « Équivalents » [traduction], à l'article 14 de l'OCPN, en ne décrivant pas l'exigence sans utiliser une appellation commerciale, un modèle ou un numéro de pièce;
 - 7) était pleinement en mesure de fournir aux soumissionnaires une description des exigences opérationnelles sans utiliser une appellation commerciale ou un code de produit, ce qui aurait justifié l'achat de produits d'appellations commerciales particulières;
 - 8) a permis à certains fabricants d'équipement original (FEO) 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.
3. À titre de mesure corrective, Enterasys demande ce qui suit :
- que tous les contrats adjugés aux termes des quatre DRV 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 des dommages-intérêts soient versés à West Atlantic Systems, sa représentante, compte tenu que 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;
 - que les frais qu'elle a engagés pour présenter ses plaintes soient remboursés à West Atlantic Systems.
4. Enterasys demande aussi au Tribunal de rendre une décision interdisant l'adjudication de tout contrat relatif aux DRV susmentionnées ou à toute autre DRV publiée dans le cadre de l'OCPN en cause jusqu'à ce qu'il détermine le bien-fondé de ces plaintes.
5. Le 23 août 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait accepté d'enquêter, en partie seulement, sur les plaintes concernant les DRV 773 et DRV 781 (dossiers n^{os} PR-2010-049 et PR-2010-050) puisque certains motifs 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 1^{er} septembre 2010, le Tribunal informait Enterasys que les plaintes concernant les DRV 767 et DRV 768 (dossiers n^{os} PR-2010-047 et PR-2010-048) n'avaient pas été déposées dans les

4. D.O.R.S./93-602 [Règlement].

délais prescrits à l'article 6 du *Règlement* et qu'il n'avait donc pas accepté d'enquêter sur celles-ci⁵. En ce qui concerne les dossiers n^{os} PR-2010-049 et PR-2010-050, le Tribunal informait les parties que son enquête se limiterait aux allégations suivantes :

- à la lumière des dispositions des accords commerciaux pertinents, il n'était pas justifié que TPSGC décrive les produits par appellation commerciale et code de produit;
- l'équipement acheté n'était pas compris dans les spécifications permises de la catégorie 1.2;
- les renseignements et les délais étaient insuffisants pour permettre à Enterasys de proposer un équipement équivalent à celui qui était décrit par appellation commerciale et code de produit dans les DRV en cause⁶.

6. Le Tribunal a demandé à TPSGC d'inclure dans le rapport de l'institution fédérale (RIF) 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 particulières ou des noms de fabrique qui ont été envoyés par les ministères clients.

7. 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.

8. Le 31 août 2010, Enterasys déposait la deuxième série de plaintes concernant les invitations n^{os} W0106-10818B/A (DRV 783), 51019-109035/A (DRV 784) et W010S-11D100/A (DRV 785)⁷. Enterasys allègue ce qui suit :

- 1) le délai alloué pour répondre aux DRV était insuffisant et TPSGC n'avait aucune raison de ne pas accorder à Enterasys un délai supplémentaire;
- 2) en ne répondant pas aux questions soumises par Enterasys pendant les périodes de demandes de renseignements, TPSGC n'a pas exercé la diligence requise et a ainsi contrevenu au paragraphe 1007(3) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁸;
- 3) TPSGC n'a pas confirmé que les produits faisant partie du parc informatique avaient été achetés dans le cadre d'un processus concurrentiel;
- 4) compte tenu que TPSGC connaissait peu l'équipement d'Enterasys, il a fait preuve de mauvaise foi et de partialité à l'égard de celle-ci en omettant de transmettre ses questions aux ministères clients;
- 5) TPSGC a tenté d'acheter des produits ne relevant pas des commutateurs de 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.

5. *Re plaintes déposées par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (20 août 2010), PR-2010-047 et PR-2010-048 (TCCE).

6. Les parties n'ont pas contesté la décision du Tribunal de reformuler ainsi les motifs de la plainte.

7. Les trois DRV en question ont été considérées comme des procédures de marché public distinctes et un numéro de dossier a été assigné à chacune (c.-à-d. PR-2010-056 à PR-2010-058).

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

9. En plus de demander les mêmes mesures correctives que celles qu'elle demande dans les dossiers n^{os} PR-2010-047 à PR-2010-050, Enterasys demande ce qui suit :

- que la disposition « Équivalents » [traduction], à l'article 14 de l'OCPN, soit supprimée, étant donné l'utilisation abusive continue et démontrée qu'en fait TPSGC, selon Enterasys.

10. 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 statue sur le bien-fondé de ces plaintes.

11. Le 9 septembre 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait accepté d'enquêter, en partie, sur les plaintes concernant les DRV 783, DRV 784 et DRV 785 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*. Le Tribunal indiquait qu'il limiterait son enquête (dossiers n^{os} PR-2010-056 à PR-2010-058) aux allégations ayant trait à la durée des périodes de soumission et à l'achat de TPSGC d'équipement ne relevant pas de la catégorie 1.2, au moyen de DRV qui devaient se limiter à des commutateurs de RL de catégorie 1.2. Le Tribunal n'a pas rendu d'ordonnance de report d'adjudication de contrat. Le Tribunal informait les parties qu'il n'enquêterait pas sur les autres allégations.

12. En ce qui concerne les motifs 2 et 4 des plaintes, c.-à-d. que TPSGC n'a pas répondu aux questions posées par Enterasys pendant les périodes d'invitation et n'a pas transmis ces questions aux ministères clients pertinents, le Tribunal remarque que TPSGC a en fait répondu aux questions soulevées par Enterasys, mais il semble évident que ces réponses n'ont pas satisfait Enterasys. Cependant, Enterasys n'a même pas esquissé la moindre démonstration, d'une manière ou d'une autre, quant à la façon dont le comportement de TPSGC pouvait mener à une violation du paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*, qui traite de l'utilisation d'appellations commerciales. En outre, Enterasys n'a pas expliqué en quoi le comportement de TPSGC montre de façon raisonnable qu'il exerçait un traitement préférentiel ou manifestait de la partialité. Ces motifs de plainte présumés ne sont que de simples allégations et ne justifient pas d'enquête plus approfondie.

13. Pour ce qui est du motif 3 des plaintes et du caractère concurrentiel des invitations antérieures, le Tribunal conclut que la présente situation ne mène pas automatiquement à une violation d'un accord commercial parce qu'Enterasys n'a pas, en l'espèce, fourni d'indication raisonnable de la manière dont cela pouvait constituer une violation. Le Tribunal n'a pas jugé bon d'enquêter sur la question.

14. Le Tribunal a également informé les parties que, compte tenu des similitudes entre les dossiers n^{os} PR-2010-049, PR-2010-050, PR-2010-56, PR-2010-057 et PR-2010-058, il avait décidé, aux termes de l'article 6.1 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁹, de joindre les procédures en une seule enquête.

15. Le 1^{er} octobre 2010, le Tribunal avisait les parties qu'aux termes de l'article 105 des *Règles*, il tiendrait une audience les 25 et 26 octobre 2010 afin d'éclaircir les questions importantes sur lesquelles reposaient les plaintes. L'audience était par la suite reportée aux 29 et 30 novembre 2010, à la demande d'Enterasys.

9. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

16. Le 4 octobre 2010, TPSGC déposait un RIF en réponse aux cinq plaintes, qui comprenait les justifications techniques et la correspondance pertinente avec les ministères clients relativement à la description des exigences du marché public ayant trait à des marques de commerce ou de fabrique particulières¹⁰.

17. Le 6 octobre 2010, le Tribunal transmettait une copie du RIF à Enterasys et, le 7 octobre 2010, il l'informait qu'elle avait jusqu'au 18 octobre 2010 pour déposer les observations qu'elle voulait faire sur le RIF et sur la documentation supplémentaire que TPSGC avait jointe au RIF. Le Tribunal a par la suite repoussé le délai au 16 novembre 2010, en partie pour tenir compte du changement de conseiller juridique d'Enterasys¹¹. Enterasys avait demandé une prolongation plus longue du délai, ce que le Tribunal avait refusé au motif qu'elle avait déjà eu plus de temps qu'il n'en fallait¹². Le 16 novembre 2010, Enterasys déposait ses observations sur le RIF.

18. Le 21 octobre 2010, West Atlantic Systems, la représentante qui avait au départ déposé les plaintes au nom d'Enterasys, était remplacée à titre de conseiller juridique d'Enterasys par Me Claude-Alain Burdet de Nelson Street Law Offices.

19. Le 1^{er} novembre 2010, le Tribunal était informé qu'en date du 1^{er} octobre 2010, Enterasys avait fusionné avec deux autres sociétés, Siemens Enterprise Communications Inc. (Siemens), la dénomination sociale sous laquelle la nouvelle société mènerait ses activités, et Chantry Networks Inc. TPSGC soutient donc qu'Enterasys n'existait pas lorsque les plaintes figurant aux dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069 avaient été déposées ni lorsque Me Burdet avait été embauché à titre de conseiller juridique pour les dossiers en cause dans la présente enquête. Le 19 novembre 2010, le Tribunal ordonnait à Me Burdet, après avoir discuté avec lui, de remplir de nouveau la formule I (Avis de participation - partie), la formule II (Avis de représentation - conseiller) et la formule III (Acte de déclaration et d'engagement) en indiquant la bonne

10. Le 16 novembre 2010, le Tribunal transférait les pièces confidentielles n^{os} 10, 11 et 12 du RIF concernant deux plaintes déposées ultérieurement par Enterasys — dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069 — au dossier de l'espèce.

11. Le Tribunal était d'abord informé du changement de conseiller juridique le 8 octobre 2010 et, le 13 octobre 2010, il recevait l'avis officiel de ce changement. En outre, le 4 octobre 2010, Enterasys déposait des plaintes concernant deux DRV supplémentaires publiées dans le cadre de la même OCPN en cause dans la présente série de plaintes, qui étaient acceptées à des fins d'enquête (dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069) et jointes à la présente enquête le 15 octobre 2010. Au cours de la procédure, TPSGC avait informé le Tribunal que ces deux DRV avaient été annulées et qu'elles avaient fait l'objet d'une nouvelle invitation ou le feraient prochainement. Le Tribunal estimait que cela constituait l'essentiel de la mesure corrective demandée par Enterasys dans les deux cas. Le Tribunal jugeait que les plaintes étaient donc devenues sans intérêt et décidait, aux termes du paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE*, de cesser son enquête. Voir *Re plainte déposée par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (8 novembre 2010), PR-2010-068 (TCCE); *Re plainte déposée par Enterasys Networks of Canada Ltd.* (10 novembre 2010), PR-2010-069 (TCCE). Le 10 novembre 2010, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé de transférer à la procédure en cours certains documents figurant aux dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069. Il indiquait qu'il jugeait ces documents « [...] très pertinents à l'enquête qu'il continuait de mener en parallèle sur les DRV 773, DRV 781, DRV 783, DRV 784 et DRV 785, étant donné les chevauchements entre les plaintes, les procédures et pratiques de marchés publics identiques et la possibilité que ces documents aident le Tribunal à régler les procédures combinées » [traduction].

12. Le 8 novembre 2010, Siemens demandait une prolongation, mentionnant que TPSGC avait déposé un RIF lié aux dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069 le 5 novembre 2010 et soutenant que ses experts avaient besoin d'un délai supplémentaire pour l'examiner avant de pouvoir déposer ses observations sur le RIF. Le 10 novembre 2010, TPSGC s'objectait à la demande de prolongation, indiquant que l'enquête sur les dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069 avait cessé et que Siemens avait en sa possession le RIF concernant les dossiers n^{os} PR-2010-049, PR-2010-050 et PR-2010-056 à PR-2010-058 depuis le début d'octobre 2010.

dénomination sociale de la partie plaignante, soit Siemens. Le 23 novembre 2010, Siemens fournissait les formules à jour. Le Tribunal est d'avis que tous les exposés présentés après le 1^{er} octobre 2010 l'ont été au nom de Siemens, et non d'Enterasys, qui avait cessé d'exister en soi.

20. Le 8 octobre 2010, West Atlantic Systems demandait l'autorisation d'intervenir, demande présentée par M. Philip Weedon.

21. Le 22 octobre 2010, TPSGC déclarait que West Atlantic Systems devait se voir refuser l'autorisation d'intervenir aux motifs suivants : West Atlantic Systems n'avait pas d'intérêt indépendant de Siemens dans la procédure; M. Weedon avait lui-même préparé et déposé les plaintes de Siemens; M. Weedon devait être un des témoins experts de Siemens. TPSGC alléguait que dans ces circonstances, la participation de West Atlantic Systems n'aiderait en rien à statuer sur une question de fait ou de droit se rapportant à l'enquête.

22. Le même jour, le Tribunal demandait à West Atlantic Systems de justifier sa requête d'intervention, soulignant le fait qu'il souhaitait éviter les interventions qui gaspilleraient inutilement le temps et l'argent des parties et du Tribunal lui-même.

23. Le Tribunal a demandé à West Atlantic Systems pourquoi Siemens serait incapable de bien représenter les intérêts de West Atlantic Systems en l'espèce et de quelle façon l'intervention pourrait aider le Tribunal à trancher ces questions. En outre, le Tribunal demandait à M. Weedon de préciser ses liens avec West Atlantic Systems, indiquant qu'au cours d'une audience antérieure, il avait déclaré être vice-président de West Atlantic Systems¹³. Le Tribunal demandait également à M. Weedon de préciser s'il avait l'intention de représenter West Atlantic Systems à titre de conseiller juridique et de comparaître aussi à titre de témoin expert de Siemens.

24. Le 27 octobre 2010, M. Weedon répondait à la demande du Tribunal en déclarant que la requête d'intervention était faite au nom de West Atlantic Systems et non à titre personnel. M. Weedon précisait aussi qu'il avait fait la demande de statut de partie intervenante en se fondant sur sa fonction actuelle de vice-président de West Atlantic Systems, compte tenu de l'intérêt important et direct de West Atlantic Systems à l'égard des questions soumises au Tribunal. Il soutenait également que si les mesures correctives étaient approuvées, elles pourraient influencer sur les marchés publics futurs des SSER et sur les demandes de propositions ne relevant pas des SSER, qui pourraient présenter un intérêt pour West Atlantic Systems dépassant celui de Siemens. M. Weedon faisait par ailleurs remarquer que lors de l'audience précédente concernant *Enterasys PR-2009-080*, un autre revendeur avait obtenu l'autorisation d'intervenir. M. Weedon indiquait que son rôle de conseiller juridique de West Atlantic Systems était distinct de son rôle de témoin expert de Siemens, mais que si le Tribunal demandait à West Atlantic Systems de retenir les services d'un conseiller juridique, il faudrait du temps pour prendre les dispositions nécessaires.

25. Le 28 octobre 2010, Siemens commentait la demande d'intervention de West Atlantic Systems. Siemens soutenait alors que West Atlantic Systems se trouvait dans une position semblable à celle du revendeur entendu lors de l'audience précédente et que, dans l'intérêt de la justice naturelle, elle ne s'opposait pas plus à la demande de West Atlantic System qu'elle se serait opposée à celle de l'autre revendeur, compte tenu qu'elles ont toutes deux un intérêt dans l'affaire dont le Tribunal est saisi. Siemens confirmait aussi qu'elle ferait entendre M. Weedon à titre de témoin expert et qu'elle ne voyait aucun conflit entre le poste qu'occupe M. Weedon au sein de West Atlantic Systems et son rôle de témoin expert de Siemens.

13. *Enterasys PR-2009-080, Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 113.

26. Le 29 octobre 2010, TPSGC répondait que West Atlantic Systems n'avait pas d'intérêt important ou direct indépendant de Siemens et que les rôles multiples que M. Weedon jouait déjà et allait jouer à titre de témoin expert de Siemens créaient un conflit. TPSGC établissait une distinction entre les circonstances dans lesquelles se trouvait la partie intervenante lors de l'audience précédente et celles dans lesquelles se trouvait West Atlantic Systems, indiquant que le FEO de ce revendeur de marchandises n'était pas la partie plaignante et que le conseiller juridique de celui-ci était vraiment indépendant. Le même jour, M. Weedon déposait une réponse aux arguments de TPSGC, réitérant le droit d'intervenir de West Atlantic Systems.

27. Le 4 novembre 2010, le Tribunal rejetait la demande d'intervention de West Atlantic Systems. Il jugeait que West Atlantic Systems avait un intérêt important et direct dans la procédure et qu'elle était donc une partie intéressée au sens de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*. Cependant, le Tribunal estimait qu'il devait porter attention à certains éléments supplémentaires dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter la demande de West Atlantic Systems, en particulier les suivants :

- a. l'objectif que la procédure du Tribunal soit opportune et rentable du point de vue coût-efficacité, et non compliquée inutilement par l'intervention de personnes dont la participation gaspillerait inutilement le temps et l'argent des parties et du Tribunal lui-même;
- b. la question de savoir si les intérêts de la partie intervenante éventuelle seraient bien représentés par une partie au cours de la procédure;
- c. la question de savoir si et en quoi la participation de la partie intervenante éventuelle pourrait aider le Tribunal à régler les questions soulevées au cours de la procédure.

28. En appliquant les principes susmentionnés aux circonstances des présentes plaintes, le Tribunal a déterminé que la participation de West Atlantic Systems n'était pas justifiée. Siemens et West Atlantic Systems avaient le même intérêt dans les DRV en cause, compte tenu de leurs étroites relations commerciales et juridiques. West Atlantic Systems semblait être le seul revendeur des produits de Siemens pour ces DRV et, dans ses plaintes, Siemens demandait que les dommages-intérêts ou remboursements de frais soient versés à West Atlantic Systems à titre de « représentante » de Siemens. Par conséquent, les intérêts de West Atlantic Systems seraient bien représentés par Siemens, la partie plaignante dans la procédure.

29. Il était également difficile pour le Tribunal de concevoir comment West Atlantic Systems pourrait l'aider à régler ces plaintes. L'intervention de West Atlantic Systems reviendrait en grande partie à présenter les exposés et éléments de preuve déjà déposés par son mandant, Siemens, la plupart desquels M. Weedon avait lui-même préparés.

30. Le 12 novembre 2010, Siemens alléguait que TPSGC avait violé l'article 46 de la *Loi sur le TCCE*, en faisant référence au curriculum vitae du témoin expert de TPSGC et aux renseignements caviardés déposés avec le RIF, y compris la correspondance entre TPSGC et les ministères clients.

31. Siemens déclarait qu'en raison des renseignements caviardés ou manquants, il lui était difficile de réaliser une analyse technique complète des documents et qu'elle ne pouvait donc pas donner de commentaires éclairés à son conseiller juridique, ce qui, selon elle, la désavantageait grandement en ce qui a trait à la formulation de commentaires efficaces sur le RIF et à l'audience. Le 17 novembre 2010, le Tribunal informait les parties que, face à des circonstances semblables dans *Enterasys PR-2009-132*, il avait déterminé que TPSGC avait respecté l'article 46 de la *Loi sur le TCCE* et qu'il ne voyait aucune raison de s'écarter de cette décision dans la présente enquête.

32. Le 19 novembre 2010, Siemens et TPSGC déposaient tous deux des documents supplémentaires et, le 22 novembre 2010, Siemens présentait de nouveaux renseignements. Le 23 novembre 2010, le Tribunal excluait ce dernier exposé du dossier, de même qu'un des documents que Siemens avait déposé le 19 novembre 2010. Le Tribunal déterminait alors qu'il s'agissait d'arguments et que le dernier exposé avait été déposé en retard, sans justification à cet égard.

33. L'audience se tenait les 29 et 30 novembre 2010. Le Tribunal a entendu cinq témoins. Siemens a fait entendre M. Weedon à titre de témoin des faits. TPSGC a fait entendre trois témoins des faits, soit M. Steve Oxner, gestionnaire, Ingénierie – Infrastructure réseau, Direction générale des services d'infotechnologie (DGSIT), TPSGC; M. Michel Perrier, directeur intérimaire, Gestion des réseaux, DGSIT, TPSGC; M^{me} Joanne St-Jean Valois, gestionnaire intérimaire, Équipement de réseaux et services, Direction de l'approvisionnement en services partagés de technologie de l'information, Direction générale des approvisionnements, TPSGC. M Marcel Lemieux, un consultant en réseaux dont les services ont été retenus par TPSGC, a été entendu à titre de témoin expert en commutateurs de catégories 1.1 et 1.2 et dans le domaine des RL. Le Tribunal a entendu les arguments du conseiller juridique des deux parties.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

34. Les DRV en cause avaient toutes été publiées dans le cadre d'une OCPN, offre à commandes remplaçant une offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) qui avait été publiée à la suite d'un processus d'appel d'offres par demande d'offre 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.

35. Les 12 et 13 octobre 2006, des OCIM ont été attribuées à 23 sociétés, dont Siemens. Dans le cas de Siemens, 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'OCIM¹⁴ et ont été converties en OCPN.

36. Le Tribunal remarque qu'en 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 découlant ou la manière dont TPSGC menait la procédure de passation du marché public. Le Tribunal fait aussi remarquer que l'alinéa 13*c*) 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]

37. Le Tribunal remarque aussi 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 intégralement¹⁵.

[Traduction]

14. L'OCIM à la p. 9.

15. L'OCIM à la p. 4.

38. 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 particulier. 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 évalués à plus de 25 000 \$.

39. 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]

40. 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]

41. 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 dont le nom figure 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 le prolonger pour des besoins plus complexes.

[Traduction]

42. 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 de CISCO SYSTEMS CANADA CO. 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]

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

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

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

[Traduction]

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

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Traitement des éléments de preuve de Siemens

45. Le Tribunal rappelle que lorsqu'il avait tenu une audience publique concernant une série de plaintes déposées précédemment par Enterasys, maintenant devenue Siemens, ayant comme objet des DRV publiées par TPSGC dans l'OCPN, il avait été gêné dans son travail par l'absence de témoignages d'experts admissibles. Il avait notamment conclu qu'il n'y avait aucune preuve d'expert permettant de déterminer si, dans les faits, les renseignements demandés étaient effectivement nécessaires ou si les renseignements fournis dans les DRV permettaient d'évaluer ou de démontrer les éléments requis de l'article 14 de l'OCIM¹⁷.

46. En l'espèce, les plaintes ont été déposées par Siemens, accompagnées de lettres de cinq personnes se présentant comme experts en la matière, notamment une lettre datée du 7 juillet 2010, signée par M. Dan Ionescu d'ARTIS Inc., des lettres datées des 19 et 31 août 2010, signées par M. Mike Millar de Siemens, et la déclaration de témoin expert de Philip Weedon de West Atlantic Systems. Siemens a aussi déposé une lettre datée du 22 juin 2010, signée par M^{me} Erica Johnson de la University of New Hampshire InterOperability Laboratory, et une lettre datée du 2 février 2010, signée par M. Kevin Tolly de The Tolly Group.

47. Le dépôt de ces lettres provenant des cinq individus se présentant comme experts constituait le principal motif du Tribunal de tenir une audience au cours de la présente enquête, puisqu'il représentait une occasion d'admettre, de vérifier et de pondérer les témoignages d'experts concernant les questions importantes non résolues à la suite de l'audience précédente. Le 1^{er} octobre 2010, le Tribunal informait donc les parties de son intention de tenir une audience les 25 et 26 octobre 2010.

48. Dans la même correspondance, le Tribunal ordonnait aux parties de l'informer par écrit, au plus tard le 7 octobre 2010, du nombre de témoins qu'elles avaient l'intention de faire entendre à l'audience, y compris le nom de ceux-ci. Le Tribunal faisait alors remarquer que Siemens avait joint des rapports

16. Les termes « utilisateur » et « utilisateur désigné » sont définis au sous-alinéa B.2(b) de l'OCPN de la façon suivante : « [...] tout représentant autorisé par un ministère, une société d'État ou un organisme du gouvernement du Canada, au sens défini dans les annexes I, I.1, II, III, IV ou V de la Loi sur la gestion des finances publiques, ou toute autre partie pour laquelle le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada a autorité pour agir aux termes de l'article 16 de la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*. **Toutefois, les utilisateurs désignés pour établir des commandes subséquentes sont définis comme il suit : les commandes subséquentes de 0,00 \$ à 25 000,00 \$ (TPS/TVH incluses) seront établies par les ministères clients et les agences; les commandes subséquentes de 25 000,01 \$ à 100 000,00 \$ (TPS/TVH incluses) seront établies par la DGSIT au nom des ministères et des agences; les commandes subséquentes de 100 000,00 \$ 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.**

17. Voir *Enterasys PR-2009-080* au para. 180.

d'experts à ses plaintes, et il demandait alors à Siemens, si elle avait l'intention de faire entendre l'un de ces individus à titre de témoin expert lors de l'audience, de présenter, au plus tard le 7 octobre 2010, entres autres, le nom de chaque expert, ses compétences, son curriculum vitæ et les autorités ou documents sur lesquels il s'était fondé pour préparer son rapport d'expert.

49. TPSGC a été soumis aux mêmes paramètres et délais quant à la proposition de ses propres experts, le cas échéant. Le 6 octobre 2010, en réponse à la demande de TPSGC, le Tribunal prolongeait ce délai jusqu'au 15 octobre 2010.

50. Le 8 octobre 2010, Siemens demandait que l'audience soit reportée à la semaine du 29 novembre 2010, car ni son nouveau conseiller juridique ni M. Millar ne seraient libre les 25 et 26 octobre 2010. Selon Siemens, TPSGC avait consenti à ce report proposé.

51. Le 15 octobre 2010, TPSGC informait le Tribunal que malgré le fait que Siemens ne l'ait pas consulté relativement au report, il ne s'y opposerait pas puisqu'il comprenait que M. Millar serait appelé à témoigner.

52. Le 15 octobre 2010, le Tribunal reportait l'audience aux 29 et 30 novembre 2010 et, par conséquent, repoussait de nouveau le délai pour le dépôt des renseignements sur les témoins au 9 novembre 2010. Le 29 octobre 2010, le Tribunal rappelait aux parties cette nouvelle échéance.

53. Le 15 octobre 2010, TPSGC déposait les déclarations de ses témoins, signées par M. Oxner, M. Perrier et M^{me} St-Jean Valois, et le rapport d'un témoin expert, à savoir, M. Lemieux. TPSGC informait par la suite le Tribunal que M. Lemieux ne s'était fondé que sur ses connaissances personnelles et son expérience directe pour préparer son rapport.

54. Le même jour, Siemens confirmait son intention de faire entendre à titre de témoins experts M. Ionescu, M. Millar et M. Weedon lors de l'audience, mais ne donnait pas d'autres renseignements. Cela a incité TPSGC à demander au Tribunal d'ordonner à Siemens de déposer les demandes faites auprès de M. Ionescu et de M. Millar pour obtenir leurs rapports d'experts et tout autre document sur lequel ils s'étaient fondés pour préparer leur rapport.

55. Le 8 novembre 2010, Siemens demandait une prolongation du délai jusqu'au 16 novembre 2010 pour le dépôt des renseignements concernant M. Weedon et M. Millar. M. Ionescu n'a présenté aucun renseignement et son nom ne figurait d'ailleurs pas dans cette demande de prolongation. Le 10 novembre 2010, le Tribunal rejetait cette demande au motif que le délai déjà accordé était plus que suffisant et ordonnait à Siemens de présenter les renseignements sur-le-champ. Le Tribunal ordonnait également à Siemens de l'informer au plus tard le 12 novembre 2010 si elle n'avait plus l'intention d'appeler M. Ionescu à témoigner.

56. Le 12 novembre 2010, Siemens informait le Tribunal par écrit de ce qui suit : en ce qui concerne M. Ionescu, Siemens se fonderait sur l'expérience et l'enseignement supérieur professionnel de M. Ionescu et de son personnel; M. Millar s'était fondé sur les documents déjà au dossier; M. Weedon s'était fondé sur les déclarations de ses propres experts, y compris une nouvelle déclaration que Siemens avait jointe. Les autres pièces jointes étaient notamment un certificat de formation appartenant à M. Weedon et le curriculum vitæ de M. Ionescu.

57. Le 17 novembre 2010, dans une lettre aux parties, le Tribunal a de nouveau exprimé qu'il comprenait que M. Ionescu allait témoigner lors de l'audience et redemandait à Siemens de l'informer sur-le-champ si ce n'était pas le cas. À aucun moment avant l'audience Siemens n'a corrigé le Tribunal à cet égard.

58. Au début de l'audience le 29 novembre 2010, le conseiller juridique de Siemens informait le Tribunal que M. Weedon était prêt à témoigner, mais que M. Millar était au travail et que M. Ionescu était occupé à donner ses cours à l'université¹⁸. Le conseiller juridique de Siemens indiquait que le témoignage de M. Weedon ferait référence aux trois rapports d'experts de Siemens, puisqu'il connaissait bien le rapport de M. Ionescu et qu'il avait en fait collaboré, avec un autre employé de Siemens et M. Millar, à l'élaboration du rapport de M. Millar¹⁹.

59. En réponse à la frustration exprimée par le Tribunal à l'égard du fait que les témoins n'étaient pas disponibles, le conseiller juridique de Siemens a précisé qu'il ne faisait que suivre les directives de sa cliente qui avait décidé, au cours du weekend, de ne pas faire entendre les témoins²⁰. Siemens a alors informé le Tribunal que M. Ionescu serait peut-être libre lors du deuxième jour de l'audience; M. Ionescu n'a cependant pas comparu²¹.

60. Ainsi, après avoir incité le Tribunal à croire que M. Ionescu et M. Millar allaient venir témoigner et même l'avoir convaincu de reporter l'audience de cinq semaines, jusqu'à la date proposée par Siemens pour s'adapter à l'emploi du temps de M. Millar, Siemens n'a produit aucun de ces deux témoins experts potentiels. En outre, en assurant implicitement au Tribunal que ces témoins allaient venir témoigner, Siemens a privé le Tribunal de l'occasion de les assigner à témoigner.

61. La conduite de Siemens a eu pour conséquence de reporter inutilement l'audience, d'écarter celle-ci de son objectif fondamental et d'en déprécier considérablement l'utilité. De plus, l'enquête du Tribunal a été inutilement compliquée et dispendieuse, ces faits se reflétant d'ailleurs dans la décision du Tribunal de ne pas accorder à Siemens le remboursement de ses frais, comme il en sera question plus loin.

62. Dans le contexte global de cette série de procédures et dans le contexte de l'historique du litige entre les parties en ce qui concerne les questions soulevées en l'espèce, la conduite de Siemens démontre un niveau d'engagement et de sérieux insuffisant et est inacceptable de la part d'un plaideur ayant fait le genre d'allégations avancées par le biais de ses plaintes.

63. Compte tenu de l'absence à l'audience de M. Ionescu et de M. Millar, de même que de M^{me} Johnson et de M. Tolly, Siemens n'a pas réussi à établir leurs titres de compétence en tant qu'experts. Le Tribunal n'accorde donc aucun poids aux opinions exprimées dans leurs lettres respectives. En outre, dans la mesure où ces lettres sont composées d'éléments de preuve probants factuels qui ont ni été fournis sous serment ou solennellement, ni soumis à un contre-interrogatoire, le Tribunal leur accorde considérablement moins de poids que les éléments de preuve recueillis des témoins qui ont comparu et témoigné sous serment : M^{me} St-Jean Valois, M. Oxner, M. Perrier, M. Lemieux et M. Weedon.

18. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 29 novembre 2010, à la p. 4.

19. *Ibid.* à la p. 5.

20. *Ibid.*, à la p. 6.

21. L'audience s'est tenue lundi et mardi.

Reconnaissance de M. Weedon à titre de témoin expert

64. Lors de l'audience, Siemens a tenté de faire reconnaître M. Weedon à titre de témoin expert en commutateurs de couches 2 et 3, en conception et configuration de réseau, en interfonctionnement et en ce qui concerne le processus d'appel d'offres de TPSGC²². Au cours du long processus de qualification, Siemens a amené M. Weedon à énoncer ses titres de compétence; ensuite TPSGC et le Tribunal ont posé des questions à celui-ci. Le Tribunal a par la suite entendu les représentations des parties sur la question de savoir si M. Weedon devait être reconnu à titre de témoin expert dans les domaines susmentionnés. En tout, le processus de qualification a duré toute la matinée du premier jour de l'audience²³.

65. Siemens a soutenu que M. Weedon devait être reconnu comme expert en raison de sa formation technique et de son expérience. Cependant, TPSGC a contesté la capacité de M. Weedon à livrer un témoignage d'expert, aux motifs que son expertise n'était pas fondée et qu'il manquait d'indépendance parce qu'il avait un intérêt financier dans le résultat de la procédure. Après mûre réflexion, le Tribunal a décidé qu'au stade de la qualification, indépendamment de ses titres de compétence, M. Weedon n'avait pas l'objectivité nécessaire pour fournir un témoignage d'opinion et que, par conséquent, ses opinions ne seraient pas entendues.

66. Devant les tribunaux, le témoignage d'expert peut être exclu si le risque qu'il soit employé improprement, ou qu'il dénature la procédure de recherche des faits, l'emporte sur la valeur probante²⁴. Un tel risque peut se présenter lorsque l'opinion d'un expert est peu fiable en raison de sa partialité²⁵. Au lieu d'être autorisé à plaider la cause d'une des parties ou à défendre son propre intérêt dévolu dans le résultat de l'affaire, l'expert doit être indépendant du litige et éclairer la cour en donnant un avis objectif et impartial sur les questions qui relèvent de son champ de compétence²⁶.

67. Dans le contexte des tribunaux administratifs, les règles techniques de présentation des éléments de preuve ne s'appliquent pas à la lettre²⁷. Par conséquent, en particulier pour ces tribunaux qui sont maîtres de leur propre procédure, le manque d'indépendance d'un témoin expert peut ne pas nécessairement rendre son témoignage inadmissible; le tribunal peut tout simplement accorder moins de poids à son témoignage qu'à celui d'un expert plus fiable²⁸. Cependant, même dans le cas d'un tribunal administratif, il y a des limites au genre de témoignage d'opinion qui devrait être entendu de la part d'un expert²⁹.

68. Si le Tribunal ne croit pas en la fiabilité d'un expert en raison de son manque d'objectivité ou de sa partialité, il desservirait les parties et lui-même en donnant à ce témoin une chaire pour exprimer une opinion qui pourrait être employée improprement ou qui pourrait dénaturer la procédure de recherche des faits, surpassant ainsi en poids sa valeur probante.

22. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 29 novembre 2010, aux pp. 14-15.

23. L'audience a débuté à 9 h 38. Le Tribunal a suspendu l'audience à 11 h 51 pour délibérer avant de rendre sa décision à 12 h 14 sur la capacité de M. Weedon à livrer un témoignage d'expert. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 29 novembre 2010, aux pp. 1, 74.

24. *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

25. *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111 (CanLII).

26. *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.*, 40 O.R. (3^e éd.) 456 (C.S. Ont.), faisant référence à *The Ikarian Reefer*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Comm. Ct. Q.B. Div.).

27. R.W. Macaulay et J.L.H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 2, Scarborough, Carswell, 1988, à la p. 17-3.

28. Voir par exemple *Barr c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 PSSRB 169 (CanLII) au para. 12.

29. Voir par exemple *Black Entertainment Television Inc. c. CTV Ltd.*, (2008) 66 C.P.R. (4^e éd.) 274 (COMC); *Scenic Holidays (Vancouver) Ltd. c. Scenic Holidays Limited*, 2010 COMC 64 (CanLII); *Re Toronto Transit Commission and A.T.U., Local 113*, [1995] O.L.A.A. n° 994, 38 C.L.A.S. 18.

69. Dans le cas particulier de M. Weedon, le Tribunal conclut que non seulement il est affilié à l'une des parties (c.-à-d. Enterasys/Siemens), mais qu'il a aussi participé directement et intimement aux plaintes et à l'enquête dès le début. Le Tribunal conclut aussi qu'il a un intérêt financier dans le résultat de l'enquête.

70. Depuis décembre 2009, M. Weedon, en sa qualité de conseiller de réseau et vice-président de West Atlantic Systems³⁰ et agent de soumission d'Enterasys relativement aux procédures de passation des marchés publics en cause, entretient une relation d'affaires exclusive avec Enterasys au sujet de l'OCPN³¹. Même si ce fait en soi n'empêcherait pas, en règle générale, le Tribunal d'entendre les opinions de M. Weedon, s'il l'avait reconnu à titre de témoin expert, cette relation a été établie à l'instigation de M. Weedon dans le but exprès d'aider Enterasys à obtenir des contrats aux termes des DRV publiées par TPSGC³². Dans ses propres mots, M. Weedon s'est adressé à Enterasys pour lui « [...] ouvrir les portes de ces [DRV] [...] » [traduction]³³.

71. Dans le contexte de cette initiative, si Siemens n'obtient pas de contrat aux termes d'une DRV, M. Weedon est chargé de déposer des plaintes auprès du Tribunal³⁴. D'ailleurs, M. Weedon a déposé un nombre sans précédent de plaintes, plus d'une centaine, au nom d'Enterasys/Siemens, y compris les plaintes dans la présente enquête, généralement en qualité de conseiller juridique d'Enterasys.

72. Après s'être acquitté de cette responsabilité en sa qualité de conseiller juridique de Siemens au cours de la présente enquête, il a ensuite tenté, encore à titre de conseiller juridique, mais cette fois de West Atlantic Systems, d'obtenir l'autorisation pour West Atlantic Systems d'intervenir dans l'enquête.

73. De plus, si Siemens obtient gain de cause à la suite de la présente enquête, la société de M. Weedon, West Atlantic Systems, tirerait profit de toute adjudication, puisqu'il est demandé dans les plaintes, autorisées et signées par M. Weedon lui-même au nom d'Enterasys, que les dommages-intérêts ou les remboursements de frais soient versés à West Atlantic Systems en qualité de « représentante ». Au cours du processus de qualification, M. Weedon a même admis avoir conclu une entente écrite avec Enterasys/Siemens à cet effet.

74. En outre, si M. Weedon réussit à obtenir des contrats aux termes des DRV, y compris celles qui font l'objet de la présente enquête, au nom de Siemens, West Atlantic Systems achètera à rabais les produits d'un distributeur de Siemens, les revendra à TPSGC aux prix de la liste publiée majorés et empochera la différence³⁵. Autrement dit, par l'entremise de sa société, West Atlantic Systems, M. Weedon a un intérêt financier direct à ce que Siemens sorte gagnante de la présente enquête.

75. Toutes ces circonstances ont semé le doute quant à l'impartialité et, par conséquent, la fiabilité de tout témoignage d'opinion qu'aurait fourni M. Weedon au Tribunal et, indépendamment de la question de savoir si sa formation et son expérience équivalent à une expertise dans les domaines suggérés de témoignage, le Tribunal a refusé d'entendre ses opinions. Il a plutôt invité Siemens à appeler M. Weedon à témoigner uniquement sur les faits³⁶, comme il l'avait fait lors de l'audience précédente. M. Weedon a donc été entendu à titre de témoin ordinaire.

30. Pièces 7 et 8 du RIF déposé dans *Enterasys PR-2009-080*.

31. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 29 novembre 2010, aux pp. 44, 47.

32. *Ibid.* aux pp. 46, 50, 59-61.

33. *Ibid.* à la p. 62.

34. *Ibid.* aux pp. 52-53, 67.

35. *Ibid.* aux pp. 47-49, 56, 58.

36. *Ibid.* aux pp. 75-76.

Reconnaissance de M. Lemieux à titre de témoin expert

76. TPSGC a présenté M. Lemieux à titre d'expert en commutateurs de catégories 1.1 et 1.2 et en RL en général. TPSGC a souligné les années d'expérience professionnelle et la formation de M. Lemieux dans ces domaines et le fait qu'il n'avait pas d'intérêt personnel dans le résultat de l'enquête.

77. Siemens a contesté les titres de compétence de M. Lemieux, mettant en question l'étendue de sa formation et de son expérience. Siemens a également laissé entendre qu'en tant que conseiller embauché par TPSGC, M. Lemieux manquait d'impartialité pour donner une opinion d'expert. Après avoir examiné les éléments de preuve liés aux compétences de M. Lemieux (y compris son curriculum vitae et ses réponses aux questions des parties et du Tribunal lui-même) et les arguments présentés par les deux parties, le Tribunal a conclu que M. Lemieux pouvait fournir une opinion à titre d'expert en commutateurs de catégories 1.1 et 1.2 et en RL.

78. Le Tribunal est convaincu que M. Lemieux a l'expertise nécessaire grâce à son expérience et à sa formation. Bien que M. Lemieux soit en relation avec TPSGC, le Tribunal est persuadé, après avoir tenu compte de toutes les circonstances, y compris la sincérité de M. Lemieux, que cette relation n'irait pas jusqu'à semer le doute quant à son objectivité et sa fiabilité, ni jusqu'à rendre son témoignage d'opinion inadmissible dans le contexte des tribunaux administratifs. Le Tribunal décidé de plutôt de tenir compte de cette relation dans le cadre de son évaluation des opinions de M. Lemieux.

L'argument de TPSGC selon lequel Siemens n'est pas un fournisseur potentiel

79. Dans son RIF, TPSGC allègue que la *Loi sur le TCCE* accorde la qualité pour déposer des plaintes à tout « fournisseur potentiel ». L'expression « fournisseur potentiel » est définie à l'article 30.1 comme « tout soumissionnaire – même potentiel – d'un contrat spécifique ». Selon TPSGC, qui souligne que West Atlantic Systems avait présenté des soumissions concernant les DRV 783 et DRV 784, ni Siemens ni aucun de ses agents, y compris West Atlantic Systems, n'était soumissionnaire dans le cadre des DRV 773, DRV 781 et DRV 785, et puisque la période de soumission pour ces DRV était terminée, Siemens ne pouvait être considérée ni soumissionnaire ni soumissionnaire potentiel ayant qualité pour déposer une plainte concernant les DRV en cause. À l'appui de sa position, TPSGC fait référence à l'ordonnance du Tribunal dans le dossier n° PR-2009-026³⁷.

80. TPSGC allègue aussi qu'aucun aspect des invitations en cause n'a empêché Siemens ou ses agents autorisés de soumissionner pour les DRV 773, DRV 781 et DRV 785. Il fait référence à la décision du Tribunal du 21 juin 2010 concernant le dossier *Enterasys PR-2009-080*, faisant remarquer que le Tribunal avait conclu que « [...] des renseignements additionnels n'étaient pas nécessaires pour que les soumissionnaires puissent présenter des soumissions recevables »³⁸ en réponse à une DRV et que le processus de DRV avait donné aux soumissionnaires suffisamment de temps pour faire des soumissions comportant des produits équivalents³⁹.

81. Lors de l'audience, TPSGC a soutenu qu'un principe non déclaré à l'égard de toutes les plaintes de Siemens et de la décision du Tribunal de reconnaître sa compétence relativement à ces plaintes est que Siemens a des produits équivalents aux produits d'appellation commerciale demandés dans les DRV en cause.

37. *Re plainte déposée par Flag Connection Inc.* (3 septembre 2009), PR-2009-026 (TCCE) [*Flag Connection*].

38. *Enterasys PR-2009-080*, note 107.

39. *Ibid.* au para. 187.

82. TPSGC a soutenu que si Siemens n'avait pas eu de produits équivalents aux produits d'appellation commerciale demandés dans les DRV en cause, elle n'aurait pas pu être un fournisseur potentiel des produits d'appellation commerciale ni des produits équivalents à ceux-ci. TPSGC fait remarquer que la LPP de Siemens ne comptait que 204 produits qu'elle décrivait, selon TPSGC, comme équivalents aux 10 632 produits figurant sur les LPP des autres fournisseurs.

83. TPSGC fait valoir que le fait que Siemens ou West Atlantic Systems n'ait pas soumis de proposition ou ait soumis une proposition pour des produits ne figurant pas sur la LPP de Siemens⁴⁰ pouvait s'expliquer pleinement par le fait que Siemens n'avait pas de produits équivalents⁴¹.

84. Siemens n'a pas répondu à cet argument par le biais de ses commentaires sur le RIF, mais a soutenu lors de l'audience que la question de savoir si sa LPP de 204 articles (nombre qui, selon elle, était erroné) était équivalente à celles de 10 000 articles des autres fournisseurs n'avait rien à voir avec la question de savoir si Siemens avait les articles nécessaires pour les cinq DRV en cause.

85. En outre, Siemens allègue être sortie gagnante de la concurrence qu'elle livre à Cisco Systems dans chaque part de marché, sauf dans les marchés publics fédéraux. Elle fait valoir qu'aucun élément de preuve présenté au cours de la procédure ne laisse entendre qu'elle n'a pas de produits équivalents. Elle soutient plutôt qu'elle est un fournisseur potentiel dont les tentatives de fournir des commutateurs ont été bloquées par le manque de renseignements et de temps pour soumissionner⁴².

86. Le Tribunal remarque qu'à l'audience dans *Enterasys PR-2009-080*, TPSGC avait soulevé une question de compétence similaire, faisant valoir que puisque Enterasys n'avait démontré aucune intention de soumettre une proposition en réponse aux DRV à appellation commerciale dans ces plaintes antérieures, elle n'était pas un fournisseur potentiel ayant qualité pour déposer des plaintes auprès du Tribunal.

87. À ce moment-là, TPSGC avait aussi affirmé, toutefois, qu'il ne voulait pas que le Tribunal règle les plaintes en se fondant uniquement sur cette question de compétence⁴³. Le Tribunal n'a pas accepté cet argument, surtout parce qu'il n'avait pas été mis de l'avant en temps opportun. Le Tribunal a aussi observé que TPSGC n'avait pas déposé ou renvoyé le Tribunal à aucun précédent appuyant son point de vue selon lequel, pour être considéré comme un fournisseur potentiel, une partie plaignante doit établir qu'elle avait l'intention de soumettre une proposition⁴⁴. TPSGC n'a pas soulevé cette question ni remis en cause la qualité d'Enterasys dans *Enterasys PR-2009-132*, alors qu'il a présenté des arguments en lien avec *Enterasys PR-2010-004*.

88. En ce qui concerne les DRV 773, DRV 781 et DRV 785, le Tribunal est d'accord avec TPSGC que Siemens n'a pas soumis de proposition et que, par conséquent, elle n'est pas un soumissionnaire. Toutefois, le Tribunal ne peut accepter l'argument de TPSGC selon lequel Siemens n'est pas un « soumissionnaire potentiel » parce qu'elle n'a pas soumis de proposition et que la période de soumission pour chacune des DRV en cause est maintenant terminée.

40. Selon TPSGC, c'est la raison pour laquelle les soumissions de West Atlantic Systems concernant les DRV 784 et DRV 785 ont été jugées non conformes.

41. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 30 novembre 2010, aux pp. 363-364.

42. *Ibid.* aux pp. 390-392.

43. *Enterasys PR-2009-080, Transcription de l'audience publique*, 14 mai 2010, à la p. 66.

44. *Enterasys PR-2009-080*, aux para. 87-88.

89. Le Tribunal est d'avis qu'il y a des circonstances où une société demeure un fournisseur potentiel et doit être considérée comme un « soumissionnaire potentiel » après la date limite pour les soumissions, même si elle n'a pas soumis de proposition. Ces circonstances comprennent les situations où une partie plaignante allègue qu'au cours de la procédure de passation du marché public, les actions de l'institution fédérale pertinente, comme l'imposition de spécifications restrictives ou d'autres violations des accords commerciaux, l'ont effectivement empêchée de soumissionner.

90. Ces scénarios possibles doivent être distingués des circonstances survenues dans *Flag Connection*, précédent sur lequel s'appuie TPSGC. Dans ce dossier, le Tribunal soulignait que la partie plaignante n'avait pas allégué que les conditions restrictives de la procédure de passation du marché public l'avaient effectivement empêchée de soumissionner. Cette conclusion de fait déterminante a mené le Tribunal à conclure que la partie plaignante avait cessé d'être un soumissionnaire potentiel par rapport au contrat spécifique une fois terminée la période de soumission.

91. Au contraire, en l'espèce, Siemens allègue que TPSGC ne lui a pas fourni les renseignements suffisants et alloué suffisamment de temps pour présenter une soumission recevable relativement aux DRV en cause. En outre, Siemens a présenté des oppositions à TPSGC pendant la période de soumission pour chacune des DRV en cause et a cherché à obtenir, avant la date limite pour les soumissions, des renseignements supplémentaires et une prolongation de délai dont elle prétendait avoir besoin afin de pouvoir soumettre une proposition. Ces allégations, qui indiquent que Siemens avait l'intention de soumettre une proposition en réponse aux DRV en cause, sont l'élément essentiel qui permet de distinguer l'espèce de *Flag Connection*.

92. En bref, la position de Siemens est que les actions de TPSGC l'ont privée de la possibilité de soumissionner. Dans les circonstances, si le Tribunal venait à la conclusion que Siemens a cessé d'être un soumissionnaire potentiel ayant qualité pour déposer une plainte auprès du Tribunal une fois la période de soumission pour les DRV en cause expirée, il l'empêcherait à tort de soulever devant le Tribunal ses allégations selon lesquelles il y a eu violation des accords commerciaux au cours de la procédure de passation du marché public en cause.

93. En ce qui concerne l'argument de TPSGC selon lequel aucun aspect des invitations en cause n'a empêché Siemens ou l'un de ses agents autorisés de soumissionner dans le cadre des DRV en cause, le Tribunal remarque que le fait que Siemens a fait des allégations en ce sens dans ses plaintes est suffisant afin de déterminer si Siemens est un « soumissionnaire potentiel » et est donc habile à déposer une plainte qui relève de la compétence du Tribunal.

94. De l'avis du Tribunal, une allégation qu'une société, sauf s'il y a violation des accords commerciaux, aurait soumissionné pour un contrat spécifique ou aurait pu le faire est suffisant pour qu'elle soit considérée comme un soumissionnaire potentiel en l'absence d'éléments de preuve manifestes qui remettraient en question sa capacité technique ou financière de remplir les exigences du marché public. La question de savoir s'il y a eu effectivement violation des accords commerciaux doit être déterminée par le Tribunal au cours de son enquête et n'a aucune influence sur la détermination de la qualité d'une partie plaignante pour être fournisseur potentiel.

95. Tel qu'il est mentionné dans *Enterasys PR-2010-004*, cette conclusion est en accord avec la décision du Tribunal dans *Flag Connection*, qui indique qu'une société ne perd pas nécessairement son statut de fournisseur potentiel une fois la date limite pour les soumissions expirée. Conclure autrement

réduirait effectivement la compétence du Tribunal en rendant presque impossible l'examen d'allégations selon lesquelles des violations des accords commerciaux par une institution fédérale au cours d'une procédure de passation d'un marché public ont empêché une société de soumissionner.

96. Conclure qu'une société ne peut plus être considérée comme un « soumissionnaire potentiel » une fois la période de soumission terminée, dans de telles circonstances, réduirait aussi la possibilité pour des sociétés intéressées à approvisionner le gouvernement de déposer une plainte au sujet d'une procédure de passation d'un marché public. De l'avis du Tribunal, accepter l'argument de TPSGC réduirait donc indûment l'accès au mécanisme d'examen des marchés publics prévu dans la *Loi sur le TCCE* et le *Règlement*. Cela irait à l'encontre d'un objectif important du régime de réglementation, celui d'accroître la confiance des participants dans le mécanisme d'adjudication et de favoriser leur participation.

97. De façon similaire, le fait que le Tribunal ait conclu, dans des enquêtes précédentes concernant d'autres DRV publiées dans le cadre de l'OCPN, qu'Enterasys, maintenant Siemens, n'avait pas établi que des renseignements supplémentaires ou que davantage de temps étaient nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de présenter des soumissions recevables dans le contexte de ces autres DRV n'est pas pertinent pour déterminer si Siemens a qualité pour déposer des plaintes concernant les DRV *en cause*. À cet égard, le Tribunal remarque aussi que, contrairement aux allégations de TPSGC, il n'a pas conclu, dans *Enterasys PR-2009-080*, qu'aucun renseignement ou délai supplémentaire n'était nécessaire pour permettre aux soumissionnaires de présenter des soumissions recevables. Le Tribunal a plutôt conclu dans ces procédures antérieures qu'Enterasys n'avait pas réussi à démontrer que les renseignements fournis et le temps alloué par TPSGC n'étaient pas suffisants⁴⁵.

98. Par conséquent, le Tribunal a conclu uniquement qu'Enterasys ne s'était pas acquittée du fardeau de la preuve par rapport à ses allégations que les actions de TPSGC l'avaient empêchée de soumettre une proposition. Cette conclusion n'écarte pas la possibilité de conclure que des violations des accords commerciaux se sont produites et ont empêché Siemens de soumettre une proposition dans des cas subséquents. TPSGC ne peut donc pas s'appuyer sur des conclusions antérieures du Tribunal pour étayer ses allégations selon lesquelles aucun aspect des invitations en cause n'a empêché Siemens de soumissionner dans le cadre des DRV en cause.

99. Pour ces raisons, le Tribunal conclut qu'en tant que titulaire d'une OCPN autorisé à soumettre des propositions en réponse aux DRV en cause, qui soutient qu'il aurait pu soumissionner n'eût été les violations alléguées des accords commerciaux au cours de la procédure de passation du marché public, Siemens est un « soumissionnaire potentiel » et, par conséquent, un « fournisseur potentiel » ayant qualité pour déposer les présentes plaintes aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*.

ANALYSE

100. 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*

45. *Ibid.* aux para. 188-189.

commerce intérieur⁴⁶, l'ALÉNA, l'Accord sur les marchés publics⁴⁷, l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili⁴⁸ et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou⁴⁹, selon la valeur de chaque DRV⁵⁰.

101. 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 Siemens portent presque entièrement sur les dispositions pertinentes de l'ALÉNA, avec la mention d'une disposition de l'ACI. Le Tribunal remarque que Siemens n'a pas fourni d'analyses distinctes ni avancé d'arguments particuliers qui auraient démontré l'existence de contraventions aux dispositions de l'AMP. Compte tenu du fait que l'ALÉNA et l'ACI s'appliquent aux cinq DRV en cause, le Tribunal limite son analyse aux allégations de contraventions à l'ALÉNA et à l'ACI faites par Siemens.

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

103. Selon ses lettres d'avis d'enquête datées du 23 août et du 9 septembre 2010, le Tribunal estime que les motifs de plainte qui forment l'objet de cette enquête peuvent se diviser en trois grandes allégations :

- a. TPSGC n'était pas justifié de décrire les produits par appellation commerciale et code de produit;
- b. les renseignements fournis et le temps alloué étaient insuffisants pour permettre à Siemens de proposer un équipement équivalent à celui qui était décrit par appellation commerciale et code de produit et le délai de réponse de quatre jours ou moins pour les DRV 783 et DRV 784 n'était pas justifié;
- c. certains produits achetés ne respectaient pas les spécifications de la catégorie 1.2.

104. Compte tenu que les arguments de Siemens, 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, comme elle s'appelait à l'époque, concernant d'autres DRV publiées aux

46. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

47. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

48. *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.

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

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

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 motifs⁵¹, 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 de Siemens⁵².

Utilisation d'appellations commerciales

Position de Siemens

105. Siemens soutient que les marchés publics n'ont pas été passés conformément aux paragraphes 1007(3) et 1008(1) de l'*ALÉNA* et à l'alinéa 504(3)*b* de l'*ACI*, puisque 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 particulier et ainsi éviter les spécifications techniques qui favorisent les fournisseurs titulaires.

106. Siemens soutient 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 *Enterasys PR-2009-080*, 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. Siemens soutient également que lors de ladite audience, TPSGC a admis éviter de présenter des DRV qui n'utilisent pas d'appellation commerciale et de code de produit. De l'avis de Siemens, 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.

107. Siemens soutient que le « caractère modulaire normalisé » [traduction] est un principe unanimement reconnu dans le domaine de la conception de réseaux, qui, selon elle, est essentiel à l'interfonctionnement et à la fiabilité. Contrairement à ce qui est prétendu dans le RIF, elle soutient également qu'il ne s'agit pas de savoir si l'utilisation d'appellations commerciales est autorisée, si elle a été acceptée par Siemens ou si elle est appropriée. Siemens affirme que la norme relative aux réseaux est la conception et l'approvisionnement normalisés, et qu'il y ait appellation commerciale ou non, les modules fonctionnels dans un réseau sont en général conformes à la norme et aux normes de réseaux pertinentes. Elle fait valoir que l'utilisation d'appellations commerciales n'est alors justifiée qu'à titre de solution pratique pour décrire le module, dans lequel les normes pertinentes de l'industrie seront appliquées.

108. Autrement dit, Siemens affirme que s'il s'agit d'une fonctionnalité normalisée du réseau, que celle-ci soit installée sur un produit d'appellation commerciale ou sur un produit concurrent, ceci ne devrait faire que peu de différence. Elle soutient aussi que la question relative à l'appellation commerciale en est donc une véritablement liée à la conformité aux normes et à la justification des marchés publics qui renvoient à des appellations commerciales, plutôt qu'aux normes pertinentes de l'industrie. Siemens allègue que les

51. *Enterasys PR-2009-080*.

52. À cet égard, le Tribunal observe que les plaintes de Siemens comprennent plusieurs renvois aux éléments de preuve déposés par les parties dans *Enterasys PR-2009-080* et 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 Siemens 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.

normes qui sont ou seront appliquées dans les réseaux actuels ou futurs ne sont pas correctement spécifiées par l'utilisation d'un produit d'appellation commerciale, sauf lorsque davantage de précisions concernant l'application effective sont données.

109. À titre d'exemple, Siemens soutient que si le produit X possède les caractéristiques A, B et C, et que le produit Y possède les caractéristiques B, C et D, il est évident qu'ils ne sont pas « équivalents », mais si le réseau n'utilise que les caractéristiques B et/ou C, les produits *sont* alors équivalents. Elle affirme que, comme c'est le cas dans l'OCPN en cause, lorsque l'exigence est définie par l'appellation commerciale X, le produit Y est exclu par toute procédure de sélection comparative fondée sur les LPP et que la procédure de passation du marché public est donc partielle et discriminatoire, au détriment des autres FEO et de TPSGC.

110. Siemens soutient que cette procédure camouflée de passation de marché à un fournisseur unique désavantage TPSGC sur le plan économique, car elle accroît la restriction de l'offre, ce qui donne toujours lieu à un prix supérieur (ou égal), mais jamais inférieur. Siemens allègue que si le ministère client ne demande que les caractéristiques B et C, la question de savoir si l'exigence est désignée ou non par l'appellation commerciale X est alors moins pertinente, puisque la comparaison des LPP donnera comme résultats les produits X et Y. Elle soutient que la désignation d'un produit par appellation commerciale ajoute implicitement des exigences inutiles pour l'utilisateur final.

111. Siemens soutient que l'adjudication d'un marché fondé sur une appellation commerciale au FEO en soi et à ses revendeurs suggère logiquement que le titulaire de cette OCPN en particulier disposait de renseignements sur le réseau qui n'avaient pas été divulgués aux autres titulaires d'OCPN et soumissionnaires potentiels.

112. Siemens soutient que les éléments essentiels des commutateurs de catégorie 1.2 sont le fait qu'ils sont des appareils configurables, ce qui signifie que le produit d'appellation commerciale n'est pas interfonctionnel une fois sorti de l'emballage, tant qu'il n'est pas configuré pour exécuter les fonctions de réseau exigées, au moyen du réglage d'une multitude de paramètres qui dépendent eux-mêmes du contexte d'exploitation du réseau. L'appareil consiste donc en une combinaison complexe de matériel, de micrologiciels, de logiciels, de paramètres et de configurations. Siemens affirme que ni les LPP ni les produits d'appellation commerciale ne peuvent refléter de par leur nature ce degré de complexité dans la définition des produits à livrer.

113. Siemens soutient que même le fournisseur d'un produit d'appellation commerciale n'est pas à même d'offrir un « produit équivalent » [traduction] interfonctionnel sans renseignements supplémentaires sur le réseau dans lequel le produit doit fonctionner. Par conséquent, lorsqu'un produit d'appellation commerciale de catégorie 1.1 ou 1.2 est acheté, soit TPSGC présume qu'il est interfonctionnel, soit le fournisseur du produit d'appellation commerciale a obtenu des renseignements supplémentaires qui n'ont pas été partagés avec la concurrence. Siemens soutient que, dans un cas comme dans l'autre, le contrat octroyé est discriminatoire et injuste, à moins que des circonstances extrêmement exceptionnelles dictent le contraire et soient expressément communiquées conformément aux accords commerciaux et à l'OCPN. Siemens soutient que les DRV en cause étaient en fait des contrats prescrits camouflés.

114. Siemens soutient que des expressions comme « être conforme à (ou être compatible avec) » [traduction] une exigence particulière auraient dû être utilisées, comme le Tribunal l'avait recommandé dans le dossier n° PR-2001-048⁵³. Siemens soutient que le Tribunal a déjà établi qu'il incombe à TPSGC et au ministère client de démontrer pourquoi une fonction ou caractéristique est légitimement nécessaire.

115. Siemens 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. Siemens affirme que TPSGC a utilisé une justification technique (JT) pour ce processus. Siemens soutient également que si les agents d'approvisionnement de TPSGC avaient bien examiné les JT, ils auraient dû déterminer que l'utilisation d'une appellation commerciale n'était pas justifiée et veiller à ce que les exigences techniques soient correctement préparées, d'une manière qui ne nécessite pas l'utilisation d'une appellation commerciale.

Position de TPSGC

116. TPSGC soutient pour sa part 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 de bonne foi par TPSGC dans le cours de l'administration des cinq invitations.

117. TPSGC soutient que lorsqu'on détermine si TPSGC a agi conformément aux obligations que lui imposent les accords commerciaux dans l'administration de l'OCPN 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 s'inscrivaient dans les résultats possibles et acceptables suivant une norme objective, même si le Tribunal avait pris des décisions différentes.

118. TPSGC mentionne des décisions antérieures⁵⁴ dans lesquelles le Tribunal a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable. TPSGC soutient avoir administré l'OCPN des SSER de bonne foi et conformément à ses modalités et aux accords commerciaux.

119. TPSGC soutient 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 cause⁵⁵, 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 particulière d'équipement sur des LPP, prévoit l'utilisation d'appellations commerciales pour la désignation et l'acquisition d'équipement.

120. TPSGC soutient qu'il est contraire à l'objectif de l'OCPN qu'un ministère client détermine l'équipement dont il a besoin à partir d'une LPP et qu'il doit ensuite faire de l'ingénierie inverse afin d'élaborer des spécifications génériques.

53. *Re plainte déposée par Foundry Networks Inc.* (12 mars 2002), PR-2001-048 (TCCE).

54. Par exemple, *Re plainte déposée par Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et Notra Inc.* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au para. 25; *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) aux para. 51-52; *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (15 mai 2008), PR-2007-075 à PR-2007-077 (TCCE) au para. 53.

55. *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.

121. TPSGC soutient que pendant le processus original de DOC des SSER, aucun fournisseur potentiel, y compris Siemens, n'a soulevé d'oppositions ou n'a posé de 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.

122. Renvoyant à la décision du Tribunal dans *Enterasys PR-2009-080*, TPSGC soutient que même si le Tribunal a reconnu que les entités acheteuses ne sont pas tenues de compromettre leurs « besoins opérationnels légitimes » [traduction] pour s'adapter aux circonstances des soumissionnaires, l'interprétation majoritaire des accords commerciaux et, en particulier, de l'article 1007 de l'*ALÉNA* ne reconnaît pas les moyens par lesquels le gouvernement peut justifier l'utilisation de spécifications techniques définies en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives pour acquérir les biens et services dont il a besoin.

123. 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.

124. 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.

125. TPSGC soutient également 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 particulières 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.

126. Enfin, TPSGC allègue que l'interprétation raisonnable des accords commerciaux prévoit l'utilisation d'appellations commerciales dans des circonstances appropriées et que, conformément aux accords commerciaux, il convenait d'utiliser des appellations commerciales dans les DRV en cause.

Analyse

127. 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 *Enterasys PR-2009-080*, la majorité du Tribunal a analysé le sens de cette disposition de la manière suivante.

128. Le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* exige ce qui suit⁵⁶ :

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.

56. 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*.

129. 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*⁵⁷, 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.

130. 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 Parlement⁵⁸. 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*.

131. À cet égard, il faut lire le paragraphe 1007(3) à la lumière de l'article 1017, qui indique que l'un des objets du chapitre sur les marchés publics consiste à favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, et à la lumière des paragraphes 1007(1) et 1007(2), qui prévoient ce qui suit :

Article 1007 : Spécifications techniques

1. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.
2. Chacune des Parties fera en sorte que toute spécification technique prescrite par ses entités soit, s'il y a lieu,
 - a. définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives [...].

132. De l'avis du Tribunal, ces exigences indiquent qu'aux termes de l'*ALÉNA*, l'utilisation d'appellations commerciales ou de marques de commerce ne constitue pas la méthode privilégiée de prescription des spécifications techniques. Lues ensemble, ces dispositions privilégient l'utilisation de spécifications génériques décrites selon des critères de rendement afin que les acheteurs gouvernementaux disposent d'un vaste réservoir de soumissionnaires concurrentiels, assurant ainsi que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent.

133. La Cour d'appel fédérale a récemment affirmé, dans *Almon Equipment Ltd. c. Canada (Procureur général)*⁵⁹, que les objets du mécanisme fédéral de passation des marchés publics sont notamment 1) de garantir aux concurrents un mécanisme d'adjudication équitable et 2) d'accroître au maximum la probabilité que le gouvernement obtienne des biens et services de grande qualité qui répondent à ses besoins.

134. Par conséquent, 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 publics en imposant des coûts ou des conditions onéreux ou en décrivant leurs exigences d'une façon qui pourrait 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 des objets susmentionnés du chapitre de l'*ALÉNA* sur les marchés publics.

135. Compte tenu que les méthodes de passation des marchés publics visent un équilibre entre l'intérêt des fournisseurs potentiels de bénéficier d'un accès équitable et transparent aux occasions de marchés publics et l'intérêt des institutions gouvernementales d'obtenir les biens et services nécessaires, le paragraphe 1007(3) de

57. (1969) 1155 R.T.N.U. 331, entré en vigueur le 27 janvier 1980.

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

59. [2010] J.C.F. n° 948.

l'ALÉNA interdit aux entités gouvernementales de recourir à une marque de commerce ou à une appellation commerciale, un brevet, une conception ou un type spécifique ou de demander des produits d'un fournisseur donné « [...] à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché [...] »⁶⁰. Le paragraphe 1007(3) limite donc l'utilisation d'appellations commerciales aux situations où l'emploi de spécifications génériques ne suffirait pas à décrire précisément les exigences techniques et à veiller à ce que ces exigences soient compréhensibles.

136. Par conséquent, TPSGC ne peut désigner les produits par appellation commerciale dans les cas où il estime qu'il serait simplement plus efficace ou moins risqué de le faire. TPSGC doit plutôt évaluer si l'emploi de spécifications génériques permettrait de décrire les exigences techniques de façon suffisamment précise ou intelligible et, le cas échéant, y avoir recours. TPSGC ne peut utiliser des appellations commerciales que lorsque cette évaluation lui permet de conclure de manière raisonnable que l'utilisation de spécifications génériques ne décrirait pas les exigences techniques de façon suffisamment précise et intelligible.

137. Après avoir évalué si l'emploi de spécifications génériques décrirait les exigences techniques de façon suffisamment précise et intelligible, il incombe à TPSGC d'expliquer sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas « d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible » de décrire les exigences techniques. Que cette justification vienne d'un document interne, comme une JT, ou de tout autre moyen n'est pas pertinent, selon le Tribunal, tant que le Tribunal est en mesure de bien cerner la nature de la justification fournie⁶¹.

138. 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 *Enterasys PR-2009-080*. Au cours de la présente enquête, les parties n'ont déposé aucun élément de preuve indiquant qu'une procédure essentiellement 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 d'*Enterasys PR-2009-080*, 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.

139. 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 pour l'OCPN. 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.

140. 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.

141. 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 aux lettres d'avis d'enquête du Tribunal ne fournissent aucune indication contraire dans le cas des DRV en cause.

60. 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* ».

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

142. Lors de l'audience visant des DRV similaires publiées aux termes de la même OCPN⁶², M. Perrier a reconnu, qu'au sein de son groupe, une DRV par appellation commerciale est « généralement » [traduction] considérée comme une « DRV normale » [traduction]⁶³.

143. 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 justifiée.

144. Les éléments de preuve indiquent que la DGSIT exerce sa fonction de remise en question d'une manière plus stricte qu'auparavant. Par exemple, en ce qui concerne les JT des DRV 773, DRV 783 et DRV 784, la DGSIT a informé le ministère client qu'il devrait justifier l'utilisation de toute appellation commerciale⁶⁴. Pour ce qui est des DRV 773 et DRV 784, les JT sont passées de quelques paragraphes à plusieurs pages, indiquant des exigences techniques et des protocoles très précis.

145. Dans le cas de la DRV 785, lorsque la DGSIT a reçu la JT précisant l'appellation commerciale, elle a demandé au ministère client de vérifier s'il serait en mesure de trouver un autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché que l'utilisation d'une appellation commerciale, mais elle a ensuite accepté une réponse qui n'expliquait pas de façon adéquate pourquoi il ne pouvait pas le faire⁶⁵.

146. Dans l'ensemble, cependant, 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.

62. Audience tenue à Ottawa (Ontario) les 13 et 14 mai 2010 au sujet d'*Enterasys PR-2009-080*.

63. *Enterasys PR-2009-080, Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, à la p. 338.

64. Voir par exemple, dans le cas de la DRV 773, la page 33 des documents déposés par TPSGC en réponse aux lettres d'avis d'enquête du Tribunal.

65. Le Tribunal fait également remarquer que le ministère client a indiqué qu'il ne pouvait pas le faire, et qu'il semble que la DRV a été autorisée à progresser librement. Voir par exemple, dans le cas de la DRV 785, la page 273 des documents déposés par TPSGC en réponse aux lettres d'avis d'enquête du Tribunal. Auparavant, le courriel envoyé par l'analyste de la DGSIT aux ministères clients pour demander des JT n'exigeait pas de ceux-ci qu'ils justifient l'utilisation d'appellations commerciales. Il ne faisait 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 soyez 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]. Voir par exemple, dans le cas de la DRV 742 d'*Enterasys PR-2009-132*, la page 195 des documents déposés par TPSGC en réponse à l'ordonnance de production de documents du Tribunal du 28 mai 2010. Ce libellé suppose qu'au moment de l'envoi de la demande de JT, TPSGC avait déjà déterminé que l'utilisation d'appellations commerciales était appropriée et ne remettrait pas en doute les décisions des ministères clients de demander des produits par appellation commerciale donnée; autrement, il n'aurait pas été nécessaire de faire référence, dans le courriel demandant une JT, à la proposition éventuelle d'une « soumission de produits équivalents ». Le Tribunal fait également remarquer que bon nombre de ces JT décrivaient 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 devait s'agir d'un produit d'appellation commerciale particulière. D'ailleurs, la proposition de produits équivalents dans l'OCPN n'est une considération pertinente que dans la mesure où TPSGC avait déjà décidé d'aller de l'avant avec une DRV qui spécifie des produits au moyen d'appellations commerciales.

147. Somme toute, le Tribunal considère que les documents fournis par TPSGC en réponse à ses lettres d'avis d'enquête ne démontrent pas que TPSGC a procédé à une évaluation significative de la question de savoir si des spécifications génériques auraient décrit les exigences techniques d'une façon suffisamment précise ou intelligible.

148. Le 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* était rempli. D'ailleurs, l'ensemble des éléments de preuve indique que l'utilisation d'appellations commerciales se fait par défaut et que les JT visent à s'adapter à ce choix par défaut, pour lequel, en général, la question des spécifications génériques n'est pas sérieusement considérée.

149. Par conséquent, le Tribunal est en désaccord avec l'affirmation de TPSGC selon laquelle des spécifications génériques n'auraient pas pu décrire les exigences techniques des DRV en cause de façon suffisamment précise ou intelligible. D'ailleurs, le témoin expert de TPSGC lui-même, M. Lemieux, a affirmé que, bien que cela puisse être difficile et risqué, il aurait fallu « deux jours environ » [traduction] pour dresser la liste de chaque protocole unique dont le client avait besoin pour une JT générique et « [...] au moins une semaine, pour en arriver à une bonne justification technique fiable pour un centre de données » [traduction]⁶⁶.

150. TPSGC a, dans les faits, complètement inversé l'ensemble de la procédure visée par le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* en appliquant le régime d'OCPN de manière à ce que l'utilisation d'appellations commerciales devienne la règle plutôt que l'exception, simplement parce que cela est plus facile et moins risqué.

151. À nouveau, le témoin expert de TPSGC lui-même, M. Lemieux, a déclaré qu'en sa qualité d'installateur d'équipement dans des réseaux existants de TPSGC, il veut toujours le produit d'appellation commerciale qui est déjà installé sur le réseau⁶⁷. Il est plus facile et moins risqué d'installer le produit d'appellation commerciale que le produit d'un autre vendeur étant donné, notamment, qu'il n'est pas nécessaire de déployer des efforts supplémentaires ou d'effectuer des essais supplémentaires et que le vendeur du produit d'appellation commerciale ne peut blâmer un autre vendeur si un problème se pose⁶⁸.

152. Il est évident que cette pratique vise à rendre plus efficace la procédure de passation d'un marché public ou à répondre à des besoins urgents, mais, aussi louable soit-elle d'un point de vue administratif, elle a pour effet de créer une exception aux dispositions pertinentes des accords commerciaux là où il n'en existe pas.

153. Par conséquent, le Tribunal conclut que le comportement de TPSGC concernant ces DRV était contraire au paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA*.

154. Cette conclusion ne signifie pas en soi que le comportement de TPSGC a, tel qu'il est soutenu par Siemens, aussi violé le paragraphe 1008(1) de l'*ALÉNA* et l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*, qui interdisent l'application de procédures de passation des marchés discriminatoires.

66. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 30 novembre, à la p. 312.

67. *Ibid.* aux pp. 308, 311.

68. *Ibid.* aux pp. 207, 312-314.

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

Chacune des Parties fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités

a. soient appliquées de façon non discriminatoire [...].

156. L'alinéa 504(3)b) de l'*ACI* prévoit que le gouvernement fédéral n'établit pas de distinction entre les fournisseurs au moyen de :

b) la rédaction des spécifications techniques de façon soit à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés, y compris des produits ou services inclus dans des marchés de construction, soit à favoriser ou à défavoriser des fournisseurs de tels produits ou services, en vue de se soustraire aux obligations prévues par le présent chapitre.

157. Siemens a formulé certaines allégations concernant l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*. Dans la première série de plaintes, Siemens a simplement cité une liste des dispositions de l'*ACI*, de l'*ALÉNA* et de l'*AMP* qui, de son avis, n'avaient pas été respectées par TPSGC. La liste comprenait l'alinéa 504(3)b), mais aucune autre explication n'était donnée. Siemens a intégré la même liste à la deuxième série de plaintes, mais, cette fois-ci, en expliquant son allégation concernant l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*. Siemens allègue que TPSGC a fait preuve de mauvaise foi et de partialité à son égard en ne répondant pas aux questions qu'elle avait posées pendant les périodes de soumission, la privant ainsi des renseignements dont elle avait besoin pour présenter une soumission conforme. De l'avis de Siemens, cela démontre la partialité dont a fait preuve TPSGC à l'égard des FEO des produits d'appellation commerciale demandés et à l'égard de Siemens, allant ainsi à l'encontre de l'exigence de l'alinéa 504(3)b) qui stipule que les spécifications ne doivent pas être rédigées de façon à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés.

158. Après avoir examiné attentivement les éléments de preuve liés à ces allégations, le Tribunal n'a rien trouvé qui puisse lui permettre de conclure qu'il ne s'agissait pas que de simples allégations. Bien qu'il soit possible que la relation entre TPSGC et Siemens puisse avoir été tendue en raison du nombre élevé de plaintes déposées par Enterasys/Siemens au cours des mois précédents, aucun élément de preuve déposé à l'appui des plaintes en cause n'étaye, ne serait-ce qu'en partie, les allégations de « partialité » de la part de TPSGC. Le Tribunal ne voit donc aucune raison de condamner les actions de TPSGC aux termes de l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*.

159. Le paragraphe 1007(3) de l'*ALÉNA* régit expressément la préparation, l'adoption ou l'application de spécifications techniques et ne touche pas à la question de la discrimination dans la procédure d'appels d'offres. En l'absence de démonstration claire de la part de Siemens sur la façon dont, en droit et selon les faits de ces plaintes, le comportement de TPSGC équivaut 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) de l'*ALÉNA* ou à l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*.

Suffisance des renseignements et des délais pour permettre aux fournisseurs de démontrer l'équivalence

Position de Siemens

160. Siemens affirme que l'article 14 exige que lorsqu'un produit à appellation commerciale est proposé, l'équivalent soit examiné lorsque le soumissionnaire respecte les conditions applicables en désignant le produit proposé et la façon dont ce produit est « équivalent » au produit demandé.

161. Siemens 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 d'essai d'interfonctionnement et de rendement suffisant, 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 Siemens, 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 suffisants⁶⁹.

162. Siemens soutient également 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]

163. Siemens soutient que les DRV de catégorie 1.2 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 soumission devrait être prorogée sur demande des soumissionnaires qui désirent préparer une soumission de « produits équivalents ». Siemens affirme que 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. Siemens soutient que TPSGC n'a pas reçu de formation sur ses produits et n'est pas qualifié pour déterminer le délai dont elle a besoin pour répondre aux DRV.

164. En ce qui concerne tout spécialement les DRV 783 et DRV 784, Siemens allègue que la DRV 783 a été publiée le vendredi 13 août 2010 et qu'un délai de seulement trois jours ouvrables complets s'est écoulé (16, 17 et 18 août 2010) avant la clôture de la période d'invitation par DRV le jeudi 19 août 2010. Pour ce qui est de la DRV 874, Siemens soutient qu'elle a été publiée le jeudi 19 août 2010 et qu'un délai de seulement deux jours ouvrables complets s'est écoulé ([vendredi] 20 et [lundi] 23 août 2010) avant la clôture de l'invitation le mardi 24 août 2010.

165. Siemens fait valoir que TPSGC a admis éviter l'adjudication de DRV qui n'utilisent pas d'appellations commerciales, ce qui, de son avis, favorise clairement les sociétés dont les appellations commerciales ont été utilisées et est discriminatoire à l'égard de Siemens.

166. Siemens allègue aussi que TPSGC s'est servi de la période de réponse à une DRV de quatre jours et a délibérément refusé de répondre à ses questions en vue de s'assurer que le produit d'appellation commerciale sorte toujours gagnant. Siemens affirme que les fournisseurs titulaires ont reçu des renseignements supplémentaires qui n'ont pas été communiqués aux autres soumissionnaires, dont certains des renseignements qu'elle avait demandés au cours de chacune des périodes d'invitation par DRV.

69. Siemens a fait remarquer que la DRV 650 (qui n'est pas en cause dans ces plaintes), qui indiquait une demande de produits Hewlett-Packard, a été octroyée à une société qui offrait une autre marque d'équipement. M. Weedon a affirmé, dans sa déclaration de témoin liée à *Enterasys PR-2009-132* et incorporée à la présente procédure, que cela s'était produit parce que la société, revendeur de la marque Hewlett-Packard et de l'autre marque, avait obtenu des renseignements supplémentaires qui lui avaient permis d'offrir d'autres produits.

167. Siemens soutient également 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 propres à chaque réseau, tels que les numéros de révision du matériel et des micrologiciels, les versions des logiciels et les commandes de configuration.

168. En ce qui concerne les renseignements accessibles au public, Siemens 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 Siemens 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 les réseaux. Siemens soutient que la déclaration de témoin de M. Perrier⁷⁰ confirme qu'il s'agit d'exigences complexes et qu'il faut bien plus que les quelque 59 critères indiqués par TPSGC dans les exigences techniques et qu'en raison de ce qui précède, un délai de plus de quatre jours ouvrables et davantage de renseignements sont nécessaires pour établir l'équivalence.

169. Siemens allègue que TPSGC est donc 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'appels d'offres [...] », et de l'article 1013 de l'*ALÉNA*, qui, selon Siemens, exige que la documentation relative à l'appel d'offres contienne tous les renseignements nécessaires pour permettre aux fournisseurs de présenter des soumissions recevables.

Position de TPSGC

170. TPSGC soutient que Siemens détenait suffisamment de renseignements pour être en mesure de proposer des produits équivalents aux produits d'appellation commerciale spécifiés dans une DRV. TPSGC rappelle qu'à la suite d'une analyse approfondie de cette même question dans *Enterasys PR-2009-080*, le Tribunal a conclu que les renseignements donnés dans les DRV étaient suffisants⁷¹.

70. Les paragraphes 8 et 9 de la pièce 6 jointe au RIF prévoient ce qui suit :

8. 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 existants du réseau hôte.

9. Il est de mon avis professionnel que, dans les circonstances particulières des DRV en cause, dans lesquelles des produits sont désignés par appellation commerciale, et compte tenu des réseaux hôtes en question, le recours à des spécifications génériques aurait présenté un risque inacceptable de faire acquérir des produits qui ne sont pas tout à fait compatibles et interfonctionnels avec les réseaux hôtes. [Traduction]

71. *Enterasys PR-2009-080* au para 184 :

Le Tribunal considère [...] qu'*Enterasys* n'a pas établi que TPSGC n'avait pas donné aux fournisseurs tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent préparer une soumission recevable. Il n'est pas persuadé non plus que TPSGC était tenu de fournir des renseignements additionnels sur l'équipement et l'environnement de réseau en place dans les ministères clients pour que les fournisseurs soient en mesure de présenter une soumission équivalente conforme. Le Tribunal est d'avis que des renseignements additionnels se seraient imposés seulement si l'évaluation de tout produit équivalent proposé dans les invitations visées avait reposé sur des exigences ou des spécifications techniques autres que celles des produits spécifiés par appellation commerciale.

TPSGC fait également remarquer que, dans une décision précédente, le Tribunal a conclu « [...] qu'en fournissant une marque de commerce ainsi que les numéros de modèle et de série, les sociétés offrant de l'équipement de réseau devaient être en mesure de déterminer lequel de leurs produits, le cas échéant, seraient entièrement compatibles et interchangeables et pouvaient interfonctionner harmonieusement avec les produits spécifiés dans les DRV. *Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au para. 7.

171. 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].

172. TPSGC déclare qu'une évaluation d'équivalence est fondée sur l'équipement d'appellation commerciale 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. Il soutient que l'équivalence requise avec les « produits désignés dans les DRV » [traduction] n'oblige pas les soumissionnaires à indiquer les questions générales de réseau ni les exigences opérationnelles, les connexions de dispositif, les configurations et d'autres renseignements du réseau hôte pour démontrer l'équivalence.

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

174. TPSGC soutient que, contrairement aux allégations de Siemens, 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'obligent pas à fournir une telle information avec une DRV.

175. TPSGC allègue que tous les renseignements demandés par Siemens pour proposer des produits équivalents à ceux indiqués dans les DRV en cause sont accessibles au public. Il soutient que les renseignements sur les spécifications, le rendement, etc., de produits concurrents sont fournis par les FEO pour la mise en marché de leurs produits. TPSGC fait remarquer que Siemens reconnaît cet élément dans ses plaintes en alléguant qu'il y a en fait trop de renseignements accessibles au public.

176. TPSGC affirme que, compte tenu du fait que les spécifications obligatoires de rendement des commutateurs de RL en question sont bien comprises par l'industrie et accessibles au public et que la désignation d'un produit donné fournit un point utile de référence pour l'industrie, tous les soumissionnaires ont bénéficié d'un accès égal aux renseignements concernant les marchés. Il soutient également qu'il ne se sert pas des JT pour l'évaluation de soumissions équivalentes.

177. TPSGC nie l'allégation de Siemens selon laquelle 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 proposé. TPSGC fait remarquer que le Tribunal a conclu dans *Enterasys PR-2009-080* qu'un tableau comparatif et des explications figurant dans un document séparé suffisaient à démontrer l'équivalence et que l'article 14 n'exige pas qu'un soumissionnaire fournisse un rapport exhaustif d'essai d'interfonctionnement et de rendement⁷².

178. TPSGC mentionne également qu'en dépit de l'affirmation de Siemens selon laquelle elle a demandé des renseignements sur les versions des logiciels d'exploitation et les configurations, ces renseignements *n'étaient pas nécessaires* pour établir l'équivalence; la comparaison devait plutôt se faire entre les fonctionnalités des commutateurs des titulaires et celles des commutateurs équivalents proposés. TPSGC soutient que, pour établir l'équivalence, les exigences à comparer entre le produit d'appellation

72. *Enterasys PR-2009-080* au para. 187.

commerciale demandé et le produit équivalent proposé seraient logiquement liées aux exigences énoncées dans la catégorie pertinente, soit la catégorie 1.2 dans le cas des DRV en cause, de l'appendice A de l'annexe A de la DOC et de l'OCIM des SSER, qui ont servi à qualifier les soumissionnaires à un appel d'offres dans cette catégorie donnée.

179. TPSGC soutient que pour devenir titulaire d'une OCIM de catégorie 1.2, les soumissionnaires devaient proposer un commutateur respectant au plus 59 exigences obligatoires. Il affirme qu'il suffisait de comparer le produit d'appellation commerciale demandé et le produit équivalent proposé ayant des fonctionnalités semblables à celles prises en compte lors de la qualification à une OCIM (c.-à-d. les 59 critères portant sur la taille, la redondance, la densité de port, les vitesses et interfaces d'accès, la performance, les normes, le routage IP, les fonctions QoS, les fonctions de gestion et les fonctions de sécurité).

180. TPSGC fait valoir que Siemens et ses représentants autorisés, dont West Atlantic Systems, n'ont pas soumis de proposition en réponse aux trois DRV en question. Il 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. TPSGC affirme que Siemens 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. En ce qui concerne les deux DRV pour lesquelles Siemens a présenté une soumission, TPSGC soutient que le dossier montre que Siemens avait suffisamment de renseignements pour préparer et soumettre une réponse.

181. TPSGC allègue que Siemens a eu suffisamment de temps pour comparer les fonctionnalités des produits d'appellation commerciale demandés avec celles de ses propres produits, pour préparer un tableau comparatif et pour expliquer en quoi les spécifications techniques de son produit équivalent proposé correspondaient à celles du produit d'appellation commerciale.

182. TPSGC fait remarquer 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 et que le Tribunal a conclu dans *Enterasys PR-2009-080* que quatre jours suffisaient⁷³. TPSGC fait valoir que les périodes de soumission de trois des cinq DRV en cause, les DRV 773, DRV 783 et DRV 785, ont été d'au moins quatre jours ouvrables et que la période de soumission de la DRV 784 a été de cinq jours, dont trois jours ouvrables. Il fait remarquer que West Atlantic Systems a été pleinement en mesure de préparer et de soumettre une proposition, qu'il décrit comme étant « conforme » [traduction], en réponse à la DRV 784. TPSGC soutient que la période de soumission de la DRV 781 a aussi été de cinq jours, dont trois jours ouvrables, et que, comme pour la DRV 784, les soumissionnaires ont eu suffisamment de temps pour préparer une réponse à l'invitation s'ils le souhaitaient⁷⁴. TPSGC prétend que Siemens a bénéficié d'un délai suffisant dans le cas de toutes les invitations pour réaliser une analyse de base de l'équivalence et pour fournir les documents exigés par TPSGC.

183. TPSGC fait valoir que Siemens prétend comprendre suffisamment les spécifications techniques de l'équipement de marque indiqué dans chacune des DRV pour alléguer ne pas avoir respecté toutes les spécifications techniques des commutateurs de RL de catégorie 1.2. TPSGC soutient que cette allégation est née de la première demande de renseignements que Siemens a présentée durant chacune des périodes d'invitation par DRV, malgré qu'elle ait continué d'affirmer, tout en prétendant comprendre ces spécifications, qu'elle manquait de renseignements et de temps pour désigner son propre équipement équivalent, s'il existait.

73. *Ibid.*

74. Comme il est mentionné ci-dessus, Siemens conteste ces calculs des périodes de soumission.

Analyse

Caractère adéquat des renseignements dans les DRV

184. Dans la décision qu'il a rendue sur cette question dans *Enterasys PR-2008-080*, le Tribunal constate que les plaintes ont été appuyées par une opinion non qualifiée, plutôt que par des faits établis ou par une opinion d'expert. Par conséquent, puisque les plaintes qui constituent le fondement de la présente enquête comportaient des affirmations selon lesquelles des témoignages d'experts appuieront ce motif, le Tribunal s'est montré prêt à réexaminer la question et à entendre les experts. Malheureusement, le fait que Siemens n'ait pas fait entendre ces témoins experts au moment de l'audience a renvoyé le Tribunal à la case départ.

185. Dans *Enterasys PR-2008-080*, 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. 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.

186. 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.

187. L'article 1013 de l'ALÉNA prévoit ce qui suit⁷⁵ :

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.

188. L'article 1013 de l'ALÉNA exige la bonne foi et, lorsqu'il est interprété à la lumière du paragraphe 1007(3), 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 [...] ».

75. 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.

189. Le Tribunal observe que l'article 14 de l'OCPN crée un mécanisme permettant aux fournisseurs préqualifiés d'établir l'équivalence. Cet article prévoit ce qui suit :

Les produits équivalents de forme, d'agencement, de fonction et de qualité qui sont entièrement compatibles et interchangeables et qui interfonctionnent harmonieusement avec les produits spécifiés dans la DRV seront pris en considération si l'offrant :

- i. désigne clairement dans sa réponse à la DRV l'appellation commerciale, le modèle et/ou le numéro de pièce du produit équivalent proposé;
- ii. démontre que l'équivalent proposé est entièrement compatible, interfonctionnel et interchangeable avec les produits spécifiés dans la DRV;
- iii. présente les spécifications complètes avec une documentation technique descriptive pour chaque produit équivalent proposé;
- iv. atteste la conformité de l'équivalent proposé en démontrant qu'il répond aux critères obligatoires de rendement spécifiés dans la DRV;
- v. indique clairement les éléments des spécifications et de la documentation technique descriptive qui démontrent l'équivalence du produit équivalent proposé.

[Traduction]

190. Le Tribunal remarque aussi 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.

191. 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, Siemens 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 » [traduction]⁷⁶. Siemens 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.

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

193. 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.

76. Le Tribunal observe que le témoin de Siemens a déclaré, lors de l'audience tenue dans *Enterasys PR-2009-080*, que les renseignements fournis par TPSGC comptaient pour environ 50 à 60 p. 100 des renseignements requis. Voir *Enterasys PR-2009-080, Transcription de l'audience*, vol. 1, 13 mai 2010, à la p. 221. Compte tenu que 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.

194. Siemens 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 Siemens d'obtenir des renseignements allant au-delà des spécifications génériques minimales (c.-à-d. la version du logiciel et les commandes de configuration de l'équipement demandé), ou que TPSGC l'a informée que l'OCPN n'exigeait pas qu'on lui fournisse certains renseignements. Le Tribunal remarque 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 envisagerait de modifier la procédure d'invitation elle-même⁷⁷.

195. Le Tribunal remarque aussi que, pour les raisons dont il a déjà été question, il n'y avait aucun élément de preuve d'expert admissible permettant de déterminer si, dans les faits, les renseignements prétendument requis étaient effectivement nécessaires ou si les renseignements fournis dans les DRV permettaient une évaluation ou une démonstration des éléments requis de l'article 14.

196. 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 et 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 Siemens.

197. Le Tribunal est ainsi confronté à deux opinions contradictoires exprimées par des « non-experts » : celle de M. Perrier, qui affirme que chaque produit dans une DRV est vérifié pour s'assurer qu'il est bien classé, et celle de M. Weedon, qui affirme qu'au moins un produit dans chaque DRV est mal classé.

198. 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 Siemens fait référence dans les pièces jointes à ses plaintes, 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 demandés⁷⁸.

199. Cela indique qu'il était possible pour le soumissionnaire, dans ce cas, de présenter une soumission recevable à l'aide des renseignements fournis par TPSGC 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.

200. 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.

77. À cet égard, voir par exemple les plaintes PR-2010-056 à PR-2010-058, pièce A aux pp. 7-19 et pièce B aux pp. 7-17.

78. Siemens allègue que le soumissionnaire retenu avait reçu des renseignements supplémentaires qui lui ont permis d'obtenir le contrat.

201. 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 Siemens 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 question⁷⁹.

202. Au cours de la présente enquête, Siemens a présenté des observations supplémentaires et a déposé des éléments de preuve composés de spécifications de produits, de guides et de manuels d'installation de Cisco accessibles au public en vue de démontrer l'impossibilité d'établir l'équivalence en 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.

203. Le Tribunal remarque toutefois que Siemens 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 demandés⁸⁰. De l'avis du Tribunal, cela laisse entendre que Siemens a peut-être présumé à tort qu'il s'agissait d'une tâche impossible pour présenter une soumission recevable.

204. Le Tribunal considère en l'espèce que Siemens 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. Par conséquent, le Tribunal est convaincu que le comportement de TPSGC est conforme à l'article 1013 de l'ALÉNA.

205. En ce qui a trait à l'allégation de Siemens selon laquelle TPSGC a fourni aux fournisseurs titulaires des renseignements supplémentaires qui n'ont pas été communiqués aux autres soumissionnaires, le Tribunal indique que rien ne démontre que cela a été le cas. Le Tribunal estime que le paragraphe 1008(2) de l'ALÉNA exige que les soumissionnaires aient le même accès aux renseignements. Cependant, les 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 conclut que cette allégation n'est pas fondée.

Suffisance des délais

206. À l'égard de la question de savoir si les soumissionnaires de produits équivalents n'ont pas eu suffisamment de temps pour préparer les rapports d'équivalence nécessaires, le Tribunal remarque que 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 sous-traitances à prévoir [...] ».

79. *Enterasys PR-2009-080; Re plaintes déposées par NETGEAR, Inc.* (10 juillet 2008), PR-2008-003 à PR-2008-006 (TCCE).

80. Le Tribunal observe qu'en ce qui concerne les deux DRV qui ont constitué le fondement des plaintes rejetées dans les dossiers n^{os} PR-2010-068 et PR-2010-069, Siemens a utilisé un tel tableau dans chacune de ses soumissions.

207. Cette question est intrinsèquement liée à la question de la disponibilité de renseignements nécessaires pour la présentation de soumissions. Dans des décisions antérieures concernant cette question bien précise, le Tribunal a affirmé qu'il ressortait 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'OCPN⁸¹.

208. Le Tribunal est d'avis que cette disposition a trait aux essais discrétionnaires après soumission pour le nouvel équipement, et TPSGC peut renoncer à cette disposition dans certaines circonstances. Il affirme également que les parties plaignantes ont peut-être mal interprété la nature de la démonstration requise aux termes de l'article 14, de sorte qu'elles ont surestimé le temps raisonnablement nécessaire pour effectuer la démonstration requise.

209. Dans *Enterasys PR-2009-080*, TPSGC a déposé des éléments de preuve qui indiquent qu'il n'y a aucune façon prescrite de démontrer l'équivalence et que les exigences d'équivalence peuvent être remplies à l'aide d'un simple tableau qui compare les fonctionnalités du produit d'appellation commerciale demandé et celles du produit équivalent proposé et d'un document qui explique la façon dont les spécifications techniques du produit équivalent proposé correspondent à celles des produits demandés⁸². Selon ces éléments de preuve, 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 semble exiger, de même qu'une soumission, ne paraît pas déraisonnable. Essentiellement, ces éléments de preuve ont été réitérés pendant l'audience de la présente cause⁸³, et Siemens n'a présenté aucun élément de preuve qui aurait convaincu le Tribunal de changer d'avis à cet égard.

210. En résumé, Siemens 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 cause et que les soumissionnaires ont donc besoin d'un délai supplémentaire. Par conséquent, le Tribunal ne peut 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 accordé aux soumissionnaires pour qu'ils soumettent une proposition après la période normale de quatre jours prévue dans l'OCPN, comme l'avait demandé Siemens pendant la période de soumission.

211. Cependant, le Tribunal a aussi entendu un témoignage qui le mène à croire que le processus d'« équivalence sur papier » [traduction] susmentionné peut ne pas constituer la fin du processus d'équivalence. Il semble que M. Lemieux, témoin expert de TPSGC, ne recommanderait pas l'installation d'un produit, qu'il soit d'appellation commerciale ou équivalent, dans le réseau existant d'un client sans d'abord effectuer d'essais de laboratoire⁸⁴. Cela signifie que même si un soumissionnaire obtient l'« équivalence sur papier », il est fort probable qu'une personne comme M. Lemieux effectuerait des essais de laboratoire supplémentaires avant l'installation du produit dans le réseau en place. Autrement dit, ce témoignage laisse entendre qu'il peut aussi y avoir un essai d'équivalence technique de fait. La nature exacte de cet essai n'est pas tout à fait claire, puisqu'il n'a jamais été réalisé, mais le témoignage de M. Lemieux laisse entendre au Tribunal qu'il est raisonnable de conclure qu'il serait plus strict que les exigences du processus d'« équivalence sur papier ».

81. *Enterasys PR-2009-080* au para. 187.

82. *Enterasys PR-2009-080, Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 14 mai 2010, aux pp. 108, 257-261, 379-383.

83. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 30 novembre 2010, aux pp. 222, 244-246.

84. *Ibid.* aux pp. 256-259, 269, 300, 301, 303, 305, 307, 314, 324.

212. Sur le plan pratique, cela peut avoir des conséquences sur les fournisseurs potentiels qui proposent un produit équivalent. Que se passerait-il, par exemple, si une personne comme M. Lemieux recommandait au ministère client, après avoir effectué l'essai technique de fait, que le produit ne soit pas installé dans le réseau existant? Le produit serait-il retourné au soumissionnaire et la facture impayée en raison du fait que le produit serait maintenant considéré non équivalent, ou TPSGC dirait-il au ministère client qu'étant donné que le produit a obtenu l'« équivalence sur papier », il est obligé de le garder⁸⁵?

213. Compte tenu des circonstances de la présente enquête, le Tribunal est dans l'expectative à l'égard des conséquences possibles des questions soulevées ci-dessus sur l'application et l'interprétation des obligations découlant des accords commerciaux concernant la question de la « suffisance des délais ». Le Tribunal n'a pas entendu d'élément de preuve, de témoignage d'expert ou d'autre affirmation relativement aux questions posées ci-dessus. L'objectif de poser ces questions est de fournir aux parties des lignes directrices sur ce que le Tribunal estime être des questions importantes que ni la présente audience ni l'audience précédente n'ont réglées.

214. Siemens n'a produit 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 cause et que les soumissionnaires ont donc besoin d'un délai supplémentaire. Par conséquent, le Tribunal ne peut 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 Siemens pendant la période de soumission.

215. Les périodes de soumission pour les DRV 783 et DRV 784 ont cependant été moins longues que les quatre jours ouvrables spécifiés dans l'OCPN. TPSGC le reconnaît pour ce qui est de la DRV 784, mais affirme qu'il devait se procurer les produits de façon prioritaire⁸⁶. Le ministère client avait indiqué, dès le 6 août 2010, que les commutateurs en cause étaient absolument nécessaires, affirmant que ces commutateurs particuliers tombaient en panne à un rythme de deux par mois et qu'il n'avait qu'un seul commutateur de rechange. Toutefois, la DRV a été publiée le 19 août 2010, la période d'invitation a clôturée le 24 août 2010, le contrat a été octroyé le 13 septembre 2010 et la livraison, selon la DRV, était prévue dans les 20 jours ouvrables suivant l'adjudication du contrat, soit au plus tard le 3 octobre 2010. Le Tribunal ne comprend pas en quoi, dans ces délais, la décision d'écourter la période de soumission du DRV d'une journée était justifiée.

216. Le Tribunal fait également remarquer que TPSGC n'a donné aucune explication sur les raisons pour lesquelles la période d'invitation pour la DRV 783 a été limitée à deux jours ouvrables partiels et à deux jours ouvrables complets.

217. Par conséquent, TPSGC n'a pas respecté la période d'invitation de « quatre (4) jours ouvrables à compter de la date de la publication de la DRV » précisée dans l'OCPN en ce qui a trait aux DRV 783 et DRV 784, allant ainsi à l'encontre de l'article 1012 de l'*ALÉNA*.

85. *Ibid.* aux pp. 333-335.

86. *Ibid.* à la p. 228.

Classement des marchandises dans la catégorie 1.2

Position de Siemens

218. Siemens soutient que les DRV visent des produits de plusieurs catégories, en dépit des conditions de l'article 14, qui prévoit qu'une DRV distincte sera publiée pour chaque catégorie pertinente (en l'espèce, la catégorie 1.2). Elle allègue que c'est effectivement le cas parce que chaque DRV comprend des produits qui ne sont pas conformes à au moins une des 59 spécifications techniques énoncées à l'appendice A de l'annexe A pour la catégorie 1.2⁸⁷. Siemens qualifie ces 59 critères de spécifications techniques minimales obligatoires que les produits doivent respecter pour être classés dans la catégorie 1.2. Elle soutient que certaines des DRV en cause visent des produits de catégorie 1.1, de même que des produits munis de capacités d'autres classes et catégories, et que, par conséquent, ces DRV auraient dû être publiées en tant que demandes de propositions distinctes à l'extérieur de la procédure des SSER.

219. Siemens soutient que si elle avait obtenu les JT qu'elle avait demandées au cours de l'étape des demandes de renseignements des périodes de soumission par DRV, elle aurait pu signaler ces mauvais classements à TPSGC.

220. En faisant référence à l'exposé de TPSGC selon lequel les 59 exigences techniques de la catégorie 1.2 suffisent pour comparer le produit d'appellation commerciale demandé et le produit équivalent proposé, Siemens soutient que la déclaration de TPSGC contredit la position qu'il avait adoptée précédemment, selon laquelle le classement est établi suivant que l'équipement proposé entre dans la « définition technique » [traduction] (c.-à-d. la description générale de la catégorie), et non qu'il respecte les spécifications techniques énoncées d'après la définition technique.

221. Siemens se fonde également sur les documents préparés par M. Millar, M. Weedon et un autre employé de Siemens qui, DRV par DRV, sont censés désigner les produits particuliers demandés figurant sur les listes de produits à livrer de la plupart des DRV qui ne sont pas conformes aux spécifications techniques présumées obligatoires énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN pour la catégorie 1.2⁸⁸. Cependant, comme il a été mentionné, aucun des auteurs des rapports n'avait les compétences pour donner un témoignage d'expert et, par conséquent, le Tribunal n'accorde aucun poids aux opinions exprimées dans ces documents.

Position de TPSGC

222. TPSGC soutient que les allégations de Siemens 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 Siemens prétend à tort qu'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. TPSGC affirme que la définition technique d'une catégorie diffère des spécifications techniques de cette catégorie et ne les comprend pas, et que les spécifications techniques d'une catégorie ne forment pas, comme le Tribunal l'a affirmé dans sa décision concernant *Enterasys PR-2009-080*, « une partie intégrale » de la définition technique de cette catégorie.

87. Les allégations précises faites par Siemens concernant chaque DRV sont indiquées dans la section « Analyse individuelle des DRV » ci-dessous.

88. Pièce 1 de la plainte concernant les dossiers n^{os} PR-2010-047 à PR-2010-050 et pièce 1 de la plainte concernant les dossiers n^{os} PR-2010-056 à PR-2010-058.

223. TPSGC ajoute que les définitions et spécifications techniques ont des finalités différentes. TPSGC soutient que les spécifications techniques énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN ne s'appliquaient qu'aux soumissionnaires cherchant à se pré-qualifier dans le cadre de l'OCIM en tant que fournisseur potentiel de produits d'une catégorie donnée. Les soumissionnaires devaient proposer un modèle de produit ou une famille de modèles (selon la catégorie) qui respectait toutes les spécifications techniques pour cette catégorie. En ce qui concerne la catégorie 1.2, les soumissionnaires devaient fournir un seul dispositif sur châssis conforme aux 59 spécifications techniques. TPSGC fait valoir que l'obligation de proposer un seul commutateur entièrement conforme aux 59 spécifications techniques faisait en sorte que seuls les soumissionnaires disposant d'équipement de réseau fiable et de grande qualité se voyaient attribuer une offre à commandes de catégorie 1.2. TPSGC affirme que la définition technique sert à des fins différentes. L'article 14 prévoit qu'« [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 FEO, qui entre dans la définition technique de cette catégorie peut être commandé » [traduction]. Autrement dit, dans l'optique de la DRV, c'est la définition technique qui compte, plutôt que les spécifications techniques.

224. TPSGC ajoute à cet égard que, selon une règle élémentaire d'interprétation, un terme ou une expression qui est employé plusieurs fois dans un instrument juridique devrait se voir attribuer le même sens ou un sens similaire dans ses applications variées et que des termes différents ont un sens distinct. Il fait remarquer que dans *Tercon Contractors Ltd.*⁸⁹, la majorité de la Cour suprême du Canada a rejeté une affirmation selon laquelle des termes différents dans des documents d'invitation exprimaient la même idée.

225. 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 ou les vitesses d'accès). TPSGC soutient, à titre d'exemple, que le titulaire d'une OCPN qualifié pour la catégorie 1.2 peut offrir en vente tous les produits figurant dans sa LPP qui offrent à la fois la commutation de RL de couche 2 et le routage IP de couche 3, et peuvent comprendre des modules matériel et logiciel, des lames, etc., comportant une fonctionnalité dans les couches plus hautes, jusqu'à la couche 7.

226. TPSGC soutient que s'il en était autrement, les stocks de commutateurs de RL de catégorie 1.2 figurant sur les LPP des soumissionnaires se limiteraient à de gros dispositifs de réseau dispendieux qui ne comprendraient pas de commutateurs sur châssis indépendants, sans modules de réseau ou sans un module de réseau distinct, puisque, dans un cas comme dans l'autre, ils ne respectent pas toutes les spécifications techniques pour la catégorie 1.2. Il affirme que cela irait à l'encontre de l'objectif de l'offre à commandes des SSER, qui est de permettre aux ministères clients « de mettre à niveau, remplacer et développer les infrastructures de réseau actuelles » [traduction] et non seulement les grands commutateurs d'entreprise sur châssis.

227. TPSGC fait également valoir que la LLP de catégorie 1.2 de Siemens comprend du matériel qui n'est pas conforme aux spécifications techniques de cette catégorie.

89. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] CSC 4 au para. 75.

Analyse

228. Tel que le Tribunal l'a déjà indiqué dans le passé, les accords commerciaux, y compris l'article 1013 de l'*ALÉNA*, exigent que l'institution fédérale soit régie par les modalités énoncées dans la documentation d'appel d'offres pour une invitation donnée⁹⁰.

229. Dans les présentes 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.

230. 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 dans leur totalité les modalités pertinentes énoncées dans l'OCPN et celles des DRV en cause.

231. À cet égard, le Tribunal remarque 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 en particulier. L'article 14 prévoit ce qui suit :

14) Procédure de commande/limitations

Les commandes passées individuellement par l'autorité administrative de la DGSIT (**article 6c**) 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]

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

232. 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. Siemens allègue que toutes les DRV en question contenaient des exigences visant au moins un produit qui ne relevait 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 dans le cadre de 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.

233. En réponse, TPSGC soutient que Siemens 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 respecter 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.

234. Ainsi, tel qu'il l'a déjà indiqué dans l'énoncé des motifs de sa décision dans *Enterasys PR-2009-080*, 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.

235. 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 de Siemens, 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 présentes causes dont le Tribunal est saisi se limitent à la catégorie 1.2.

236. À cet égard, le Tribunal ne voit aucune raison de s'écarter de son analyse et de son exposé des motifs dans *Enterasys PR-2009-080*. Par souci de commodité, l'analyse antérieure 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.

237. Le Tribunal remarque 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, traduction], il n'y a aucune disposition particulière intitulée « définition technique » dans l'OCPN. L'article 14 fait toutefois référence aux « spécifications génériques » [traduction] 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]

238. 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 obligatoires⁹¹.

[Traduction, nos italiques]

239. 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, est 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 accepter de commande d'une autre entité dans le cadre de ces OCIM.

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

(I) Cette OCIM des SSER permettra l'ajout de classes et de catégories d'équipement de réseau lorsque de nouvelles technologies deviendront disponibles. Cela permet aussi davantage de souplesse pour l'achat de tout équipement de réseau offert par un fabricant d'équipement d'origine (FEO) *dans une catégorie spécifique*. Dans les faits, *la liste de prix publiée (LPP) canadiens du FEO fait partie intégrale de l'OCIM dans chaque catégorie d'équipement de réseau pour laquelle ce FEO est admissible*⁹².

[Traduction, nos italiques]

240. 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]

241. L'appendice A de l'annexe A de l'OCPN définit ensuite 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 :

1.2. Catégorie – Commutateurs de RL 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.

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

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

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 multipliants
- 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
 - l. La configuration des commutateurs doit être mise en mémoire dans NVRAM
 - m. Un logiciel de gestion est requis et le soutien SNMP MIB II doit être proposé.
 - n. Indication visuelle nécessaire de l'état du dispositif et des éléments
- 10) Fonctions de sécurité
 - a. Soutenir l'authentification de l'utilisateur conformément à la norme IEEE 802.1X
 - b. Soutenir l'authentification de l'utilisateur au moyen de Radius ou TACACS+
 - c. Filtrage d'adresse MAC, apprentissage et verrouillage MAC
 - d. Chiffrement du mot de passe, protocole SSH (Secure Shell)
- 11) Facultatif : Soutien POE sur tous les ports d'accès – conformément à la norme IEEE 802.af, classe 3
- 12) Information : Proposer des cartes d'interface – réseau disponibles et des modules matériel et logiciel avec fonctionnalité spécialisée.

[Traduction]

242. À l'appui de la position de TPSGC, le Tribunal a entendu le témoignage de M. Oxner, témoin de TPSGC, au cours duquel il a décrit la manière dont les spécifications techniques ont été élaborées et leur fonction visée dans le contexte des SSER :

Pour [les catégories 1.1 et 1.2], nous avons établi une définition technique visant simplement à décrire en quoi ces produits consistent. Par la suite – et tout cela en vue d'évaluer les offrans potentiels – nous avons déterminé le nombre d'exigences techniques pour chacune de ces catégories.

Nous avons donc une définition technique – ce qui correspond à peu près à ce qui devrait entrer dans cette catégorie – à laquelle nous avons ajouté bon nombre des spécifications techniques obligatoires dont il est question aujourd'hui. Bien entendu, la discussion en cours permet de reconnaître que de nombreux produits sont offerts par l'offrant. Lors de l'affichage [de l'appel d'offres] sur MERX [le service électronique d'appels d'offres du Canada], l'idée qui sous-tendait l'évaluation – et cela y était clairement expliqué – était que [l'offrant] devait offrir un de ses produits de gamme Cadillac, pour ainsi dire, de façon à pouvoir satisfaire les exigences techniques rigoureuses que nous avons énoncées à l'appendice A de l'annexe A.

L'idée ici était que si un offrant pouvait nous démontrer qu'il était en mesure de répondre à toutes ces exigences techniques, c'était forcément qu'il avait un produit de qualité qui pouvait dépasser presque n'importe quelle exigence que le gouvernement du Canada pourrait avoir dans cette catégorie particulière. C'était une des seules façons dont nous pouvions procéder parce qu'en fin de compte, une disposition prévoyait que si [l'offrant] pouvait remplir toutes ces exigences rigoureuses, il devait manifestement nous démontrer ces capacités. Il devait soit le faire au moyen des fiches de spécifications techniques accessibles au public ou de résultats d'essais en laboratoire, ou quoi qu'il en soit, c'était exposé dans les critères d'évaluation technique.

[...]

Donc, s'il s'agissait d'un produit qui pouvait répondre à toutes ces exigences techniques et qui respectait aussi la configuration courante d'un point de vue technique et dans les paramètres financiers, l'offre à commandes était alors acceptée dans cette catégorie particulière. Les offres à commandes ont été attribuées pour des catégories données.

Alors, en fin de compte, si l'offrant était retenu, il obtenait une offre à commandes pour, disons, la catégorie 1.1. Une disposition [dans l'OCPN] prévoit que tous les produits qui correspondent à cette définition technique – et c'est clairement indiqué à l'article I A-14, je crois – que tous les produits figurant sur la LPP seraient alors acceptés par le gouvernement du Canada à des fins d'approvisionnement. Bien sûr, ce ne sont pas tous nos clients qui demandent le produit de gamme Cadillac; ils peuvent demander un produit plus bas de gamme, mais c'est la seule façon de nous assurer d'avoir un catalogue de produits bien documenté à offrir à nos clients. L'objectif n'a jamais été que les spécifications techniques soient utilisées pour l'évaluation de chaque DRV reçue. Certes, elles servent de référence lorsque les spécifications génériques et ce genre de chose sont préparées, mais cela ne correspond pas toujours à ce que nos clients ont demandé⁹³.

[Traduction]

243. M. Oxner confirme aussi qu'un commutateur de RL qui entre dans la définition technique d'une catégorie peut posséder une spécification technique indiquée pour une autre catégorie⁹⁴.

244. Compte tenu des dispositions de l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN et en dépit de l'explication de M. Oxner, 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.

245. Premièrement, il ressort du libellé que la description générale de la 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 [...] » [traduction] et, de même, la description générale de la catégorie 1.2 conclut en énonçant ce qui suit : « Les exigences de commutation sont les suivantes [...] » [traduction].

246. 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.

93. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 30 novembre 2010, aux pp. 250-252.

94. RIF, pièce 5, affidavit de M. Oxner au para. 31.

247. Dans son témoignage, M. Oxner déclare que les spécifications techniques représentent le produit de « gamme Cadillac » et que ce ne sont pas tous les ministères clients qui demanderaient un tel produit. Selon M. Oxner, les ministères clients peuvent demander un produit plus bas de gamme, mais cette stratégie d'invitation était la seule façon de s'assurer que TPSGC dispose d'un bon catalogue de produits à offrir aux ministères clients.

248. Sans l'avantage de conseils et d'explications d'experts sur ce que les critères qui suivent représentent, le Tribunal observe que, pour se qualifier, les soumissionnaires devaient répondre à huit critères « de base » dans la catégorie 1.2 : 3a), 3b) et 3c), et 5a), 5b), 5c), 5d) et 5e). Cela semble signifier que, dans les faits, les soumissionnaires devaient dépasser les normes du produit qualifié de « gamme Cadillac », et non que ces normes représentaient une capacité maximale.

249. Le Tribunal remarque que rien dans l'OCPN n'indique que les spécifications techniques que les soumissionnaires devaient respecter ou dépasser pour se voir attribuer une offre à commandes représenteraient le plafond de capacité de la catégorie en question le lendemain de l'attribution des offres à commandes.

250. Il semble également que les soumissionnaires devaient démontrer leurs capacités dans la catégorie 1.2 en offrant un produit qui ne serait en général jamais demandé. Le Tribunal ne met pas en doute la bonne foi de M. Oxner ni le fait que cela ait pu être l'intention lorsque la DOC a été élaborée au départ. Cependant, TPSGC n'a présenté aucun élément de preuve datant de l'époque des faits pour appuyer les déclarations de M. Oxner, et le libellé de l'OCPN n'appuie pas non plus une telle interprétation.

251. 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.

252. Cette conclusion est renforcée par les exemples utilisés dans la définition de la notion de « non-conformité » [traduction] citée dans l'OCPN, 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-respect du ou des protocoles obligatoires » [traduction].

253. 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 ou l'autre, en définitive, les spécifications techniques sont celles qui figurent 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.

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

Analyse individuelle des DRV

255. Avant d'examiner les allégations de mauvais classement de produits faites par Siemens et de déterminer si les produits figurant sur la liste de produits à livrer des DRV en cause ne sont pas conformes à au moins une des spécifications techniques obligatoire énoncées à l'appendice A de l'annexe A de l'OCPN,

le Tribunal observe qu'il incombe à Siemens, à titre de partie plaignante, de démontrer que les produits ont été mal classés. Toutefois, la plupart de ses allégations reposent uniquement sur des affirmations et des opinions non qualifiées auxquelles, pour les motifs déjà exposés, le Tribunal n'accorde aucun poids. Par conséquent, le Tribunal se penche sur la question de savoir s'il y a au dossier d'autres éléments de preuve corroborant les allégations de Siemens.

256. Siemens a fourni différentes fiches techniques et listes de spécifications accessibles au public qui, de son avis, décrivent les caractéristiques et fonctionnalités des produits d'appellation commerciale indiqués dans les DRV en cause⁹⁵. Cependant, sans l'aide d'un expert qui pourrait déchiffrer cette grande quantité de renseignements techniques en vue de déterminer si un produit donné décrit dans ces fiches techniques est conforme aux critères obligatoires de la catégorie 1.2, le Tribunal a été incapable de déterminer si, dans les faits, certains produits dans les DRV ne relèvent pas de cette catégorie. En définitive, le Tribunal doit se contenter de l'assurance exprimée dans le témoignage de M. Perrier, selon laquelle les DRV sont examinées pour s'assurer que les produits sont bien classés⁹⁶.

Dossier n° PR-2010-049 — DRV 773 — catégorie 1.2

257. Siemens allègue que l'article 7 de la DRV 773 est un châssis à sept emplacements de Cisco, mais que la DRV n'indique pas comment les articles 1 à 6 et 8 à 10 seront installés ou configurés. Elle avance l'hypothèse qu'en raison de l'absence d'indication sur l'endroit où les divers modules seraient installés dans le châssis, certains des modules pouvaient être destinés à des châssis nouveaux ou existants. De l'avis de M. Weedon, l'article 6 (le logiciel du système d'exploitation) ne respecte pas une des exigences minimales obligatoires de la catégorie 1.2 (alinéa 7c] des spécifications susmentionnées)⁹⁷. Le Tribunal remarque, par contre, que les opinions de M. Weedon sont irrecevables. Par conséquent, le Tribunal a entendu des points de vue contradictoires de la part de témoins ordinaires, ceux de M. Weedon et de M. Perrier. Par conséquent, Siemens n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que les produits de la DRV 773 ont été mal classés.

PR-2010-050 — DRV 781 — catégorie 1.2

258. Siemens soutient que les articles 3 et 4 de la DRV 781 ne respectent pas l'exigence relative à un produit de commutation de RL sur châssis de couches 2 et 3 parce qu'ils n'a pas de châssis modulaire et ne relève donc pas de la catégorie 1.2. Elle allègue également que les articles 3 et 4 ne sont pas conformes aux exigences minimales obligatoires relatives à la densité de port ou au routage IP de couche 3 nécessaire. Siemens soutient que l'article 1 de la DRV ne répond pas aux exigences minimales obligatoires relatives à la matrice des commutateurs de catégorie 1.2 et qu'il s'agit d'un module pour lequel les vitesses et interfaces ne sont offertes que dans la catégorie 2.2. Cependant, Siemens n'a pas justifié ces allégations. Par conséquent, le Tribunal ne peut conclure que les produits de la DRV 781 ont été mal classés.

PR-2010-056 — DRV 783 — catégorie 1.2

259. Siemens soutient que l'article 4 de la DRV ne respecte pas l'exigence relative à un produit de commutation de RL sur châssis de couches 2 et 3 parce qu'il n'a pas de châssis modulaire et ne relève donc pas de la catégorie 1.2. Elle allègue également que l'article 4 n'est pas conforme aux exigences minimales obligatoires relatives à la densité de port de la catégorie 1.2. Siemens n'a cependant pas justifié ces allégations. Le Tribunal ne peut donc conclure que les produits de la DRV 783 ont été mal classés.

95. Plaintes PR-2010-047 à PR-2010-050, pièces EE et FF, et plaintes PR-2010-056 à PR-2010-058, pièces EE et FF.

96. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 30 novembre 2010, à la p. 232.

97. *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 29 novembre 2010, à la p. 108.

PR-2010-057 — DRV 784 — catégorie 1.2

260. Siemens soutient que l'article 4 de la DRV ne respecte pas l'exigence relative à un produit de commutation de RL sur châssis de couches 2 et 3 parce qu'il n'a pas de châssis modulaire et ne relève donc pas de la catégorie 1.2. Elle allègue également que l'article 4 n'est pas conforme aux exigences minimales obligatoires relatives à la densité de port et à certaines des exigences minimales obligatoires de la catégorie 1.2 (alinéas 7c] et 7g] des spécifications susmentionnées), et que la DRV ne relève donc pas de la catégorie 1.2. Siemens fait également valoir que l'article 1 n'est pas adapté au taux de transmission minimum de la catégorie 1.2 indiqué à la section 5 des spécifications susmentionnées. Enfin, elle soutient que les articles 1, 2, 3, 5, 6, 7 et 8 ne fonctionneraient pas sans un châssis, lequel ne figure pas dans la DRV. Siemens n'a cependant pas justifié ces allégations. Le Tribunal ne peut donc conclure que les produits de la DRV 784 ont été mal classés.

PR-2010-058 — DRV 785 — catégorie 1.2

261. Siemens soutient qu'aucun article dans la DRV ne respecte les spécifications minimales de la catégorie 1.2 ou n'est un commutateur de RL Ethernet sur châssis de couches 2 et 3. En particulier, elle allègue qu'aucun article n'est conforme aux exigences minimales relatives à la densité de port de la catégorie 1.2, que les articles 3, 4 et 5 ne respectent pas les exigences de couche 3 concernant le routage IP, que les articles 3, 4 et 5 ne respectent pas les exigences minimales relatives à la matrice des commutateurs de catégorie 1.2, et que les articles 10, 11, 12, 13, 14, 15 et 16 ne respectent pas les taux de transmission minimums de la catégorie 1.2. Cependant, Siemens n'a pas justifié ces allégations. Le Tribunal ne peut donc conclure que les produits de la DRV 785 ont été mal classés.

Résumé

262. Le Tribunal ne peut accepter les allégations de mauvais classement de produits faites par Siemens concernant les DRV en cause.

MESURE CORRECTIVE ET FRAIS**Position de Siemens**

263. Siemens demande que West Atlantic Systems, à titre de représentante de Siemens, soit indemnisée pour sa perte de profits concernant les cinq DRV. Cette demande est fondée sur les exigences techniques décrites en fonction des spécifications génériques et sur le fait que Siemens aurait dû obtenir les renseignements et le délai supplémentaires qu'elle jugeait nécessaire pour présenter des soumissions pleinement recevables. Siemens est d'avis qu'elle aurait obtenu les contrats puisque ses prix étaient les plus bas⁹⁸.

98. Pièce 1 de la plainte concernant les dossiers n^{os} PR-2010-047 à PR-2010-050 et pièce 1 de la plainte concernant les dossiers n^{os} PR-2010-056 à PR-2010-058. Le Tribunal observe qu'en ce qui concerne les dossiers n^{os} PR-2010-056 à PR-2010-058, Siemens affirme ce qui suit : « [...] le prix des commutateurs de [Siemens] aurait été inférieur à celui de Cisco et Nortel, et dans le cas des DRV 757 et DRV 761 pour lesquelles la marque Cisco avait été utilisée et de la DRV 758(2) pour laquelle la marque Nortel avait été utilisée, tous les contrats liés aux invitations par DRV en cause dans ces plaintes auraient été adjugés à [Siemens] » [traduction]. Les numéros de DRV indiqués font référence aux DRV en cause dans *Enterasys PR-2010-004*, mais le Tribunal suppose que Siemens voulait faire référence aux DRV en cause dans les présentes plaintes.

264. Siemens soutient que si le Tribunal décidait plutôt d'ordonner que les DRV fassent 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.

265. Siemens 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 », 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. Siemens plaide que TPSGC doit 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'ils puissent joindre à leur soumission un rapport d'interfonctionnement.

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

267. Siemens 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 représentante de Siemens.

268. Siemens demande aussi le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à la plainte et que le remboursement de ces frais soit accordés à West Atlantic Systems, à titre de représentante de Siemens.

Position de TPSGC

269. TPSGC soutient que les plaintes en question sont dénuées de fondement et doivent être rejetées. En cas de rejet des plaintes, il demande le remboursement de ses frais et, si les parties ont toutes gain de cause en partie, que le remboursement des frais ne soit accordé à aucune des parties.

Mesure corrective

270. Considérant les similarités entre les conclusions et la décision du Tribunal à l'égard de ces plaintes et sa décision dans *Enterasys PR-2009-080* et 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.

271. 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.

272. 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. Cependant, le Tribunal ne croit pas que TPSGC a agi de mauvaise foi ou que Siemens elle-même a été ciblée ou lésée par les actes de TPSGC.

273. Le Tribunal remarque 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 que Siemens 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.

274. 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 Siemens de présenter une soumission et, peut-être, de se faire adjuger un contrat. Rien ne permet donc de recommander d'indemnisation pour la perte d'occasions de soumissionner ou la perte de profits.

275. Compte tenu des éléments de preuve dont il est saisi, particulièrement de la décision de Siemens d'offrir des produits ne figurant pas sur sa LPP ou de ne pas présenter de soumission du tout, le Tribunal n'est pas en mesure de conclure que Siemens aurait pu se faire adjuger un contrat, quelles que soient les circonstances, pour ce qui est des DRV en cause. Ainsi, le Tribunal ne peut évaluer la probabilité que Siemens se serait fait adjuger un contrat si elle avait soumissionné. Par conséquent, la mesure dans laquelle Siemens a subi un préjudice aurait pu être minime ou même nulle.

276. À l'égard des autres mesures correctives demandées par Siemens, dont sa demande de dommages-intérêts supplémentaires et d'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 Siemens. 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.

Frais

277. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal est autorisé à accorder aux parties plaignantes ou aux institutions gouvernementales le remboursement des frais. En règle générale, le Tribunal n'accordera pas de remboursement des frais lorsque toutes les parties ont gain de cause en partie, à moins que certains facteurs n'imposent un résultat différent⁹⁹. Lorsqu'une plainte n'est fondée qu'en partie, le Tribunal peut recommander que chaque partie supporte ses propres frais¹⁰⁰.

278. Bien qu'il soit conscient d'avoir accordé à Siemens, connue à l'époque sous le nom d'Enterasys, le remboursement de ses frais dans des circonstances passées semblables (c.-à-d. lorsque ses plaintes avaient été jugées fondées en partie), le Tribunal est d'avis qu'il serait inapproprié de le faire en l'espèce. Pour les motifs déjà exposés, la présente enquête a été inutilement compliquée et dispendieuse en raison du comportement inacceptable de Siemens au cours de la procédure, à savoir son défaut de faire entendre M. Millar et M. Ionescu à titre de témoins lors de l'audience, en dépit des attentes du Tribunal et de TPSGC.

99. *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, 2004 C.A.F. 285.

100. *Prudential Relocation Canada Ltd.* (30 juillet 2003), PR-2002-070 (TCCE).

279. Par conséquent, chaque partie doit assumer ses propres frais dans la présente enquête.

DÉCISION DU TRIBUNAL

280. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes sont fondées en partie. Chaque partie assumera ses propres frais en l'espèce.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Stephen A. Leach
Stephen A. Leach
Membre

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre