



Ottawa, le vendredi 12 juillet 2002

Dossier n° PR-2001-066

EU ÉGARD À une plainte déposée par Papp Plastics & Distributing 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 SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

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 la plainte n'est pas fondée.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Papp Plastics & Distributing Ltd. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre président

Susanne Grimes
Susanne Grimes
Secrétaire intérimaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 12 juillet 2002
Date des motifs : Le 18 juillet 2002

Membre du Tribunal : Ellen Fry, membre président

Gestionnaire de l'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : John Dodsworth

Partie plaignante : Papp Plastics & Distributing Ltd.

Conseiller pour la partie plaignante : Paul M. Lalonde

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Ian McLeod
Christianne M. Laizner

Ottawa, le jeudi 18 juillet 2002

Dossier n° PR-2001-066

EU ÉGARD À une plainte déposée par Papp Plastics & Distributing 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 SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 28 février 2002, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a reçu une plainte déposée par Papp Plastics & Distributing Ltd. (Papp) concernant un préavis d'adjudication de contrat (PAC) (invitation n° W8486-013531/B) portant sur l'achat par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), au nom du ministère de la Défense nationale (MDN), d'oculaires en plastique polycarbonate pour les pièces faciales des masques de protection chimique/biologique NCBW, modèle C4.

Papp a soutenu que TPSGC a d'une manière irrégulière adjugé le contrat sous la forme d'un contrat du type à fournisseur exclusif. De plus, elle a soutenu que TPSGC a imposé de nouvelles exigences après la diffusion du PAC, utilisé des spécifications rédigées de façon partielle, tenu une procédure d'appel d'offres et d'évaluation injuste, et accordé un traitement préférentiel à certains soumissionnaires.

Le 5 mars 2002, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de report de l'adjudication de tout contrat relatif à cette invitation à soumissionner jusqu'à ce qu'il ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le 7 mars 2002, TPSGC a avisé le Tribunal qu'un contrat au montant de 76 954,40 \$ avait été adjugé à NBC Team Ltd. (NBC), de Fort Erie (Ontario). Par conséquent, le 18 mars 2002, le Tribunal a rendu une ordonnance annulant son ordonnance de report d'adjudication du 5 mars 2002. Le 2 avril 2002, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 5 avril 2002, le Tribunal a écrit à TPSGC pour obtenir des exemplaires de documents mentionnés par renvoi dans le RIF. Le 8 avril 2002, TPSGC a déposé les documents demandés auprès du Tribunal. Le 22 avril 2002, Papp a déposé des observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 2 mai 2002, TPSGC a demandé l'autorisation de déposer des observations en réponse aux observations, au motif que de nouveaux arguments avaient été soulevés, et a déposé lesdites observations en réponse le même jour. Le 8 mai 2002, Papp a déposé sa réplique aux observations en réponse de TPSGC.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].
3. D.O.R.S./91-499 [ci-après Règles de procédure].

Le 27 mai 2002, le Tribunal a écrit à TPSGC pour obtenir des renseignements supplémentaires. Le 3 juin 2002, TPSGC a déposé auprès du Tribunal les renseignements supplémentaires demandés. Le 10 juin 2002, Papp a répondu au Tribunal qu'une décision rendue sur la foi des renseignements au dossier la satisferait.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Contexte

Au milieu des années 80, le Centre de recherches pour la défense Ottawa a mis au point un nouveau masque de protection devant servir dans des environnements nucléaire, biologique ou chimique, à savoir le masque C4. Le MDN a financé le développement du masque. En 1990, un contrat de production, portant sur 175 000 masques C4, a été adjugé à SNC Defence Products Ltd., maintenant connu sous l'appellation SNC Industrial Technologies Inc. La production a été complétée à la fin de 1993. En 1996, Irvin Aerospace Canada Ltd. (Irvin) a exprimé son intérêt à l'endroit de l'acquisition de la licence de production des masques C4. Le 31 octobre 1996, TPSGC a publié une lettre d'intérêt selon laquelle toute personne intéressée à l'octroi d'une licence afférente à des technologies visant des environnements nucléaire, biologique ou chimique pouvait soumettre ses observations pour fins d'examen par le MDN. Aucun fournisseur n'a exprimé d'intérêt à l'endroit de l'accord d'octroi de licence proposé.

Le 30 octobre 1997, un contrat de licence a été passé entre la Couronne et Irvin.

Le 22 mai 2001, TPSGC a diffusé un PAC concernant l'achat, auprès d'Irvin, d'oculaires pour les pièces faciales des masques C4. Le PAC avisait qu'une stratégie d'approvisionnement non concurrentielle serait appliquée, au motif de « droits exclusifs ». Subséquemment, le 25 mai 2001, Papp a fait opposition au PAC, au motif qu'elle pouvait produire les oculaires. Dans sa réponse, datée du 5 juin 2001, TPSGC a déclaré qu'Irvin vendait les masques C4 en vertu d'un contrat de licence exclusive passé entre la Couronne et Irvin et que, par conséquent, Irvin détenait des droits exclusifs sur la fabrication et la vente des masques C4 et de tous ses composants. La lettre indiquait aussi que si Papp était intéressée à présenter une offre concernant le renouvellement du contrat de licence, elle devait en aviser le MDN.

D'après le RIF, en septembre 2001, Irvin et NBC sont convenues d'un accord de cession du contrat de licence à NBC. La Couronne a accepté la cession du contrat de licence. L'accord de cession a été souscrit le 7 septembre 2001.

Procédure de passation du marché public

Le 28 janvier 2002, TPSGC a diffusé un PAC concernant l'achat, auprès de NBC, d'oculaires pour les pièces faciales des masques C4. Le PAC avisait qu'une stratégie d'approvisionnement non concurrentielle serait appliquée, au motif de « droits exclusifs » et indiquait la date de fermeture prévue du 11 février 2002. Le 8 février 2002, Papp a fait opposition à l'adjudication du contrat à NBC dans le cadre d'un contrat de type à fournisseur exclusif et a affirmé qu'elle était capable de fabriquer les oculaires. Le même jour, TPSGC a répondu à Papp, affirmant que le contrat de licence pour la fabrication et la vente des masques C4 avait été cédé à NBC à la demande d'Irvin et que NBC était l'unique titulaire de licence visant la fabrication et la vente des masques C4 et de tous ses composants. TPSGC et Papp ont échangé des pièces

de correspondance les 13 et 25 février 2002. Le 28 février 2002, Papp a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

Les sections suivantes du PAC sont pertinentes à l'espèce :

Stratégie d'Approvisionnement non concurrentielle : Droits exclusifs

Oculaire, pièce faciale, masque de protection chimique/biologique, verre non opaque/filtrant, en plastique polycarbonate, transparent, forme spéciale, identification du produit fini, masque NCBW, modèle C4, quantité de 8 000 [...]. On propose d'attribuer ce marché à NBC Team Ltd. de Fort Erie (Ontario) [qui] détient un contrat de [licence] pour vendre le masque C4 et les pièces [nécessaires].

Les fournisseurs qui estiment être pleinement qualifiés et prêts à fournir les produits ou les services décrits dans la présente peuvent présenter par écrit un énoncé de capacités à la personne-ressource dont le nom est indiqué dans le présent avis, à la date de clôture au plus tard, qui est aussi précisée dans l'avis. L'énoncé de capacités doit clairement montrer en quoi le fournisseur satisfait aux exigences indiquées dans le préavis.

POSITION DES PARTIES

Position de Papp

Papp a soutenu que l'invitation en question ne portait que sur les oculaires en plastique polycarbonate pour les pièces faciales des masques C4, non sur des masques complets ou des pièces faciales complètes. Elle a en outre soutenu que TPSGC n'a pas fait la preuve que le besoin visé entre dans la portée d'application du contrat de licence et que, à tout le moins, une mesure importante d'ambiguïté subsiste à cet égard.

Papp a aussi soutenu que TPSGC n'a pas fait la preuve que les dispositions sur les droits exclusifs énoncées dans l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁴ et l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵ s'appliquent à l'invitation en question. Elle a fait valoir que tant l'ALÉNA que l'ACI établissent des procédures d'appel d'offres ouvertes en régime de concurrence comme étant la règle générale et que, de ce fait, toute dérogation à ladite règle devait être interprétée de façon étroite. Elle a ajouté que, en conformité avec l'alinéa 506(12)a) de l'ACI, l'existence de droits exclusifs n'est pas suffisante et que les droits exclusifs doivent manifestement placer le fournisseur dans la position où il est le seul fournisseur en mesure de répondre au besoin. Elle a aussi soutenu que TPSGC n'a pas prouvé qu'il n'existe aucun produit ou service «de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant», conformément à l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA. Papp a soutenu que TPSGC a omis de donner une information claire sur le besoin, n'a pas précisé l'une quelconque des «capacités techniques détaillées» et ne lui a pas remis d'échantillon aux fins d'essai. Elle a ajouté que de telles omissions sont contraires aux exigences de transparence prescrites par l'ACI et l'ALÉNA.

Renvoyant à la lettre du 13 février 2002 de TPSGC, Papp a soutenu que TPSGC a fait état de diverses exigences qui ne faisaient pas partie du PAC. Elle a ajouté que, étant donné la position de TPSGC selon laquelle il était impossible d'adjuger le contrat à quelqu'un d'autre que le titulaire de licence aux termes du contrat de licence, l'invitation à déposer les renseignements demandés a constitué une incitation imprudente à une perte de temps et de ressources.

4. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].

5. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fire/it.htm>> [ci-après ACI].

Papp a soutenu que si les exigences énoncées dans la lettre du 13 février 2002 représentent des exigences auxquelles devaient satisfaire les fournisseurs, il semble impossible que le fournisseur actuel, NBC, puisse être conforme étant donné la constitution tardive de NBC, l'absence présumée de certification ISO et une preuve de contrats gouvernementaux au cours des cinq dernières années. Elle a en outre soutenu que TPSGC a fait preuve de partialité en faveur de NBC. Papp a ajouté que TPSGC se sert des droits exclusifs pour se soustraire aux obligations des accords commerciaux.

Papp a aussi soutenu que TPSGC a adopté des spécifications qui créent des obstacles non nécessaires au commerce, en violation de l'article 1007 de l'ALÉNA, en omettant de définir des critères en fonction des propriétés d'emploi plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives et en omettant de permettre l'offre de solutions équivalentes. Elle a ajouté que le comportement de TPSGC en l'espèce indique l'existence de mauvaise foi et d'un mépris délibéré et arbitraire des obligations des accords commerciaux et que, de ce fait, ces actions causent un préjudice à l'intégrité et à l'efficacité de l'ensemble du mécanisme d'achat en régime de concurrence.

Papp a demandé, à titre de mesure corrective, d'être qualifiée à titre de fournisseur potentiel et que le marché fasse l'objet d'un nouvel appel d'offres. Elle a demandé, à titre de mesure corrective de rechange, de recevoir une indemnité d'un montant correspondant aux profits qu'elle a perdus, ce montant devant représenter 10 p. 100 de la valeur du contrat adjugé. Papp a de plus demandé que lui soient versés des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par TPSGC à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'achat en régime de concurrence.

Dans sa réplique du 8 mai 2002 aux observations de TPSGC en réponse à ses observations sur le RIF, Papp a soutenu que l'emploi, qui prêtait à confusion, des mots « pièce faciale », « lentilles » et « oculaires » dans les divers documents ont contribué au caractère ambigu des documents d'appel d'offres utilisés en l'espèce par TPSGC.

En outre, Papp a soutenu que le fait qu'un contrat de licence s'applique aux oculaires ne signifie pas nécessairement que seule NBC est capable de fabriquer un produit concurrentiel ou de remplacement. Il est possible qu'un fournisseur fabrique un oculaire concurrentiel indépendamment du contrat de licence, sans appliquer la propriété intellectuelle sous licence. De ce fait, Papp a soutenu que le fait d'avancer que la Couronne doit satisfaire au besoin en appliquant une stratégie concurrentielle d'appel d'offres ne signifie pas que la Couronne doit nécessairement violer le contrat de licence.

En ce qui a trait à la lettre du 13 février 2002 de TPSGC, Papp a soutenu que TPSGC affirme maintenant que ladite lettre avait pour objet d'informer Papp des exigences qui feront partie d'une invitation future portant sur les oculaires et d'entreprendre un examen de la conformité de Papp aux exigences d'une telle invitation future. Papp soutient que si tel est vraiment la signification de ladite lettre, alors une autre violation, peut-être encore plus troublante, des accords commerciaux est mise en lumière, à savoir, une violation de l'article 1008 de l'ALÉNA.

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que la licence exclusive détenue par NBC pour la fabrication et la vente des masques C4 et leurs composants, qu'Irvin avait cédé à NBC, justifiait l'attribution du contrat à NBC dans le cadre d'un contrat à fournisseur exclusif. NBC est présentement la seule titulaire de licence visant la fabrication et la vente des masques et des composants.

TPSGC a soutenu que la Couronne détient les droits de propriété intellectuelle des masques C4 et de tous leurs composants. Aux termes du contrat de licence, Irvin était détentrice d'une licence pour la fabrication des masques C4 et des composants pour une période de cinq ans, à savoir jusqu'au 30 octobre 2002, et, après la cession du contrat de licence à NBC en septembre 2001, cette dernière détenait une licence exclusive pour la fabrication des masques C4 et de leurs composants.

TPSGC a soutenu que l'attribution du contrat en question à NBC sous la forme d'un contrat du type à fournisseur exclusif était pleinement conforme à l'alinéa 506(12)a de l'ACI et à l'alinéa 1016(2)b de l'ALÉNA. Elle a soutenu que la Couronne a, d'une manière régulière, accordé les droits de licence exclusive à Irvin en vertu du contrat de licence en 1996 et qu'Irvin a cédé lesdits droits de licence exclusive à NBC avec le consentement de la Couronne. TPSGC a soutenu que, au moment de l'achat en question, NBC détenait les droits de licence exclusive et, de ce fait, était l'unique fournisseur en mesure de répondre à la demande d'achat.

TPSGC a demandé le remboursement des frais qu'il a engagés dans la présente affaire.

Dans ses observations du 2 mai 2002, en réponse aux observations de Papp sur le RIF, TPSGC a soutenu que, relativement à l'allégation de Papp selon laquelle le contrat de licence visant les masques C4 ne s'applique pas aux oculaires/lentilles, le contrat de licence visant les masques C4 s'applique à tous les éléments qui composent les masques C4. La lentille, ou l'oculaire, dont il est fait mention dans les documents pertinents, est une partie intégrante d'un masque C4 et est spécifiquement désignée par un numéro de pièce/dessin technique ainsi que par le matériel d'outillage nécessaire à sa production. TPSGC a communiqué une confirmation écrite du MDN que les oculaires dont il était fait mention dans le contrat avec NBC sont des composants intégrants des masques C4 et que le contrat de licence et les accords qui l'ont modifié s'appliquent aux oculaires. En ce qui a trait à la présumée omission de faire la preuve que l'exception visant les « droits exclusifs » prévue à l'ALÉNA et l'ACI s'applique, TPSGC a soutenu que les « droits exclusifs », dans le contexte d'un contrat de licence portant sur des droits de propriété intellectuelle sont, par définition, détenus par un seul fournisseur et que seul un contrat de licence non exclusive peut être accordé à plus d'un fournisseur, ce qui n'est pas le cas du marché public en question. Il a soutenu que NBC détient les droits exclusifs sur la fabrication des masques C4 et de leurs composants, y compris les oculaires/lentilles.

En réponse aux allégations de Papp selon lesquelles les documents d'appel d'offres étaient ambigus et incomplets et selon lesquelles il y avait eu partialité en favorisant un fournisseur particulier et en adjugeant le contrat à un soumissionnaire non conforme, TPSGC a soutenu que, en prémisses, les exigences du paragraphe 506(6) de l'ACI et de l'article 1013 de l'ALÉNA ne s'appliquent pas aux procédures d'appel d'offres restreint tenues conformément à l'alinéa 506(12)a de l'ACI et à l'alinéa 1016(2)b de l'ALÉNA, dont les dispositions sur les procédures d'appel d'offres restreint s'appliquent au marché public en question. Il a ajouté que Papp a fait erreur lorsqu'elle a avancé que l'information demandée par TPSGC représentait des exigences de l'invitation. De fait, TPSGC a affirmé que le PAC a annoncé les seules exigences de ladite invitation. Il a ajouté que la lettre du 13 février 2002 exigeait clairement une preuve des droits de propriété intellectuelle au titre d'exigences assorties à l'invitation en question et, de plus, demandait d'autres renseignements à Papp en vue de la qualification de fournisseurs aux fins d'achats futurs. TPSGC envisageait le fait que tout marché public futur portant sur les masques C4 et leurs composants, après le 30 octobre 2002, ne serait pas soumis à l'accord d'octroi de licence exclusive. Il a soutenu que l'allégation selon laquelle NBC n'était pas conforme aux exigences de l'invitation était dénuée de fondement.

Quant au présumé emploi des « droits exclusifs » en vue de se soustraire aux obligations des accords commerciaux, TPSGC a soutenu que l'argument en ce sens était frivole, vexatoire et non corroboré par les éléments de preuve. Il a précisé la nature du processus depuis 1996, ainsi qu'il a déjà été indiqué.

Relativement à l'allégation de Papp selon laquelle il y aurait eu renvoi irrégulier à un produit particulier ou à un fournisseur particulier, contrairement à l'article 1007 de l'ALÉNA, TPSGC a soutenu que l'exigence en question prévue à l'ALÉNA quant au contenu des spécifications techniques ne s'applique que lorsque les spécifications techniques servent dans le contexte d'une procédure ouverte ou sélective d'appel d'offres. Il a ajouté que de telles exigences ne s'appliquent pas dans le contexte des procédures d'appel d'offres restreint appliquées en vertu de l'article 1016, des procédures dans lesquelles les spécifications techniques ne sont pas employées. TPSGC a soutenu que les accords commerciaux ne prescrivent pas le recours aux « spécifications techniques » dans les procédures d'appel d'offres restreint.

TPSGC a soutenu que les allégations de mauvaise foi et de conduite irrégulière eu égard à ses obligations aux termes des accords commerciaux sont dénuées de fondement. Il a réitéré que le marché public répondait aux conditions visant les procédures d'appel d'offres restreint énumérées au paragraphe 506(12) de l'ACI et à l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables qui, en l'espèce, sont l'ALÉNA et l'ACI.

Le Tribunal accueille les éléments de preuve produits par TPSGC et selon lesquels les oculaires sont visés par la licence exclusive. Il accueille aussi les éléments de preuve selon lesquels la licence exclusive a fait l'objet d'une cession régulière à NBC. Il ne s'est pas agi d'une situation où la durée de validité de la licence d'Irvin était expirée et où la Couronne a choisi une société au titre de titulaire de licence pour la période subséquente. Si tel avait été le cas, la question à savoir si une procédure concurrentielle régulière avait été appliquée aurait pu se poser. Au contraire, la situation en l'espèce est que la licence a simplement été cédée à NBC pour le reste de la période de validité de la licence d'Irvin. Même si, aux termes du contrat de licence, le consentement de la Couronne était nécessaire pour qu'il soit permis à Irvin de céder ladite licence, le contrat de licence porte qu'un tel consentement ne doit pas être refusé d'une manière déraisonnable⁶. Par conséquent, le Tribunal estime que la Couronne n'était pas libre d'offrir le reste de la période de validité de la licence d'Irvin dans le cadre d'une procédure concurrentielle.

La question centrale est celle de savoir si TPSGC avait le droit d'attribuer le marché public sous la forme d'un contrat du type à fournisseur unique.

Le paragraphe 506(12) de l'ACI prévoit, notamment, que « [l]orsqu'un seul fournisseur est en mesure de satisfaire aux conditions du marché public, une entité peut utiliser des procédures de passation des marchés publics différentes de celles décrites aux paragraphes 1 à 10, dans les circonstances suivantes : a) [...] pour assurer le respect des droits exclusifs tels des droits d'auteur ou des droits fondés sur une licence ou un brevet ».

6. Voir le RIF, pièce 3, section 16, paragraphe A.

Le paragraphe 1016(2) de l'ALÉNA prévoit, notamment, qu'«[u]ne entité pourra utiliser les procédures d'appel d'offres limitées dans les circonstances et sous réserve des conditions suivantes, le cas échéant : [...] b) lorsque, [...] pour des raisons liées à la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs ou de renseignements de nature exclusive [...] les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant ».

Dans l'examen de la question susmentionnée, le Tribunal renvoie à la décision qu'il a rendue dans le dossier n° PR-96-037⁷, qui porte, notamment, ce qui suit :

Le Tribunal est d'avis qu'il convient d'interpréter au sens étroit les exceptions à la procédure d'appel d'offres en régime de concurrence. S'il est déposé des éléments de preuve qui indiquent qu'un appel d'offres restreint n'est pas justifié, il incombe aux ministères du gouvernement de démontrer qu'il est correct, en fait et en droit, de recourir à de telles exceptions. Comme l'énonce une décision de la Commission de révision des marchés publics du Canada, [...] *Econaire (1984) Inc. et Environmental Growth Chambers, Ltd.* [...] : « Il n'appartient pas au plaignant de prouver qu'un cas doit faire l'objet d'un appel d'offres. Les appels d'offres sont la norme – la condition essentielle normale de la règle. C'est au gouvernement de prouver qu'il doit avoir recours à un appel d'offre[s] unique »⁸.

Bien que la situation dans *Sybase* ait été légèrement différente de celle qui prévaut en l'espèce, le Tribunal est d'avis que les principes décrits ci-dessus trouvent également leur application dans le cas présent.

Par conséquent, le Tribunal est d'avis que, pour avoir le droit de passer le présent marché public sous la forme d'un contrat du type à fournisseur unique, aux termes du paragraphe 506(12) de l'ACI, TPSGC doit prouver que seule NBC est en mesure de satisfaire aux exigences du marché public et qu'il faut procéder par attribution d'un contrat à fournisseur unique pour assurer le respect des droits exclusifs assortis au contrat de licence, tels qu'ils ont été modifiés et cédés. D'une façon similaire, pour avoir le droit d'attribuer un contrat du type à fournisseur unique aux fins de la passation du présent marché public aux termes du paragraphe 1016(2) de l'ALÉNA, TPSGC doit faire la preuve que, pour des raisons liées à la protection des droits exclusifs assortis au contrat de licence, tel qu'il a été modifié et cédé, les oculaires ne peuvent être fournis que par NBC et qu'il n'existe pas de solution de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante. Eu égard à la fois à l'ACI et à l'ALÉNA, l'existence de droits exclusifs ne signifie pas automatiquement que TPSGC a le droit de procéder auprès d'un fournisseur unique, étant donné que, dans certains cas, il pourrait être possible d'ouvrir un marché public à la concurrence sans porter atteinte aux droits exclusifs.

Papp a avancé que, à la lumière des renseignements disponibles, elle pouvait fournir les oculaires et pourrait être en mesure de le faire sans violer le contrat de licence. Elle a soutenu que, même si la fabrication des oculaires peut exiger un outillage particulier, elle dispose des moyens techniques pour concevoir et fabriquer un tel type de produit. Elle a fait valoir que TPSGC aurait dû lui fournir un échantillon des oculaires et des spécifications techniques, comme elle le lui a demandé, pour qu'elle puisse vérifier si elle pouvait produire les oculaires sans violer le contrat de licence⁹. Comme Papp l'a déclaré dans ses observations sur le RIF, « un échantillon et les spécifications techniques sont nécessaires pour pouvoir confirmer si Papp peut produire les marchandises ou, sinon, confirmer que seul le fournisseur qui détient les

7. *Re plainte déposée par Sybase Canada* (30 juillet 1997) (TCCE) [ci-après *Sybase*].

8. *Ibid.* à la p. 11.

9. Plainte, onglet 4.

droits de propriété intellectuelle assortis au contrat de licence peut les produire »¹⁰ [traduction]. Les éléments de preuve indiquent que TPSGC n'a communiqué ni l'échantillon ni les spécifications techniques demandés.

Toutefois, le Tribunal accueille les éléments de preuve et les observations de TPSGC selon lesquels la Couronne est propriétaire du seul moule pour les oculaires, ainsi que de l'outillage de production spécial nécessaire pour adapter correctement les oculaires aux pièces faciales des masques C4, que NBC est en possession desdits articles en vertu du contrat de licence et du premier accord modificateur, et que les dimensions des oculaires du masque C4 font aussi partie de l'ensemble technique inclus dans le contrat et l'accord susmentionnés. Par conséquent, le Tribunal accueille les observations de TPSGC selon lesquelles un oculaire fabriqué par un fournisseur qui n'aurait pas recours à cette propriété intellectuelle détenue par la Couronne ne serait pas une solution de rechange satisfaisante relativement aux oculaires du masque C4, lesdites observations ayant souligné les répercussions possibles sur la sécurité du personnel se servant dudit masque.

Par conséquent, le Tribunal est d'avis que TPSGC a prouvé qu'il a le droit de passer le marché public sous la forme d'un contrat du type à fournisseur unique aux termes tant du paragraphe 506(12) de l'ACI que du paragraphe 1016(2) de l'ALÉNA. Le Tribunal détermine donc que la plainte n'est pas fondée.

Toutefois, même s'il a conclu que la plainte n'est pas fondée, le Tribunal est d'avis qu'il convient d'accorder des frais à Papp.

Pour arriver à sa décision concernant les frais, le Tribunal a tenu compte, en premier lieu, de l'existence de deux éléments d'information importants qui, si TPSGC les avait communiqués à Papp, auraient bien pu éviter le dépôt de la plainte. Le dossier n'indique pas que les éléments d'information susmentionnés aient été communiqués à Papp avant le dépôt de la plainte. Il s'agit des éléments d'information suivants :

- Le fait que le contrat de licence a été cédé à NBC pour le reste de la période de validité de la licence initiale, non pas à titre de nouvelle licence, et que ce genre de cession était prévu aux termes du contrat de licence initial, comme il a déjà été indiqué.
- Une justification, par TPSGC, du recours à un fournisseur unique, ainsi qu'il a déjà été discuté.

En vérité, la lettre du 13 février 2002 de TPSGC à Papp aurait pu raisonnablement porter Papp à conclure que, de l'avis de TPSGC, cette dernière était en mesure de satisfaire aux exigences du marché public, malgré l'existence d'une licence exclusive et, donc, qu'une procédure fondée sur le recours à un fournisseur unique n'était pas justifiée. TPSGC a soutenu que la partie suivante de sa lettre du 13 février 2002 se rapporte au marché public en question : « Veuillez me communiquer des documents qui prouvent que vous détenez les droits de propriété intellectuelle visant la fabrication des oculaires en question et que vous avez l'expérience de la fabrication d'oculaires utilisés dans des masques de protection NBC [nucléaire, biologique et chimique] qui protégeront le soldat des retombées NBC, sans entraver sa vision » [traduction]. À ce moment, TPSGC savait que les oculaires étaient visés dans le contrat de licence et, donc, que Papp ne pouvait faire usage des droits de propriété intellectuelle visés par ledit contrat de licence. Il serait donc raisonnable de déduire que lorsque TPSGC a demandé dans sa lettre à Papp de prouver qu'elle détenait les droits de propriété intellectuelle requis, TPSGC devait renvoyer à d'autres droits de propriété intellectuelle que ceux visés par le contrat de licence. Autrement dit, le 13 février 2002, TPSGC semblait

10. Observations de Papp sur le RIF, partie II, para. 17.

admettre la possibilité que Papp puisse détenir des droits de propriété intellectuelle suffisants pour fabriquer les oculaires, même si ces droits différaient des droits accordés aux termes du contrat de licence.

Pour arriver à sa décision concernant les frais dans la présente affaire, le Tribunal a aussi examiné la façon dont TPSGC a communiqué les renseignements et les documents au cours de la présente enquête. Aux termes des alinéas 103(2)c) et e) des Règles de procédure, le RIF doit comprendre « les autres documents pertinents » à la plainte, ainsi que « tout autre élément de preuve ou renseignement qui puisse s'avérer nécessaire au règlement de la plainte ».

Les droits visés dans le contrat de licence et sa cession à NBC sont au cœur de l'objet de la présente plainte. Par conséquent, il est clair que le contrat de licence, l'accord de cession et toute modification à ce contrat et à cet accord sont hautement pertinents à la plainte. Aux termes du paragraphe 103(2) des Règles de procédure, TPSGC aurait dû communiquer tous ses documents dans le cadre du RIF. Cependant, le RIF, de fait, ne comprenait qu'une partie du contrat de licence et, bien qu'il ait compris l'accord de cession, une partie dudit accord de cession n'a pas été rendue publique. Le RIF ne comprenait pas de modificatifs du contrat de licence.

À l'examen du RIF, le Tribunal a découvert l'existence d'un premier accord modificateur du contrat de licence. Le Tribunal a alors demandé une copie du premier accord modificateur, ainsi que les parties du contrat de licence et de l'accord modificateur qui n'avaient pas été rendues publiques. Lorsque TPSGC a répondu à cette demande, il n'a pas fait mention de l'existence du deuxième accord modificateur, un autre accord assorti au contrat de licence. Le fait n'a été porté à l'attention du Tribunal qu'environ trois semaines plus tard lorsque TPSGC a renvoyé au deuxième accord modificateur en réponse à de nouvelles questions soulevées dans les observations de Papp sur le RIF.

Le Tribunal est donc d'avis que TPSGC ne s'est pas pleinement conformé au paragraphe 103(2) des Règles de procédure qui prescrivent de communiquer au Tribunal les documents pertinents à la plainte. Ce retard à communiquer au Tribunal les documents pertinents a donné lieu à une procédure d'enquête plus longue et plus complexe qu'elle ne l'aurait autrement été.

Par conséquent, à la lumière de ce qui précède, le Tribunal a décidé d'accorder des frais à Papp.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Papp les frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président