



AFFAIRE INTÉRESSANT

**Une plainte de
Bio-Temp Scientific Inc.
du 7555 Commerce Court
Sarasota, Floride 34243 É.-U.**

**N° du greffe de la
Commission :
E90PRF66W9-238-0003**

ET

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

le 1^{er} juin 1990

DÉCISION DE LA COMMISSION

Il s'agit d'une plainte concernant l'adjudication d'un marché le 5 mars 1990 par Sa Majesté la Reine, représentée par le ministère des Approvisionnements et Services (MAS), en faveur de Burnsco Technologies Inc. (Burnsco), de Woodlawn, en Ontario. Ce marché est d'une valeur de 140 522,00 \$ et concerne la réalisation d'une chambre d'essais thermiques et climatiques dont l'intérieur doit mesurer un mètre cube environ et être facile d'accès; de plus, on doit pouvoir y faire varier les conditions thermiques et climatiques afin de simuler, en tests de laboratoire, les conditions auxquelles sont soumis certains produits et matériaux dans la pratique. L'utilisateur prévu est une unité de génie du Centre d'essais techniques (terre) (CETT) du ministère de la Défense nationale (MDN), dont les locaux sont situés au Conseil national de recherches, chemin de Montréal, à Ottawa.

La plaignante est Bio-Temp Scientific Inc. (Bio-Temp) de Sarasota, en Floride. En substance, elle allègue dans sa plainte qu'elle était le plus bas soumissionnaire, que sa proposition était totalement conforme aux exigences et qu'elle aurait dû obtenir le marché.

La plainte est conforme aux exigences établies par le Règlement (CP 1988-2865 du 30 décembre 1988 -DORS/89-41) de la Commission de révision des marchés publics (CRMP ou la Commission) quant à la façon de porter plainte à la Commission et, après qu'on lui ait envoyé une copie de la plainte, le MAS a déposé le rapport de l'institution fédérale prévu au règlement et la plaignante a par la suite déposé ses commentaires au sujet de ce rapport.

Comme le marché avait déjà été accordé à Burnsco, la Commission n'avait pas compétence pour retarder l'attribution du marché (en vertu de l'alinéa 16(1)b) de la Loi de mise en oeuvre de l'accord de libre-échange (la Loi). Comme le règlement le prévoit, la Commission a fait parvenir une copie de la plainte à Burnsco mais celle-ci n'a pas répondu et n'a pas jugé utile d'intervenir.

Le 19 mars 1990, la Commission a ordonné une enquête au sujet de cette plainte et elle a fait paraître un avis à ce sujet dans la publication Marchés Publics (MP) et dans la partie I de la Gazette du Canada.

L'enquête

Le service des enquêtes de la Commission a examiné les allégations de la plainte, les réponses et les commentaires en procédant à des entrevues et en étudiant des documents du MAS et du MDN.

Un certain nombre d'individus ont été interviewés en personne ou par téléphone afin de recouper diverses déclarations faites de vive voix ou contenues dans les documents. Entre autres: M. Gérald Brown, agent de négociation des marchés du MAS; Mme Maureen Baker, chef de section du MAS; M. G.E. Jette, chef de la Section des essais pratiques du Centre d'essais techniques (terre) (CETT) du MDN; le major A.R. Beveridge, commandant de l'escadron E, l'escadron technique -électricité et armement tactiques (terre)-(CETT); l'adjudant-chef Williams, gérant du cycle de vie du matériel (GCVM) de la Direction -génie et maintenance, fourniment (DFGM), du MDN; M. Steve Ladas, agent aux commandes, Direction -obtention et approvisionnement (matériel d'usage collectif) (DOAMUC) du MDN; le major J.A. Gosselin, chef de sous-section, DOAMUC-MDN; le lieutenant-colonel J.P.R. Alain, directeur par intérim, DOAMUC-MDN; M. Steve Raz, de Bio-Temp Scientific Inc., de Sarasota, en Floride (le plaignant); M. Robert Hosley, de ESPEC Corp. (ESPEC), de Zeeland, au Michigan; M. Steven Burns, de Burnsco Technologies Inc., de Woodlawn, en

Ontario (l'adjudicataire du marché); M. Harry Evans, de L & A Machine Works Ltd, de Frédéricton, au Nouveau-Brunswick (un fournisseur éventuel); et M. B. Aubin, agent de l'examen opérationnel, région d'Ottawa, Douanes et Accise, de Revenu Canada.

Le rapport d'enquête (auquel il est renvoyé par les initiales R.E. par la suite) présenté à la Commission par son service d'enquête contient un certain nombre d'annexes concernant les pièces et les documents qu'il a jugé pertinents pour fonder son rapport. La décision ne renvoie pas spécifiquement à tous ces documents d'appoint mais ils sont accessibles aux parties, sur demande, et, à toute autre personne, sous réserve des dispositions de la Loi sur l'accès à l'information.

Comme l'enquête a produit suffisamment de renseignements pour permettre à la Commission, selon elle, de décider des questions soumises dans la plainte, elle a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir des audiences formelles dans ce cas. Pour en venir à ses conclusions, la Commission a étudié le rapport de son service d'enquête et elle a décidé en s'appuyant sur les faits du rapport et, dans sa décision, elle renvoie aux extraits pertinents.

Le processus d'adjudication

L'escadron technique -électricité et armement tactiques (terre)- du CETT a la responsabilité des essais thermiques et climatiques de produits comme les pièces électriques et les pièces d'armement employées par l'armée, les ministères et les particuliers. Son Unité d'essais thermiques et climatiques avait depuis longtemps besoin d'une chambre d'essais thermiques et climatiques qui soit d'accès facile et qui puisse servir à reproduire des conditions particulières auxquelles des produits peuvent être exposés. Les spécifications ont été établies il y a environ cinq ans et, par la suite, elles ont été légèrement modifiées pour tenir compte des progrès technologiques. Une demande de contrat (voir l'annexe 2 au R.E.) a été envoyée au MAS par le DOAMUC-MDN le 31 août 1989. Elle concernait la fourniture d'une chambre conformément à la description et aux spécifications qui y étaient jointes. Elle comprenait aussi des clauses habituelles concernant les divers aspects du processus d'adjudication et une liste de trois fournisseurs possibles, dont l'adjudicataire. La valeur du contrat était estimée à 180 000 \$, ce qui fait que l'adjudication a été traitée comme relevant du chapitre de l'Accord de libre-échange sur les marchés publics.

La Direction générale des produits industriels et commerciaux du MAS a alors complété une Demande de proposition (DP) qui était datée du 11 septembre 1989 et dont la date de clôture était le 7 novembre 1989 (voir l'annexe 5 du R.E.).

Un Avis de projet de marché (APM) a été rédigé et approuvé (voir l'annexe 3 du R.E.) et a été publié dans le numéro du 27 septembre 1989 du MP sous la rubrique F-01 de la section GATT/ALE pour les projets de marchés (voir l'annexe 4 du R.E.). L'agent de négociation des marchés a fait la distribution des trousseaux d'appel d'offres.

Deux demandes pour des trousseaux d'appel d'offres ont été reçues avant la publication de l'avis dans MP. La première venait de L & A Machine Works Ltd de Frédéricton, au Nouveau-Brunswick; elle est arrivée le 12 septembre 1989 et une trousse a été envoyée le 15 septembre 1989. La deuxième demande venait de Burnsco; elle est entrée le 21 septembre 1989 et une trousse a été envoyée le même jour (voir l'annexe 6 du R.E.). (L & A Machine Works Ltd. n'a pas présenté d'offre suite à sa demande et, par la suite, Burnsco a obtenu le marché). Bien que la première demande comporte la mention «Suite à notre discussion...» et l'autre, «...nous avons discuté...», l'enquête n'a pas démontré de façon concluante la manière dont ces fournisseurs ont appris l'existence de cette demande; l'enquête n'a pas permis d'expliquer comment il se fait que des trousseaux d'appel d'offres ont été envoyés avant la publication de l'avis dans MP.

De plus, outre ces deux demandes «prématurées», il est entré vingt-cinq autres demandes de trousseaux d'appel d'offres en réponse à l'APM. A la fermeture de l'appel d'offres, le MAS avait reçu huit propositions, dont une proposition transmise par télécopieur (et confirmée par écrit ensuite) provenant de Bio-Temp. Les prix des offres ont été calculés. Les documents, y compris les montants des soumissions, ont été soumis au MDN le 20 novembre 1989 «pour examen et recommandation» (voir l'annexe 7 du R.E.).

La DP précisait les critères qui seraient employés lors de l'examen des propositions (voir l'annexe 5 du R.E.). Les examens techniques effectués par le MDN pour les huit soumissions ont montré que sept d'entre elles présentaient des défauts techniques (voir l'annexe 8 du R.E.). Les deux propositions que l'on considérait alors comme les plus basses, celles de Bio-Temp et de CMR & Associates (CMR) d'Englewood, au Colorado, ont été jugées «inacceptables». La soumission de Burnsco, qui était à ce moment-là la troisième plus basse, était la seule soumission acceptable.

Bio-Temp et CMR sont toutes les deux des compagnies manufacturières américaines qui proposaient leurs propres produits tandis que Burnsco est un fournisseur canadien qui proposait un produit qui serait fabriqué aux États-Unis par la société ESPEC, de Zeeland, au Michigan. Pour sa régie interne, le MDN a rempli deux rapports d'examen (l'un est établi à la main et porte la date du 18 janvier 1990 et l'autre est dactylographié et ne porte pas de date); bien que semblables, ces deux rapports ne portent pas exactement sur les mêmes points. Ils ont été transmis au MAS le 22 janvier 1990.

Pendant les mois de décembre 1989 à février 1990, le MAS et le MDN ont obtenu de Bio-Temp et de CMR des précisions quant aux déficiences relevées lors des examens; ces précisions ont été fournies par lettres ou lors de conversations téléphoniques. Le dossier ne comporte aucune preuve indiquant qu'on a tenté d'obtenir des précisions des autres soumissionnaires. Dans une lettre portant la date du 18 décembre 1989, Bio-Temp a fait parvenir au MAS des renseignements afin de donner plus d'information sur son expérience en génie et ses possibilités de fabrication, et a fourni les noms de clients pour référence. Cette lettre a été envoyée au MDN le 19 décembre 1989 (voir l'annexe 9 du R.E.).

Selon le technicien du CETT, on a procédé à une vérification téléphonique des usagers d'équipement de Bio-Temp dont les noms avaient été fournis pour référence et les personnes contactées ont décrit l'équipement fourni par Bio-Temp comme étant «des chambres froides». Il n'existe aucune trace de ces conversations.

CMR a fait parvenir au MAS une lettre portant la date du 22 janvier 1990 relativement à des précisions sur la condensation, sur la charge statique et sur les devis du système électrique. CMR a aussi envoyé au MAS une autre lettre portant la date du 24 janvier 1990 relativement à des précisions quant aux garanties et au service. Les deux lettres ont été transmises au MDN le 24 janvier 1990 (voir l'annexe 10 du R.E.). Le 25 janvier 1990, le MDN a revu son examen des soumissions...c.-à-d. celui du 22 janvier... en fonction des précisions mentionnées ci-dessus et il a demandé que l'offre de CMR, le deuxième plus bas soumissionnaire, soit retenue (voir l'annexe 11 du R.E.).

La DP comportait en page couverture un avis général que les prix proposés devaient être des prix nets en devises canadiennes et devaient comprendre les droits de douane, les taxes d'accise et la taxe de vente fédérale (TVF), «sauf indication contraire» dans la DP. Cette DP indiquait

précisément que les fournisseurs de l'extérieur du Canada devaient soumettre leurs prix sans inclure les droits de douane et la TVF et que les fournisseurs ayant leur place d'affaires au Canada devaient soumettre leurs prix en incluant les droits de douane et la TVF. Par conséquent, les prix proposés par Bio-Temp et par CMR ne comprenaient pas la TVF et les droits applicables. Lorsque le MDN a présenté au MAS le résultat de son réexamen du 25 janvier, mentionné ci-dessus, les droits et la TVF ont été ajoutés aux prix des deux soumissions américaines. En conséquence, même si la proposition de Bio-Temp demeurait la plus basse, celle de Burnsco devenait deuxième et celle de CMR, quatrième. Par conséquent, on a conclu que CMR était éliminée.

Selon une note de service portée au dossier par le MDN, citant une conversation téléphonique du 30 janvier 1990 avec l'agent de négociation des marchés, (TRADUCTION) «le MAS est maintenant d'avis que les raisons (pour rejeter la proposition de Bio-Temp) mentionnées à la formule 635 (Choix des soumissions) ne constituent pas une justification suffisante» (voir l'annexe 12 du R.E.).

Le 31 janvier 1990, le MAS a demandé des précisions à Bio-Temp, ce qui a amené la lettre de Bio-Temp du 2 février 1990; le MAS voulait faire préciser les points suivants:

- a) les exigences de l'ACN;
- b) la longueur minimale des cables d'interconnexion;
- c) la vérification sur place et le démarrage par le représentant du fabricant;
- d) les exigences quant à l'indicateur de malfonction du système de réfrigération;
- e) les exigences quant à l'équipement pour amortir le son.

Cette lettre a été transmise au MDN par le MAS le 2 février 1990 (voir l'annexe 13 du R.E.).

Le 28 février 1990, le MDN a fait parvenir au MAS une lettre portant la date du 23 février 1990, à laquelle était jointe une note de service du 15 février 1990 mentionnant un autre réexamen de la soumission en question et les raisons de son rejet (voir l'annexe 14 R.E.).

Les événements qui ont suivi l'examen des soumissions

A l'expiration des soumissions le 5 février 1990, le MAS a demandé à Burnsco le 28 février 1990 de vérifier si son prix proposé était toujours valide. Ce qui a été confirmé. Le dossier montre aussi que, à ce moment, il y avait des négociations continues pour ajouter «des paiements partiels», malgré le fait que l'appel d'offres ne prévoyait pas cette possibilité de paiement. En fait, on avait mentionné aux soumissionnaires dans la DP que le paiement serait fait trente (30) jours après la fin des travaux et la livraison, ou dans les 30 jours de la réception d'une facture et des pièces justificatives, la dernière de ces dates étant retenue.

Le 5 mars 1990, le marché a été accordé à Burnsco (voir l'annexe 17 du R.E.) et le délai pour la livraison était de 16 à 20 semaines ARC (après réception de la commande). Un avis a été envoyé le même jour à Bio-Temp et à CMR les informant que Burnsco avait reçu le marché (voir l'annexe 18 du R.E.).

Par une lettre portant la date du 8 mars 1990, Bio-Temp a informé le MAS de son intention de contester l'attribution du contrat si son offre n'était pas retenue (voir l'annexe 19 du R.E.). Bio-Temp a reçu l'avis officiel d'attribution du marché le 12 mars 1990 (voir l'annexe 1 du R.E.). La Commission a reçu sa plainte le 13 mars 1990, et un ensemble de documents à l'appui le 19 mars 1990. On a considéré que la plainte avait été déposée ce jour-là. Le MAS a avisé le MDN le 23 mars 1990 qu'un avis de plainte avait été déposé au sujet de cette adjudication (voir l'annexe 20 du R.E.).

Vers le 21 mars 1990, soit environ deux semaines après l'attribution du marché, l'adjudicataire a présenté au MAS sa première demande de paiement partiel; cette demande correspondait à cinquante pour cent (50%) du prix des travaux même si la livraison finale ne devait avoir lieu que 16 à 20 semaines après la réception de la commande (voir l'annexe 21 du R.E.). Dès avant le 31 mars 1990, toutes les approbations nécessaires avaient été obtenues et la demande d'émission du chèque avait été complétée. En avril 1990, un chèque de 56 208,80 \$ a été émis au nom de l'adjudicataire; ce montant correspond à cinquante pour cent (50%) de la valeur du marché, moins une retenue de garantie de vingt pour cent (20%).

Le rapport de l'institution fédérale

Le rapport du MAS, qui a été signé par le sous-ministre adjoint du Secteur des opérations des approvisionnements (voir l'annexe 22 du R.E.), établit la chronologie des événements selon le MAS pendant le processus d'adjudication en question. Ce rapport ne répond pas entièrement à toutes les allégations de la plainte comme le veut l'alinéa 30(2)e) du Règlement de la CRMP et ne fait pas état de la position du MAS.

Notre enquête montre que la chronologie des événements présentée par le MAS est incomplète et plusieurs de ses points semblent en contradiction avec les pièces versées au dossier d'adjudication. Par exemple:

1. (TRADUCTION)
«LE 1^{er} OCT. 1989
- Date de l'avis de projet de marché
- Publication de l'invitation à soumissionner

indique que ces documents ont été publiés ce jour-là. En fait, avant le 27 septembre, date de publication dans MP, on avait déjà procédé à l'envoi de deux trousseaux d'appel d'offres (voir l'annexe 6 du R.E.). La DP porte la date du 11 septembre 1989 (voir l'annexe 5 du R.E.).

2. (TRADUCTION)
«LE 07 NOV. 1989 - ...
- 8 propositions entrées:

1) Bio-Temp... 120 524,46 \$ droits et TVF inc.

2) Burnsco... 139 667,00 \$ droits et TVF inc.

3) Dalimar... 141 057,00 \$ droits et TVF inc.

4) CMR... 146 380,81 \$ droits et TVF inc.»

indique que c'est là la façon dont la liste a été dressée le 7 novembre 1989. Conformément à la DP, les droits et la TVF n'étaient pas inclus dans les prix proposés par Bio-Temp et par CMR, mais ils étaient inclus dans les prix proposés par Burnsco et Dalimar. La liste originale, envoyée au MDN par le MAS et montrant les «prix tels que proposés», plaçait Bio-Temp comme le plus bas soumissionnaire, CMR, comme le deuxième plus bas,

Burnsco, comme le troisième plus bas, et Dalimar, comme le quatrième plus bas soumissionnaire. C'est sur la foi de ce document que le 25 janvier le MDN a demandé au MAS d'accepter la soumission de CMR, que l'on croyait alors être le plus bas soumissionnaire acceptable.

3. (TRADUCTION)

«DU 18 AU 22 JANVIER 1990

- Réception du rapport d'examen des soumissions fait par le ministère de la Défense nationale; les seules soumissions techniquement conformes sont celles de Burnsco Technologies Inc. et de CMR & Associates.»

indique que le rapport d'examen technique fait à l'origine par le MDN recommandait deux soumissionnaires jugés acceptables. Dans les faits cependant, le 22 janvier, le MDN déclarait que (TRADUCTION) « les deux soumissionnaires les plus bas, Bio-Temp et CMR, ne sont pas acceptables». Comme on l'a vu ci-dessus, le 25 janvier, le MDN a recommandé l'acceptation de la soumission de CMR, après avoir obtenu des précisions au sujet de sa soumission.

Des parties importantes de la chronologie ont été omises de la liste, par exemple les lettres de CMR portant les dates du 22 et du 24 janvier 1990, le second rapport d'examen du MDN du 25 janvier 1990, l'établissement des prix valables proposés et l'ajout de la possibilité de paiements partiels fait par le MAS le 28 février 1990 et le défaut du MAS de communiquer avec Burnsco (voir la directive 3006.16 du GPA).

Les observations de la plaignante sur le rapport de l'institution fédérale

Les observations de la plaignante sur le rapport du MAS (voir l'annexe 23 du R.E.) ont été déposées à la Commission le 30 avril 1990. Dans sa réponse, la plaignante examine les points soulevés dans la note de service du 15 février du MDN sur les raisons du rejet de sa soumission. Plus précisément, elle réaffirme disposer des installations nécessaires pour la fabrication, être capable de réaliser la chambre d'essais selon les devis et les exigences de rendement, et être capable de fournir un service après-vente. Elle identifie dans cette lettre la société Sherwood Integrated Systems (de Cooksville, en Ontario) comme responsable de son service après-vente en plus de tout service en usine. La plaignante donne aussi des détails quant à l'importance de ses exploitations, soit une installation de 9400 pieds carrés et sept employés à plein temps.

Examen des faits

A partir de l'énoncé des faits qui précède, les questions qui doivent être examinées paraissent être les suivantes:

1. Le rejet de la proposition de Bio-Temp était-il justifié et a-t-il été fait selon les règles;
2. La transmission de troupes d'appel d'offres antérieurement à la publication à l'APM est-elle conforme à la Loi?

De plus, l'attention de la Commission a été dirigée vers quatre autres questions relatives au processus d'adjudication comme étant des sujets qui relèvent de son mandat en vertu du paragraphe 19(b) de son Règlement, selon lequel la Commission doit présenter des recommandations à une institution fédérale concernant tout aspect de l'adjudication de ses contrats. Ces questions sont les suivantes:

1. Les procédures de comparaison des prix fournis par des sources canadiennes et américaines, concernant l'application des droits de douane et de la TVF, sont-elles claires et nettes, et conformes aux exigences de la Loi?
2. Les négociations entourant l'offre retenue, avant l'attribution du contrat, relativement à une disposition prévoyant des paiements partiels sans réduction du prix proposé correspondant à la valeur de cette concession, constituaient-elles un traitement juste pour les autres soumissionnaires, qui auraient tous pu modifier leurs prix s'ils avaient connu l'existence de cette concession, et si la négociation de cette concession est conforme aux exigences d'adjudication qui doivent permettre à l'État d'obtenir une valeur équitable en échange de cette concession?
3. La communication au ministère-client de renseignements relatifs aux prix au moment de l'examen technique était-elle indiquée dans ce cas?
4. Peut-on considérer comme justifiée en l'espèce l'absence de communication avec l'adjudicataire après le dépôt de la plainte (aux fins visées à la directive 3006.16)?

Examinons ces questions dans cet ordre:

1. **Le rejet de l'offre de Bio-Temp**

Comme il a été indiqué ci-dessus, le MAS avait évidemment certains doutes quant à l'examen du MND qui a conduit au rejet de l'offre de Bio-Temp et, vers la fin de janvier 1990, il en a fait part au MDN tout en cherchant à obtenir de Bio-Temp plus de précisions quant aux réserves du MND. Le MAS a obtenu ces précisions et les a transmises au MDN le 2 février. Le 15 février, le MDN a rassemblé les raisons de son rejet et les a fait parvenir, avec une lettre d'accompagnement, au MAS le 23 février.

Comme une grande partie de l'affaire tourne autour de cette note de service concernant le rejet de cette offre, il importe de la citer intégralement:

[TRADUCTION]

10041-847389EMQOW (DOAMUC 3-2-2)

Le 23 février 1990

Maureen Baker
Approvisionnement et Services
direction des produits scientifiques,
électriques mécaniques et de construction
Place du Portage, Phase III
11, rue Laurier
Hull (Québec)
K1A 0S5

CHAMBRE D'ESSAIS, ALTITUDE-HUMIDITÉ
N° DE RÉQUISITION : W8473-9-MQOW ARTICLE 0001

Références: A. CETT 7610-3 (Esc. E) 15 fév 1990 (annexée)
B. ASC N° : 011DA.W8473-9-MQOW

1. Un nouvel examen de la soumission de Bio-Temp Scientific Incorporated a permis de conclure que l'offre n'était pas acceptable pour les raisons énumérées dans la lettre du CETT (réf. A).
2. Par conséquent, nous vous demandons d'entreprendre les démarches nécessaires pour que le contrat soit accordé au deuxième plus bas soumissionnaire.

G.L. Martin
Directeur - Obtention et approvisionnement
(Matériel d'usage collectif)

Pièces jointes

[TRADUCTION]

CETT 7610-3 (Esc. E)

Centre d'essais techniques (terre)
Ottawa (Ontario)
K1A 0K2

Le 15 février 1990

Quartier-général de la Défense Nationale
Édifice du Major Général G.R. Pearkes
Ottawa (Ontario)
K1A 0K2

À l'attention de M. M. Adamson DGTS 2-5-2

CHAMBRE CLIMATIQUE
N° DE RÉQUISITION : W8473-9-MQOW

Références : A. Conversation téléphonique entre M. Hall (CETT) et M. Adamson (DGTS) 2-5-2 le 7 février 1990.
B. Conversation téléphonique entre le Lieutenant-colonel Lee (CETT) et Mad. M. Baker (MAS) le 8 février 1990.

1. À la suite de la demande précitée, nous expliquons par la présente les raisons pour lesquelles cette unité estime que la soumission de Bio-Temp Scientific Incorporated pour l'équipement concerné n'est pas acceptable. Un examen minutieux de toutes les offres a été réalisé et les résultats indiquent qu'aucun soumissionnaire n'a profité d'un quelconque avantage.

2. La soumission de Bio-Temp Scientific est inacceptable pour les raisons suivantes :

- a. Bio-Temp a admis n'avoir jamais fabriqué un équipement de ce genre, et n'a aucune expertise en matière de systèmes sous vide. Cet article, un instrument d'essai scientifique contrôlé par ordinateur, est complexe et nécessite une technologie avancée, précise et sécuritaire. La société a déjà requis notre aide pour déterminer les exigences particulières liées au fil à utiliser dans le but de respecter les normes fixées par la CSA. Si le fil à utiliser soulève déjà des difficultés, on peut se demander comment cette société parviendra à régler les problèmes liés au contrôle par ordinateur et aux normes de sécurité en matière de pression.

- b. Un examen des références fournies par Bio-temp permet de conclure que cette société n'a fabriqué, par le passé, que des «chambres froides». Or, le présent contrat porte sur la fabrication d'une chambre climatique d'essais qui comporte un système de contrôle climatique qui permet de varier la température tout en variant la pression d'air interne presque au niveau du vide. La fabrication de cet équipement est assurément plus complexe que tout ce que cette société a déjà fabriqué. D'autant plus que le CETT utilisera cette pièce d'équipement durant les 20 prochaines années; c'est pourquoi nous ne voulons pas servir de cobaye et permettre ainsi à cette société d'acquérir l'expertise nécessaire à nos frais.

- c. Bio-Temp n'a aucun bureau au Canada et leur personnel affecté au service après-vente aux É.-U. est limité. Cela restreindra sérieusement le service après-vente si on connaît des difficultés avec cet équipement.

3. Le plus bas soumissionnaire suivant, Burnsco, a connu de bons résultats dans ce domaine du génie, et dispose d'un réseau de service après-vente au Canada si jamais on connaît des difficultés avec l'équipement. Cette dernière société est le choix logique et le fait que leur prix soit un peu plus élevé se justifie très bien, si l'on veut que l'État possède un équipement fiable pour les années à venir.

4. Par conséquent, nous vous demandons de prendre les mesures nécessaires pour que le contrat soit accordé à Burnsco plutôt qu'à Bio-Temp Scientific. Notre unité n'a pas confiance en Bio-Temp et doute de sa capacité de fabriquer un instrument scientifique précis et fiable.

La Major A.R. Beveridge
pour le Commandant
Centre d'essais techniques (Terre)

Il convient de faire une analyse comparative entre la note d'information ci-dessus et les renseignements communiqués lors de l'enquête conduite par la Commission :

«1....Un examen minutieux de toutes les offres a été réalisé et les résultats indiquent qu'aucun soumissionnaire n'a profité d'un quelconque avantage.»

Le seul document qui fait mention d'un «examen minutieux» est la lettre du 22 janvier 1990 adressée par le MDN à l'agent de négociation des marchés du MAS (voir l'annexe 8 du R.E.). Deux formulaires du MDN portant le numéro 635, «Choix de soumissions», étaient annexés à cette lettre et énuméraient un certain nombre de faiblesses constatées dans la soumission de Bio-Temp. Cette dernière a répondu, dans sa lettre du 2 février 1990 (voir l'annexe 13 du R.E.), à chacun des points soulevés dans les formulaires susmentionnés. A la suite de demande de renseignements faites par téléphone par le technicien du MDN et l'agent de négociation des marchés, Bio-Temp, dans sa lettre du 18 décembre 1989 (voir l'annexe 9 du R.E.) a fourni une liste de trois références, des clients qui avaient acheté de l'équipement de Bio-Temp. Cette lettre contenait également des détails relatifs à l'expérience de l'ingénieur qui aurait été affecté à ce projet et à celle de la société qui aurait fabriqué la chambre. Il n'a jamais été tenu compte de ces précisions apportées par la société (lesquelles ont été reçues après «l'examen» du 22 janvier, mais avant la note de service susmentionnée relative au rejet de la soumission).

«...a. Bio-Temp a admis n'avoir jamais fabriqué un équipement de ce genre, et n'a aucune expertise en matière de systèmes sous vide...»

Il semble vrai que Bio-Temp n'a jamais, par le passé, fabriqué «un équipement de ce genre». Toutefois, elle a fourni le nom d'un ingénieur conseil, M. Robert Nash, de Holland au Michigan, qui possède une vaste expérience des systèmes sous vide et qui aurait assuré l'expertise requise en matière de génie. Les enquêteurs de la Commission ont vérifié l'exactitude de ce renseignement auprès de la société américaine ESPEC, qui fabrique l'équipement offert par Burnsco; ESPEC a confirmé que M. Nash avait travaillé pour eux dans le secteur de la conception de chambres d'essais climatiques et de réfrigération à titre d'ingénieur en chef, réfrigération. En fait, M. Nash est entré directement en communication avec l'utilisateur final afin de discuter du produit et de ses devis (voir l'annexe 9 du R.E.). Bio-Temp a également fourni un schéma du système sous vide proposé avec leur

soumission - ce qui n'était pas demandé et que n'ont pas fait Burnsco et CMR. Les responsables des aspects techniques n'ont jamais signalé que ce schéma comportait des faiblesses. Par conséquent, Bio-Temp semble avoir accès à l'expertise technique requise, mais le MDN n'en n'a pas tenu compte en faisant son évaluation.

«...Cet article, un instrument d'essai scientifique contrôlé par ordinateur, est complexe et nécessite une technologie avancée, précise et sécuritaire. La société a déjà requis notre aide pour déterminer les exigences particulières liées au fil à utiliser dans le but de respecter les normes fixées par la CSA. Si le fil à utiliser soulève déjà des difficultés, on peut se demander comment cette société parviendra à régler les problèmes liés au contrôle par ordinateur et aux normes de sécurité en matière de pression...»

Il est possible que Bio-Temp ait communiqué avec l'utilisateur final pour se renseigner à propos des normes fixées par la CSA (bien que cette communication ne soit constatée dans aucun écrit). Bio-Temp avait fourni sous forme de schéma dans sa soumission les détails relatifs au système électrique. Elle avait également fait parvenir une lettre (du 2 février 1990) dans laquelle elle énumérait les mesures prises pour se conformer aux normes fixées par la CSA :

[TRADUCTION]

«...Nous avons contacté M. Jim Morrison de la CSA à Rexdale (Ontario) au numéro suivant : CA 416-747-2219. Nous fabriquerons la pièce d'équipement selon les normes prescrites dans le «Programme d'inspection spéciale et d'évaluation technique». Une fois l'équipement livré, M. J. Morrison ou M. J. Robertson en fera l'inspection, à la suite de laquelle les derniers travaux électriques pourront être exécutés. Nous avons un projet dans l'ouest canadien où la même procédure est suivie. C'est nous qui assumons les frais.»

Par conséquent, la question des fils à utiliser signalée à titre d'exemple pour illustrer la soi-disant incapacité de la plaignante à fabriquer un «instrument d'essai scientifique contrôlé par ordinateur complexe et qui nécessite une technologie avancée, précise et sécuritaire...», a été réglée par cette dernière en fournissant des informations pertinentes, qui n'ont pas été contredites par le MDN et dont on n'a pas tenu compte dans la note de service relative au rejet de la soumission. Une fois cette question réglée, la

première phrase de ce passage devient une affirmation dénuée de sens puisqu'il ne reste plus rien à reprocher à la plaignante.

«...b. Un examen des références fournies par Bio-Temp permet de conclure que cette société n'a fabriqué, par le passé, que des «chambres froides». Or, le présent contrat porte sur la fabrication d'une chambre climatique d'essais qui comporte un système de contrôle climatique qui permet de varier la température tout en variant la pression d'air interne presque au niveau du vide. La fabrication de cet équipement est assurément plus complexe que tout ce que cette société a déjà fabriqué. D'autant plus que le CETT utilisera cette pièce d'équipement durant les 20 prochaines années; c'est pourquoi nous ne voulons pas servir de cobaye et permettre ainsi à cette société d'acquérir l'expertise nécessaire à nos frais...»

Les vérifications qui ont été faites par la Commission auprès des références fournies par la société n'ont pas permis de tirer les mêmes conclusions (voir l'annexe 15 du R.E.).

Si l'on peut prétendre que Bio-Temp n'a pas, par le passé, fabriqué de chambre d'essais dont l'un des paramètres contrôlables était la pression, cette société a fabriqué et fourni des chambres d'essais scientifiques à une gamme de clients, notamment à des gouvernements, des universités et des industries, qui ont été satisfaits. Par exemple :

1. Le directeur de l'entretien chez Pillsbury Co. signale qu'il a utilisé deux chambres froides qui, bien qu'elles ne soient pas des instruments très complexes, ont une température contrôlable; il souligne qu'il n'a pas eu de difficultés avec cet équipement et qu'il a eu un bon service de la part de Bio-Temp.
2. Le directeur de l'entretien de l'Environmental Protection Agency des É.-U., au bureau de Port Orchard dans l'État de Washington, signale qu'il a utilisé une chambre à température constante pour faire des essais qui a été fabriquée par la plaignante et qui a fonctionné à merveille durant deux ans et demie...tout ce qui a été changé ce sont les feuilles de lecture de la température. Selon lui, c'est la meilleure chambre des cinq que son entreprise possède. Il souligne que le président

de la société est intervenu personnellement au cours de l'installation et que le service après vente est efficace.

3. Le directeur de la planification de l'Université du Wisconsin signale qu'il utilise une chambre fabriquée par Bio-Temp dont l'humidité et la température sont contrôlées afin de simuler les conditions climatiques de l'Antarctique. Il ajoute qu'il n'a eu aucune difficulté avec cet pièce d'équipement et que le service était très bon. De plus, il signale qu'il aurait apprécié que Bio-Temp soumissionne dans le cas d'une autre unité semblable, car il aurait épargné de l'argent.

«...c. Bio-Temp n'a aucun bureau au Canada et leur personnel affecté au service après-vente aux É.-U. est limité. Cela restreindra sérieusement le service après vente si on connaît des difficultés avec cet équipement.»

La DP ne renfermait aucune exigence particulière en ce qui a trait au service à l'exception de l'obligation de fournir le nom, l'adresse et le numéro de téléphone du centre de service après- vente le plus rapproché. Bio-Temp a offert de fournir un service d'assistance technique en usine et de donner la formation pertinente à une société locale pour que cette dernière puisse assurer le service (voir l'annexe 16 du R.E.). Par ailleurs, CMR n'a offert qu'un service en usine (voir l'annexe 10 du R.E.); CMR est une société du Colorado et pourtant, le MDN a estimé cette proposition acceptable (télécopie du MDN datée du 25 janvier 1990) (voir l'annexe 11 du R.E.). Encore une fois, la note de service relative au rejet ne tient pas compte de ce qui semble être un service d'assistance technique comparable à celui qui avait été offert par CMR et dont l'acceptation avait été envisagée.

Comme il a été signalé précédemment, les renseignements obtenus par les enquêteurs de la Commission concernant le service d'assistance technique de Bio-Temp étaient généralement positifs et contredisent carrément le passage susmentionné de la note de service relative au rejet.

«Le soumissionnaire suivant, Burnsco, a connu de bons résultats dans ce domaine du génie et dispose d'un réseau de service après-vente au Canada si jamais on connaît des difficultés avec l'équipement.»

En fait, Burnsco n'assurera pas elle-même les services de génie pour la chambre. Burnsco, un représentant autorisé de ESPEC au Canada, a ouvert ses portes en juillet 1989. Cette société est constituée d'une seule personne. Son président a signalé aux enquêteurs de la Commission que c'était la première fois qu'il vendait une chambre climatique. Il a donné le nom d'une société locale pour le service. À partir de ces renseignements, il est difficile de conclure que cette société «a connu de bons résultats dans ce domaine du génie» ou qu'elle dispose d'un «réseau» de service après-vente. Rien dans le dossier du MAS ne permet de conclure que le fabricant ou une société de service serait obligée de respecter la garantie ou de fournir un service après-vente si jamais Burnsco cesse ses activités. En effet, aucun élément de preuve au dossier établissant les liens contractuels entre Burnsco et ESPEC n'a de rapport avec ces questions.

«Notre unité n'a pas confiance en Bio-Temp et doute de sa capacité pour fabriquer un instrument scientifique précis et fiable.»

Compte tenu des éléments de preuve, particulièrement des vérifications menées auprès des références données et des documents fournis à l'utilisateur final (la soumission de Bio-Temp et les précisions apportées à la suite des diverses demandes de renseignements), la Commission conclut que l'affirmation susmentionnée est sans fondement.

Il convient de signaler que la note de service relative au rejet semble établir une comparaison entre Bio-Temp (un fabricant) et Burnsco en ce qui a trait aux questions de résultats antérieurs, d'expertise de génie et de service d'assistance technique, comme si Burnsco avait un meilleur dossier à cet égard. En fait, Burnsco n'a aucune capacité dans le domaine de la fabrication et n'est, comme elle l'a affirmé, qu'un représentant autorisé d'un fabricant américain. Pourtant, Burnsco a signé le contrat avec le gouvernement à titre de mandant et non de mandataire avec tout ce que cela comporte de risques en matière de garantie et de service. Vouloir comparer ces deux fournisseurs, c'est comme vouloir comparer des pommes et des oranges, et quant à la conclusion du MDN, on peut la qualifier de «citron».

Il ressort clairement de cette analyse que la note de service relative au rejet devait permettre de justifier pas écrit le rejet de l'offre du plus bas soumissionnaire. Cette note ne tient pas compte des précisions raisonnables

apportées par la plaignante à la suite des demandes de renseignements du MAS et adressées au MDN, même si ce dernier avait déjà ces précisions au moment du rejet. Le simple fait de ne pas les avoir considérées enlève toute crédibilité à la note de service relative au rejet. En plus, si on ajoute à cela les affirmations douteuses relatives aux «résultats antérieurs dans le domaine du génie» et au «réseau de service après-vente en cas de difficultés» il devient évident qu'à sa face même l'affirmation selon laquelle «un examen minutieux de toutes les offres a été réalisé et les résultats indiquent qu'aucun soumissionnaire n'a profité d'un quelconque avantage» est fausse.

En fin de compte, le recours à des critères qui n'étaient pas connus d'avance en vue d'éliminer le plus bas soumissionnaire et qui ont été appliqués de façon inégale, est directement contraire au paragraphe 2 de l'article 1305 du chapitre 13 de l'Accord de Libre-échange sur les marchés publics qui prévoit:

«En ce qui concerne les marchés visés dans le présent chapitre, chaque Partie devra

...c) pour les décisions touchant la qualification des fournisseurs potentiels, l'évaluation des soumissions et l'adjudication des contrats, utiliser des critères

...(iii) qui sont clairement spécifiés à l'avance...»

2. **La transmission prématurée des troupes d'appel d'offres**

Avant la publication, le 27 septembre 1989, de l'APM dans le MP, deux fournisseurs éventuels ont demandé au MAS, et ont reçu de celui-ci, des troupes d'appel d'offres.

Le paragraphe 2 de l'article 1305 de l'Accord de libre-échange prévoit notamment ce qui suit:

«En ce qui concerne les marchés visés dans le présent chapitre, chaque Partie devra

- a) *accorder à tous les fournisseurs potentiels le même accès aux renseignements préalables à l'appel d'offres et les mêmes possibilités de concurrence à l'étape précédant la notification;*
- b) *accorder à tous les fournisseurs potentiels les mêmes possibilités de répondre aux exigences de l'entité acheteuse à l'étape de l'appel d'offres et du dépôt des soumissions;...»*

De toute évidence, cet envoi n'était pas conforme à ces dispositions, comme l'exige l'article 17 de la Loi de l'ALE. Il est vrai que l'un de ceux qui ont reçu les trousse d'appel d'offres n'y a jamais donné suite et que, si cela n'avait été que le seul cas de distribution prématurée, il serait difficile d'en arriver à la conclusion que ce geste a causé préjudice aux autres soumissionnaires. Toutefois, l'autre trousse d'appel d'offres a été transmise de façon prématurée à l'adjudicataire, et il est donc impossible d'affirmer avec certitude que cela n'a pas conféré un avantage à Burnsco. Il n'est pas non plus certain que cela a effectivement conféré un avantage à Burnsco, mais tout au moins ce geste donne lieu de croire que le gouvernement a agi de façon injuste. En effet, il a permis à ces deux fournisseurs d'avoir plus de temps que les autres soumissionnaires pour préparer leurs soumissions.

Passant maintenant aux quatre questions de portée générale concernant le processus d'adjudication mentionnées ci-dessus, la Commission tient tout d'abord, sous cette rubrique, à formuler des observations sur le point suivant:

1. **L'établissement du «prix total» des soumissionnaires américains**

Selon le formulaire normalisé de DP 9400-2, les droits de douane et la TVF font toujours partie des prix des soumissions, sauf indication contraire de l'État. Il y avait effectivement une indication contraire, que les soumissionnaires américains devaient établir le montant du prix, moins les droits de douane et la TVF, alors que l'on demandait expressément aux fournisseurs canadiens d'inclure ces éléments. Rien ne permettait cependant aux soumissionnaires de savoir comment le MAS dissiperait l'ambiguïté qu'accuserait le système d'évaluation en raison de cette directive.

On peut présumer que cela tient à ce que les soumissionnaires américains ne chargent pas au gouvernement canadien ses propres droits et sa TVF dans les prix qu'ils proposent. Les soumissionnaires canadiens ont déjà payé ces droits. En ce qui regarde les fournisseurs américains, le gouvernement (dont c'est la pratique de payer ces droits et ces taxes sur ses propres achats de la même façon que tout autre acheteur) payerait sans doute le prix au fournisseur et, dans une autre opération, payerait les droits et les taxes applicables directement au Receveur général du Canada.

Cependant, pour l'examen des soumissions, il est essentiel d'inclure ces montants aux prix proposés par les soumissionnaires américains afin de pouvoir comparer équitablement les prix proposés à l'État. La critique à cet égard vient de ce que l'on a pas expliqué le processus d'évaluation des prix appliqué.

Sur cette question essentielle de la régularité de la procédure suivie, l'alinéa 13h) de l'article V, sur les procédures de passation des marchés, de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics, prévoit que la documentation relative à l'appel d'offre doit contenir :

«les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits étrangers, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement.»

Le défaut d'agir ainsi, même si les intentions du gouvernement pourraient être suffisamment claires pour quiconque est familier avec ce processus, va à l'encontre des exigences procédurales de l'Accord de libre-échange.

De plus, les conséquences de ce non-respect de la procédure ne sont pas négligeables, étant donné que le fait d'omettre complètement d'expliquer de combien leurs soumissions seraient augmentées et quand cela serait fait avant qu'elles soient examinées constituait un traitement inéquitable du soumissionnaire étranger. Dans le cas de Bio-Temp, cette pratique ne l'a pas empêchée de demeurer le plus bas soumissionnaire.

Mais dans le cas d'un autre soumissionnaire - CMR -, cela a eu pour résultat de faire passer ce soumissionnaire de la deuxième à la quatrième place. Il faut se rappeler que le MDN a alors écrit au MAS afin de demander que le marché soit accordé à CMR. Ce n'est qu'après l'«ajout» tardif des droits et de la TVF que la proposition de CMR a descendu en quatrième place.

On peut se demander de plus si les montants «ajoutés» aux soumissions étaient des montants exacts. Les enquêteurs de la Commission ont interrogé de façon informelle les agents des douanes à ce sujet alors que le MAS s'était renseigné auprès d'un employé du MDN que l'on dit spécialisé dans ce genre de travail. Les consultations de la Commission lui ont appris qu'il s'agit d'un sujet complexe et difficile et que les experts peuvent facilement avoir des opinions divergentes quant aux dispositions qui doivent s'appliquer. Il est tout au moins possible que, si l'on avait demandé aux soumissionnaires américains d'inclure les droits et la TVF, ils auraient pu, par exemple, confier à un courtier en douanes les questions de douanes aux fins de l'examen de la soumission, de telle sorte que les montants puissent être calculés de façon exacte et définitive.

2. **La question des paiements partiels**

Avant l'attribution du marché, et alors que la fin de l'exercice financier 1989-1990 arrivait rapidement, des négociations furent entreprises avec Burnsco afin d'inclure au marché proposé une méthode de paiements partiels. La clause convenue qui figure au contrat conclu le 5 mars 1990 envisage un paiement partiel devant «être fait au moment où 50% de l'équipement sera assemblé», sur présentation de pièces justificatives appropriées selon le formulaire 1111 du MAS, Demande de paiement partiel.

Le 19 mars, Bio-Temp a déposé sa plainte à la Commission et le MAS a été informé de celle-ci le lendemain. (Le MAS savait cependant que Bio-Temp avait l'intention de porter plainte depuis que celle-ci lui avait indiqué le 8 mars qu'elle avait l'intention de protester si elle n'obtenait pas le marché.)

Le marché avec Burnsco prévoyait un échéancier de livraison de 16 à 20 semaines ARC. Le 21 mars, environ deux semaines après l'attribution du marché, la première demande de paiement partiel a été présentée, sur le formulaire 1111 du MAS; elle portait sur la finalisation de 50% des

travaux. Toutes les démarches nécessaires pour l'approbation de cette demande et l'émission du chèque étaient complétées avant le 31 mars, fin de l'exercice financier. En avril, un chèque au montant de 56 208,80 \$, correspondant à 50% de la valeur du marché moins 20% de retenue de garantie, a été envoyé à l'entrepreneur.

La question qui intéresse la Commission concerne l'honnêteté du processus d'adjudication et porte sur le fait qu'aucun des soumissionnaires n'a été informé de cette possibilité de paiements. Compte tenu de la valeur en dollars de la commande et de la longueur des échéanciers de livraison exigés par tous les soumissionnaires, il est très probable que, s'ils avaient été informés de l'existence d'un tel régime de paiement, cela aurait pu avoir une répercussion importante sur les prix des soumissions et, bien sûr, compte tenu des différences étroites de prix entre les soumissions, sur le classement de chaque soumissionnaire.

Accessoirement à ce point, il y a aussi la question de savoir si l'État a obtenu une valeur en échange de cette concession. Après avoir confirmé que le prix proposé par Burnsco demeurerait tel que proposé (après la clôture de l'appel d'offres), le MAS a négocié la clause de paiements partiels, ce qui constitue en fait une concession à l'entrepreneur, concession à laquelle aurait dû correspondre une réduction du prix du marché, étant donné l'économie de frais d'intérêts que représentait pour l'entrepreneur la possibilité d'obtenir la moitié du prix des travaux au cours de leur réalisation plutôt que de devoir attendre le paiement jusqu'à ce que la livraison et l'installation soient faites.

Ni l'Accord de libre-échange, ni la Loi, ni le Règlement de la CRMP n'obligent la Commission à veiller à ce que les fonds publics soient dépensés en fonction du meilleur rapport qualité-prix; cette charge incombe à d'autres. Toutefois, il est du devoir de la Commission de formuler des recommandations relativement au respect des politiques et des procédures conçues pour réaliser cet objectif. Ce devoir est énoncé à l'alinéa 19b) du Règlement de la Commission.

Les exigences procédurales pertinentes qui n'ont pas été respectées en l'espèce figurent à la directive 4202 du Guide de la politique des approvisionnements du MAS, qui traite du mode de paiement.

Le paragraphe 3 énonce la politique habituelle du MAS (telle qu'elle apparaît à la page 1 de la DP, citée ci-dessus), qui exige le paiement dans les 30 jours suivant l'achèvement des travaux ou la réception de la facture

conformément au contrat. Le paragraphe 4 prévoit les exceptions -- sous réserve de certaines conditions -- et autorise le paiement anticipé et le versement d'acomptes. Ces conditions comprennent notamment l'obtention d'une contrepartie équivalant au montant du paiement (4.2b)) et l'obtention d'un avantage financier pour l'État (4.2d)(1)).

L'alinéa 14c) prévoit ce qui suit :

«14. Le choix du mode de paiement qui convient le mieux pour un marché donné doit être fait après avoir évalué les facteurs suivants :

- c) *La réduction du prix du contrat résultant des divers modes de paiement. Étant donné que les acomptes et les paiements anticipés réduisent pour l'entrepreneur le besoin d'emprunter, ou diminuent le montant du capital engagé sur lequel un bénéfice doit être réalisé, la Couronne devrait bénéficier de prix plus bas, la réduction de prix variant selon les différents modes de paiement et leur intérêt relatif pour l'entrepreneur. Dans les cas des contrats négociés, les directives 4001 et 4002 exposent la marche à suivre pour rectifier les marges bénéficiaires en fonction des versements d'acomptes effectués.»*

(Aux termes des directives 4001 et 4002 du GPA, ces directives ne s'appliquent pas en l'espèce.)

L'enquête révèle que le dossier n'indique pas que l'on ait cherché à obtenir la réduction de prix requise ni aucune réaction de la part de l'entrepreneur, si ce n'est qu'il a accepté l'inclusion dans le contrat de la clause relative au versement d'acomptes. La Commission est d'avis que l'absence apparente de toute tentative de se conformer à cette exigence donne une image défavorable au processus d'adjudication des marchés publics.

3. **Communication au client des renseignements relatifs aux prix au moment de l'évaluation technique**

La directive 3002.27 du GPA prévoit ce qui suit :

«Il est généralement déconseillé de révéler aux clients des renseignements sur les prix.»

La sagesse de ce principe est bien illustrée dans cette adjudication où les évaluateurs techniques connaissaient le prix des offres et où cette connaissance, à la lumière de la façon dont l'évaluation a été effectuée (telle qu'expliquée en détail plus haut), aurait pu influencer sur l'objectivité de l'exécution de l'évaluation technique. Les personnes qui ont été chargées de mettre sur pied ce processus d'adjudication ont dû être conscientes de cette possibilité et ont formulé une mise en garde afin de ne pas exposer le processus à la critique. Néanmoins, en l'espèce, ce principe n'a pas été respecté.

4. **Absence de communication avec l'adjudicataire après le dépôt de la plainte**

La directive 3006.16 du GPA, qui oriente la conduite des agents de négociation des contrats à l'égard de l'adjudicataire après le dépôt d'une plainte à la Commission, soulève la quatrième question :

«Lorsqu'un contrat a déjà été attribué, la Commission avisera l'adjudicataire de la plainte formulée. Le MAS demandera par écrit à ce dernier d'effectuer ses travaux en vertu du contrat de façon à minimiser les coûts pour la Couronne, en respectant les termes de ce contrat et ce, jusqu'à ce que la question traitée par la Commission soit résolue.»

Dans le dossier d'adjudication, il n'existe aucune preuve de correspondance entre le MAS et l'adjudicataire en ce qui concerne la «minimisation du coût pour la Couronne». En fait, la preuve indique même exactement l'inverse, compte tenu de la rapidité avec laquelle la modification du mode de paiement a été approuvée dans la période résiduelle de l'exercice financier.

Ce fait est particulièrement fâcheux parce que la plainte, de par sa nature, ne pouvait être déposée avant l'adjudication du contrat et, par conséquent, la Commission n'a pas été en mesure de stopper le processus d'adjudication du contrat (ce qui, s'il avait été possible, aurait facilité la résolution des questions en l'espèce). Qui plus est, la difficulté de ces questions est augmentée par le fait que l'entrepreneur n'a pas été avisé de la minimisation du coût conformément à la directive 3006.16 du GPA.

Mesures correctrices

La Commission estime, en l'espèce, que la soumission la plus basse a été rejetée sans motif valide et que, s'il en avait été autrement, Bio-Temp aurait eu droit à l'adjudication de ce contrat.

La Commission reconnaît que l'annulation du contrat conclu avec Burnsco pour ensuite l'accorder à Bio-Temp peut présenter certaines difficultés pour le MAS. Compte tenu des faits établis en l'espèce, la Commission n'a toutefois aucun autre choix que de recommander la mesure correctrice, soit l'annulation du contrat et son adjudication à la plaignante. Si, pour des raisons pratiques, on ne peut donner suite à cette recommandation, la présente décision aura au moins établi et reconnu les droits des parties et leur permettra de prendre les arrangements nécessaires en fonction de ces droits.

Étant donné que la Commission estime la plainte fondée, elle recommande que la plaignante soit remboursée des frais engagés relativement au dépôt et à la poursuite de la présente plainte ainsi qu'à l'élaboration de sa proposition.

La décision de la Commission est la suivante :

DÉCISION

La Commission décide sur la foi de son enquête que lors de cette adjudication, le ministère des Approvisionnements et Services ne s'est pas conformé aux exigences de l'article 17 de la Loi de mise en oeuvre de l'accord de libre-échange en ce que:

- a) il n'a pas offert aux fournisseurs éventuels un accès égal aux renseignements disponibles avant l'appel d'offres et une égale possibilité de concourir lors de la phase précédant l'avis;
- b) il n'a pas fourni à tous les fournisseurs éventuels une chance égale de se conformer aux exigences du ministère-client lors de l'appel d'offres et des soumissions;
- c) il a appliqué pour l'examen des soumissions et l'adjudication des contrats des critères qui n'avaient pas été précisés à l'avance.

La Commission décide aussi:

- 1. d'accorder à la plaignante des frais raisonnables pour le dépôt et le traitement de sa plainte, et
- 2. d'accorder à la plaignante des frais raisonnables pour la préparation de sa soumission.

La Commission recommande aussi que le MAS résilie le marché adjugé à Burnsco et l'accorde à la plaignante.

Si le marché est adjugé à la plaignante, elle devra déduire du prix tout montant reçu en conformité avec le paragraphe 2 ci-dessus de la décision de la Commission relative aux frais de préparation de sa soumission et si le contrat de la plaignante doit comprendre la clause de paiements partiels concédée au premier adjudicataire, le prix devrait aussi refléter la valeur négociée de cette concession.

Subsidiairement, si le marché n'est pas accordé à la plaignante, la Commission recommande que le MAS prépare pour la Commission, en collaboration avec la plaignante, une offre de dédommagement que la Commission pourrait recommander comme juste et raisonnable

conformément à l'alinéa 19 (1)v) de la Loi et qui tienne compte du fait que Bio-Temp aurait dû se voir accorder ce marché. Cette proposition devra être soumise à la Commission dans les 30 jours de la présente.

La Commission recommande aussi que les troupes d'appels d'offres pour les adjudications auxquelles s'applique l'Accord de libre-échange (et pour toutes les adjudications auxquelles des fournisseurs étrangers sont invités à soumissionner) donnent des renseignements précis en ce qui regarde les droits de douane et la taxe de vente fédérale et la façon de traiter ces points dans l'examen des soumissions.

Gerald A. Berger

Gerald A. Berger

Président

Commission de révision des

marchés publics du Canada