



AFFAIRE INTÉRESSANT

**Une plainte de
Blowey-Henry (Wholesale) Ltd.
du 11905, 111e avenue
Edmonton (Alberta)**

**N° du greffe de la
Commission :
E90PRF6638-021-0002**

ET

**La Loi de mise en oeuvre de
l'Accord de libre-échange,
Partie II, art. 15,
L.C. 1988, ch. 65.**

le 8 mai 1990

DÉCISION DE LA COMMISSION

Il s'agit d'une plainte concernant la demande de soumissions pour une offre permanente individuelle et régionale (OPIR), accordée par le bureau d'approvisionnement de district du ministère des Approvisionnements et Services (MAS) à Calgary, le 26 février 1990, à Simco Furnishings Alberta Ltd. (Simco) du 1800, 4e rue ouest, Calgary (Alberta).

L'OPIR appuie un programme d'aide à l'adaptation de réfugiés, exploité par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, et lui permet de faire appel au fournisseur, selon les besoins, pour se procurer certains meubles et appareils ménagers, pour le compte de réfugiés nécessiteux vivant dans les environs de Red Deer, en Alberta.

La plaignante, Blowey-Henry (Wholesale) Limited, a été le soumissionnaire retenu pour cette OPIR, laquelle est lancée annuellement (il n'y avait pas d'option de renouvellement), depuis plusieurs années. Toutefois, en raison de l'institution, en 1989, de l'Accord de libre-échange

(ALÉ), le gouvernement a modifié sa méthode d'appel d'offres pour ce qui est de cette OPIR, on recourt non plus à la "demande de soumissions sélective" (c.-à-d. par voie de consultation des listes de fournisseurs où figurait le nom de Blowey-Henry (Wholesale) Ltd.), mais à la politique de l'ALÉ qui favorise la "demande de soumissions ouverte" - où il s'agit de publier des avis d'appel d'offres, à l'égard duquel tout fournisseur intéressé peut faire des soumissions.

Blowey-Henry se plaint : (a) qu'elle n'avait pas été avisée de ce changement de politique, qu'elle n'était donc pas au courant de la tenue du concours et qu'elle n'avait par conséquent pas eu la possibilité d'essayer d'obtenir l'OPIR et (b) qu'elle aurait dû être personnellement avisée de ce marché.

Le rapport de l'institution gouvernementale rédigé en réponse à cette plainte ne présente qu'une brève chronologie des mesures d'adjudication prises, qui ont entraîné l'octroi de l'offre à Simco et il ne donne pas pleinement suite à la teneur en substance de la plainte. Toutefois, l'enquête a montré que six fournisseurs intéressés ont demandé la documentation de l'offre à la suite de la publication le 3 janvier 1990 dans Marchés publics (MP), d'un Avis de projet de marché (APM). Cet APM avait été publié conformément aux dispositions de l'ALÉ entre le Canada et les États-Unis, mises en application par la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, Partie II, L.C. 1988, ch. 65.

À la date de fermeture des offres, le 15 février 1990, une seule offre avait été reçue ..de Simco.. et, à la suite d'une évaluation ayant démontré que la soumission était conforme et les prix raisonnables par rapport aux prix payés l'année précédente, le MAS a accordé l'OPIR à Simco, le 26 février 1990.

Dans sa réponse au rapport du MAS, la plaignante n'a pas du tout fait allusion à la méthode d'adjudication employée par le MAS. Elle a plutôt prétendu tirer une conclusion imprécise et non étayée de la soi-disant proximité entre ses prix et ceux du soumissionnaire retenu, [TRADUCTION] "... au sujet de l'intégrité d'un système qui donne des résultats de cette nature".

L'enquête

Les allégations contenues dans cette plainte, ainsi que la réponse du gouvernement à ces allégations et les commentaires de la plaignante concernant la réponse du gouvernement, ont fait l'objet d'enquêtes menées par voie d'entrevues et d'examen des documents émis par le MAS. Le dossier original du contrat a été envoyé au responsable de l'enquête.

Un certain nombre de particulier ont été interrogés par téléphone; il s'agissait de confirmer diverses déclarations faites et (ou) contenues dans les documents examinés. On peut mentionner : M. Michael Clare, du MAS (agent de négociation des contrats); M. Richard Tuttosi, du MAS (chef du service des achats et superviseur de l'agent de négociation des contrats), tous deux de Calgary; Mme Goreta Salm, du MAS (Bureau des relations ministérielles, région de l'Alberta et des T.N.-O.), d'Edmonton, ainsi que Mme Maureen Farrington, du MAS (Direction générale des affaires publiques), de la région de la Capitale nationale.

Le rapport que ses enquêteurs ont présenté à la Commission contient un certain nombre d'annexes relatives aux pièces et documents qu'ils jugent pertinents comme fondement du rapport. La présente décision ne mentionne pas de façon particulière tous ces documents justificatifs, mais ceux-ci sont à la disposition de toutes les parties, selon les besoins, et, sous réserve des dispositions de la Loi sur l'accès à l'information, à toute autre personne.

Comme l'enquête a mis au jour assez de renseignements pour permettre à la Commission, selon son propre avis, de régler les questions soulevées par la plaignante, il a été jugé inutile de tenir une audience formelle dans l'affaire à l'étude. Dans ses conclusions, la Commission a tenu compte du rapport du personnel chargé de l'enquête et a fondé ses constatations et ses décisions sur les faits communiqués dans ledit rapport dont les parties pertinentes sont mentionnées dans la présente décision.

La plainte

De fait, la plainte initiale porte sur les conséquences d'un changement dans les pratiques du processus de demande de soumissions. Plus particulièrement, la plaignante soutient:

- a) qu'elle n'a pas été prévenue du changement dans les pratiques;
- b) qu'elle aurait dû être personnellement avisée de la demande de soumissions;
- c) finalement, que l'intégrité du système peut être mise en doute.

Le changement dont il est question est la conversion d'un système d'appel d'offres sélectif à un système ouvert, ce dernier découlant de l'Accord de libre-échange entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Le nouveau système est beaucoup plus ouvert et transparent pour tous les fournisseurs que l'ancien ... et pourtant la plaignante soutient apparemment que le MAS a été injuste à son égard en abandonnant les anciennes pratiques moins ouvertes ou, à tout le moins, en ne l'avisant pas personnellement de cette demande de soumissions précise.

Examinons d'abord ce deuxième point (concernant l'avis personnel). Il s'agit ici de déterminer si le gouvernement s'est déjà engagé, explicitement ou implicitement, à toujours prévenir Blowey-Henry lorsqu'il comptait lancer l'appel d'offres annuel pour cette OPIR. La réponse à cette question modifierait complètement la signification juridique de l'inscription sur la liste de fournisseurs du gouvernement; en outre, le fait que le gouvernement ait pu avoir, à plusieurs reprises, des contacts avec la société Blowey-Henry pour l'aviser personnellement des appels d'offres pourrait avoir des conséquences et il faudrait alors déterminer si ces contacts constituent un comportement suffisant pour que l'entreprise puisse raisonnablement s'attendre que cette pratique continue et ne soit pas changée par l'une des parties au détriment de l'autre sans qu'un avis suffisant soit donné.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question soulevée à ce propos par la plaignante parce que, comme le montreront les faits relevés pendant l'enquête, le processus d'adjudication n'a pas été effectué au moyen de listes de fournisseurs, et la question de savoir si une pratique avait été établie qui constituerait, en droit, un comportement susceptible de créer les attentes mentionnées ci-dessus ne se pose pas. La véritable question est plutôt celle que la plaignante a soulevée dans son premier point, à savoir si elle avait été prévenue du changement de procédure.

Examinons maintenant ce point. L'enquête révèle que, de fait, le gouvernement a pris un certain nombre de mesures pour aviser ses fournisseurs, tant ceux de sa liste de fournisseurs que les fournisseurs éventuels dans le secteur commercial en général, des changements qu'il apportait à ses politiques, pratiques et procédures d'adjudication.

Plus particulièrement, au début de 1989 (en janvier, février et mars), le MAS, par l'entremise de sa Direction générale des affaires publiques, de la Direction de la gestion des données et de l'information sur les statistiques (DGDIS) et du Centre d'édition du gouvernement du Canada, a mené une campagne d'information sur la mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange et ses répercussions sur les pratiques et les procédures concernant les marchés publics. Cette campagne visait l'ensemble du Canada, que les marchés viennent de l'Administration centrale ou des bureaux régionaux.

Dans le cadre de la campagne, de nombreuses mesures ont été prises afin de garantir que la gamme la plus vaste possible de fournisseurs intéressés soient sensibilisés aux nouvelles procédures. Le MAS a fourni les détails de la campagne qui comprenait notamment les éléments suivants:

- a) Publication d'un numéro spécial du bulletin «Le fournisseur» (bulletin d'information du MAS à l'intention des fournisseurs utilisé comme principal organe de communication des nouveaux projets et des nouvelles procédures et politiques). Ce bulletin a été distribué en février 1989 à 90 000 fournisseurs inscrits sur les listes du MAS. Le nom de la plaignante était parmi ceux-là.
- b) En février et mars 1989, une campagne de publipostage visant 150 000 fournisseurs canadiens inscrits sur une liste d'envoi Dun and Bradstreet a été mise en oeuvre. La publicité portait sur la modification des procédures, plus particulièrement sur la mise en oeuvre du libre-échange et le recours à la revue Marchés publics (MP) pour demander des soumissions. Selon le MAS, Blowey-Henry et son siège social, Moussa and Sons Enterprises Ltd., figuraient sur la liste.
- c) Au début de 1989, le MAS a joint un dépliant d'une page à chaque dossier de soumission envoyé aux fournisseurs (environ 350 000 dépliantes). Ils portaient là encore sur la question du libre-échange et comportaient un coupon d'abonnement aux MP. Les associations de commerçants ont elles aussi reçu une copie de ce dépliant. Vers

le mois de juillet de la même année, les bureaux régionaux ont eux aussi distribué un dépliant d'une page aux fournisseurs inscrits sur leurs propres listes fondamentalement pour leur indiquer que ces listes ne seraient plus utilisées dorénavant pour les demandes visées par le libre-échange.

- d) Vers la fin de mars ou le début d'avril, un numéro de promotion des MP a été envoyé à tous les fournisseurs figurant sur la liste du MAS.
- e) Des annonces ont également été publiées chaque jour, chaque semaine ou chaque mois dans les journaux, y compris le Financial Post et le Report on Business du Globe & Mail.
- f) Le MAS a organisé et tenu des colloques à l'intention des fournisseurs et des associations commerciales, etc., à plusieurs endroits au Canada. Le Centre de promotion des relations avec les fournisseurs était responsable de ce projet.
- g) Au cours de la période de transition, soit du 1^{er} janvier au 30 juin 1989, l'utilisation de la liste de fournisseurs du MAS a été permise pour compléter la procédure d'appel d'offres ouvert. Tous les envois de publipostage contenaient un message proposant aux fournisseurs de s'abonner aux MP étant donné qu'à compter du 1^{er} juillet 1989 le MAS n'aurait plus recours à des listes de fournisseurs pour les appels d'offres concernant la plupart des marchés régis par le GATT ou l'ALÉ.

Par conséquent, il devient évident qu'en réalité la conversion aux nouvelles procédures a débuté l'an dernier, et c'est à cause de ce dernier point (c.-à-d. l'utilisation temporaire des listes de fournisseurs pour compléter les Avis de projet de marché) que la plaignante a de fait bel et bien reçu un avis (avec le dossier de soumission) au début de 1989 de l'appel d'offres permanentes pour lequel elle a été retenue cette année-là. Il semble également vraisemblable qu'elle ait reçu l'un des dépliants envoyés avec les dossiers de soumission et expliquaient les changements apportés cette année-là à la méthode d'adjudication.

Manifestement, rien dans ce qui précède n'établit concrètement que la plaignante a réellement reçu un avis de ces changements. Toutefois, il est démontré que le gouvernement a pris toute une gamme de mesures, de fait une campagne polyvalente multimédia, adaptées et aptes à porter les détails de ces changements à l'attention du plus grand nombre possible de

fournisseurs canadiens. Il n'existe aucune disposition précise dans la loi, y compris le Code du GATT relatif aux marchés publics, ni aucune politique ou procédure qui décrive la méthode que le gouvernement doit suivre pour apporter de telles modifications à ses procédures. Donc, il n'y a pas de règle ni d'obligation établies que le gouvernement pourrait être accusé de ne pas avoir respectées. Néanmoins, et compte tenu du fait qu'il était naturellement à l'avantage du gouvernement de faire connaître le plus largement possible ces changements, la Commission estime que le gouvernement a pris toutes les mesures raisonnables pour les porter à l'attention de tous les intéressés éventuels et, par conséquent, qu'il a rempli toute obligation morale qui pourrait être avancée quant à la nécessité de prendre de telles mesures dans un cas de ce genre.

Avant de clore cette question, il importe de remarquer qu'il ne conviendrait pas de donner à la plaignante un avis spécial concernant l'adjudication, ce qui irait à l'encontre des exigences de l'article 1305.2 de l'Accord de libre-échange en vertu duquel le gouvernement est tenu d'accorder le même accès aux renseignements préalables à l'appel d'offres et les mêmes possibilités de concurrence à toutes les entreprises. Si un avis spécial était donné à un concurrent, comme le voudrait la plaignante, les autres concurrents seraient traités inégalement, ce qui serait inacceptable.

Finalement, la Commission estime qu'elle devrait commenter la dernière allégation contenue dans la plainte, soit la grande comparabilité des prix de Blowey-Henry et de ceux des entreprises retenues, ainsi que la conclusion qu'on peut en tirer [TRADUCTION] "...concernant l'intégrité d'un système qui donne des résultats de ce genre". Les enquêteurs de la Commission ont examiné la possibilité que les prix offerts lors de l'offre permanente précédente accordée à la plaignante aient été communiqués à l'entreprise retenue ou à tout autre soumissionnaire, mais n'ont mis au jour aucune preuve à cet effet. Par souci de confidentialité, il n'est pas souhaitable d'indiquer en détail ces barèmes de prix dans la présente décision; cependant, après les avoir elle-même examinés, la Commission n'est pas convaincue que les prix soit assez comparables pour qu'il soit justifié de conclure que l'adjudicataire les connaissait au moment où il a présenté l'offre retenue. Sur 20 articles, deux avaient le même prix et tous les autres différaient, certains étant plus élevés, d'autres plus bas. Pour cette raison et parce que la plaignante n'a pu étayer ses allégations si ce n'est par des conjectures, l'enquête sur ce point n'a pas été poussée plus loin.

La Commission conclut par conséquent qu'aucune des allégations soulevées dans la présente plainte n'a été prouvée et, en conséquence, la Commission décide ce qui suit:

DÉCISION

La Commission statue, en se fondant sur son enquête, que la présente plainte n'a aucun fondement valable et, en application de l'article 33 du Règlement sur la Commission de révision des marchés publics, rejette la plainte.

Gerald A. Berger

Gerald A. Berger

Président

Commission de révision

des marchés publics du Canada