



AFFAIRE INTÉRESSANT

**Une plainte de
Buntin Reid Paper
du 2730, chemin Lancaster
Ottawa (Ontario)**

**N° du greffe de la
Commission:
D91PRF66W-021-0010**

Plainte rejetée

ET

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

30 mai 1991

DÉCISION DE LA COMMISSION

Il s'agit, en l'espèce, d'une plainte concernant une demande de soumission visant à conclure, pour le compte du ministère de la Défense nationale, une offre permanente pour la fourniture de papier d'impression de marque "Windsor Offset", ou équivalent, marché d'une valeur estimative de 119 880 \$ et s'échelonnant sur une période d'un an. La plaignante, lors du dépôt de sa soumission, a omis d'y annexer le formulaire "Déclaration des biens admissibles" (formulaire DSS/MAS 4079) dans lequel elle aurait pu préciser que les biens étaient des "biens admissibles" en vertu de l'Accord de libre-échange (ALÉ). Dans la Demande d'offre permanente (DOP) figurait bien en évidence un avertissement à l'effet que si le soumissionnaire ne retournait pas le formulaire dûment rempli, les produits proposés seraient réputés des "produits non admissibles".

La conséquence de l'attribution de la désignation "produits non admissibles" aux produits de l'entreprise est l'application d'une pénalité de 10 p. 100 au prix proposé dans la soumission, aux fins de son évaluation, et la plaignante craignait qu'une telle pénalité fasse en sorte que sa soumission ne soit pas retenue.

La plaignante soutient que le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) aurait dû savoir que les produits proposés étaient des "produits admissibles", à la lumière des autres renseignements figurant dans la soumission, et que le MAS a rejeté sa proposition de remplir et de lui

faire parvenir le formulaire en question (cette proposition ayant été faite après la date de clôture de dépôt des soumissions). La plaignante demande que la pénalité de 10 p. 100 imposée aux fins de l'évaluation de sa soumission soit annulée.

Comme cette plainte avait été déposée avant l'adjudication de l'offre permanente, la Commission a rendu une ordonnance de suspension d'adjudication, le 27 mars 1991, et ordonné que la plainte fasse l'objet d'une enquête.

L'enquête

Les modalités régissant la présentation d'une plainte, à savoir son dépôt dans les délais et la communication de tous les renseignements nécessaires, ont été satisfaites par la plaignante comme en témoigne le rapport d'enquête de la Commission.

Un certain nombre de particuliers ont été interviewés en personne ou par téléphone afin de confirmer des déclarations qu'on leur prêtait ou qui figuraient dans les documents déposés. Ce sont : M. James Barr, directeur de la succursale d'Ottawa de la Buntin Reid Paper, M^{me} Julia Brunette (agente de négociation des contrats) et M. Brian Carroll (surveillant) tous deux du Centre des approvisionnements, région de la Capitale, à Ottawa.

Par suite de la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure, dont avis a été signifié par la Commission dans la publication "Marchés publics" la semaine du 18 février 1991, une copie de la version préliminaire du rapport d'enquête a été transmise à l'institution fédérale et à la plaignante aux fins de recueillir leurs observations avant que le rapport ne soit déposé auprès de la Commission. Les deux parties ont formulé, par écrit, de brèves observations et ces dernières ont été annexées au rapport d'enquête; la Commission en a tenu compte aux fins d'en arriver à sa décision.

Ont aussi été annexés au rapport d'enquête un certain nombre de documents jugés pertinents pour le fond dudit rapport. La présente décision ne mentionne pas expressément tous ces documents justificatifs, mais ils ont tous été mis à la disposition des parties et, sous réserve des dispositions de la Loi sur l'accès à l'information, toute autre personne peut également les consulter.

Comme l'enquête a permis de recueillir suffisamment de renseignements pour que la Commission puisse trancher, selon elle, les questions soulevées dans la plainte, elle a décidé de ne pas tenir d'audience officielle dans cette affaire. Pour arriver à ses conclusions, la Commission a examiné le rapport d'enquête préparé par son personnel et fondé sa décision sur les faits essentiellement connus des parties qui y sont exposés et dont les éléments les plus pertinents sont mentionnés dans la présente décision.

Par suite de son examen du rapport d'enquête, la Commission a rejeté la plainte. Afin que le processus de passation du marché puisse se poursuivre, elle a immédiatement rendu une ordonnance, le 15 mai 1991, annulant l'ordonnance de suspension d'adjudication émise le 27 mars 1991, tout en précisant que les motifs à l'appui de sa décision seraient rendus publics à une date ultérieure. Voici donc les motifs à l'appui de la décision rendue par la Commission.

Les faits, dans cette affaire, sont simples et ne sont pas contestés. La plaignante reconnaît ne pas avoir annexé le formulaire "Déclaration des biens admissibles" à sa soumission. La plaignante avait pris connaissance -ou aurait dû prendre connaissance - de l'avertissement (dans la trousse d'information qui lui avait été transmise) faisant état de la conséquence de l'attribution de la désignation "non admissible" à ses produits.

La DOP portait l'avertissement suivant, dactylographié en majuscules, au haut de la première page suivant la page couverture de la formule normalisée :

[TRADUCTION]

"VEUILLEZ ANNEXER À VOTRE SOUMISSION LE FORMULAIRE "DÉCLARATION DES BIENS ADMISSIBLES", FORMULAIRE 4079 CI-JOINT, DÛMENT REMPLI. SI CE FORMULAIRE N'EST PAS ANNEXÉ À VOTRE SOUMISSION, VOS PRODUITS SERONT TRAITÉS COMME ÉTANT DES PRODUITS NON ADMISSIBLES."

La seule mention, dans la DOP, des conséquences découlant de l'attribution de la désignation "produits non admissibles" fait état du pouvoir discrétionnaire que PEUT exercer le ministre visant à accorder la préférence aux "produits admissibles" et aux produits d'origine canadienne. Nous y reviendrons un peu plus loin.

Dans le Guide de la politique des approvisionnements (GPA) du MAS (que les fournisseurs peuvent se procurer moyennant des frais), il est stipulé ce qui suit au paragraphe 13 a) de la directive 3005 :

*"13.a) Les produits domestiques, les produits désignés des entreprises rationalisées (voir la directive 3051 du GPA) et les produits admissibles se verront accorder le traitement national. Aux fins d'évaluation, le prix de la soumission pour tous les autres produits sera **augmenté** d'un facteur de 10 p. 100." (Nous soulignons)*

L'agente de négociation des contrats a considéré les produits de la plaignante comme étant des "produits non admissibles" -- comme il était stipulé dans la trousse de soumission -- et elle a appliqué les modalités de la directive du GPA en augmentant le prix de la soumission, aux fins d'évaluation, de 10 p. 100.

Il a également été établi que figurait sur la première page de la DOP (que la plaignante a signée et retournée au MAS à titre de soumission), l'encadré suivant :

"

Country of Foreign Content Pays d'origine des éléments étrangers	Value of Foreign Content Valeur des éléments étrangers \$ CDN
---	--

La plaignante y a inscrit "0" et "S/O" respectivement. Ce sont ces renseignements, selon la plaignante, qui indiquaient au MAS que ses produits étaient des produits d'origine canadienne (assertion, si elle s'avérait, confirmant que les produits, au sens de la définition dans l'ALÉ, étaient des produits admissibles).

(Comme l'a souligné la Commission dans une affaire antérieure (l'affaire McDermid, numéro du greffe de la Commission E90PRF6635-021-0013, 1^{er} novembre 1990) l'objet de ces encadrés normalisés est de recueillir des renseignements aux fins de l'application d'une autre directive visant à accorder une valeur accrue au contenu canadien. Et, tout comme dans l'affaire McDermid, cette clause, en l'espèce, s'avère impropre et suscite la confusion, parce qu'il s'agit d'une demande de soumission assujettie à l'ALÉ qui est visée par un régime différent.)

La plaignante allègue également que le produit qu'elle proposait était le produit de la marque "Windsor Offset", c'est-à-dire le produit demandé (il ne s'agissait donc pas d'un produit "de qualité équivalente"), et qu'en l'occurrence il s'agit de la marque de commerce d'un produit fabriqué par DOMTAR, société mère de la Buntin Reid. La plaignante soutient également que le MAS savait que le produit était un produit canadien.

(La plaignante avait également mentionné que le produit "Windsor Offset" est [TRADUCTION] "...bien identifié dans le livret d'ASC intitulé "Identification générique des marques de commerce du papier et du carton..." ce qui, le cas échéant, s'avérerait une autre raison pour laquelle le MAS aurait dû savoir que le produit "Windsor Offset" était un produit canadien. Cependant, pendant l'enquête, la plaignante a admis que cette affirmation était erronée et a renoncé à la faire valoir.)

Le MAS reconnaît, dans le rapport de l'institution fédérale (RIF), que l'agente de négociation des contrats [TRADUCTION] "...aurait pu, sans risque d'erreur, conclure qu'il s'agissait d'un produit d'origine canadienne..." mais il souligne qu'elle n'avait d'autre choix que d'attribuer aux produits du soumissionnaire la désignation "produits non admissibles" parce qu'il ne s'était pas conformé aux conditions stipulées dans la trousse de soumission. À cet égard, la Commission estime que l'agente a agi correctement.

La plaignante a proposé de remplir le formulaire et de le faire parvenir au MAS, mais cette proposition a été faite après la date de clôture de dépôt des soumissions et l'agente de négociation des contrats a refusé. Par ailleurs, un autre soumissionnaire avait omis de présenter le formulaire 4079 dans les délais prescrits et il a été traité de la même façon par l'agente de négociation des contrats, c'est-à-dire qu'aux fins de l'évaluation de sa soumission, le prix proposé a été majoré de 10 p. 100. Si elle avait agi autrement, elle n'aurait pas traité de façon équitable les soumissionnaires qui s'étaient conformés aux conditions de la demande de soumission. Encore une fois, la Commission estime que l'agente a agi correctement.

Les motifs pour lesquels la Commission estime que l'agente de négociation des contrats a agi correctement en exigeant qu'un formulaire 4079 dûment rempli soit annexé à la soumission de la plaignante -- même si cela donne l'impression qu'il s'agit d'une observation servile des règles alors qu'elle aurait pu, sans risque d'erreur, retenir l'hypothèse qu'il s'agissait d'un produit d'origine canadienne -- c'est que le ministère n'est pas tenu de faire des hypothèses...et qu'il a stipulé clairement dans les conditions de la trousse de soumission qu'il ne ferait pas de suppositions...en ce qui a trait à l'admissibilité, ou à tout autre point, se rapportant aux produits visés par la demande de soumission.

Il appartient au soumissionnaire de préciser l'origine de ses produits...et, dans l'affaire en l'espèce, le gouvernement a précisé, de façon suffisamment claire, qu'il ne fera pas de suppositions parce qu'il exige du soumissionnaire qu'il **atteste** que ses produits sont des produits admissibles -- ou, s'ils ne le sont pas, qu'il en précise l'origine et qu'il en atteste. La DOP portait la clause suivante qui aurait pu être exécutée si le formulaire 4079 avait été annexé à la soumission :

"DÉCLARATION DES BIENS ADMISSIBLES :

Le Soumissionnaire déclare et garantit que la déclaration des biens admissibles jointe à la présente soumission est précise et complète et respecte la définition des biens admissibles stipulée dans la déclaration en question.

Le Soumissionnaire reconnaît par ailleurs que le Ministre se fie à une telle déclaration et une telle garantie pour conclure un marché quel qu'il soit à la suite de la présente soumission.

Les soumissions portant sur des biens admissibles et celles qui se rapportent à des produits d'origine canadienne peuvent recevoir la préférence par rapport aux autres soumissions, conformément aux méthodes de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis portant sur les marchés publics, publiées chaque année dans la Gazette du Canada.

Une telle déclaration et une telle garantie peuvent faire l'objet d'une vérification à la convenance du Ministre."

Et il ne s'agit pas, dans les circonstances, d'une exigence excessive. Le statut commercial des produits varie tellement que l'on ne doit pas s'attendre à ce que les agents de négociation des contrats le connaissent pour tous les produits qu'ils sont appelés à acheter. Ils peuvent connaître le statut commercial de certains d'entre eux mais il demeure que ce sont les soumissionnaires qui sont les mieux à même de le préciser. Le soumissionnaire doit attester que les renseignements fournis sont exacts car il s'agit d'un critère de l'ALÉ. Il faut être en mesure de faire la preuve au partenaire commercial du Canada que ce critère est appliqué de façon uniforme. En outre, cette attestation pourrait s'avérer nécessaire si jamais des mesures d'exécution s'imposaient.

Comme on ne lui avait pas fourni l'attestation exigée, l'agente de négociation des contrats n'était pas tenu de faire des suppositions. Ce sont les règles du jeu et l'agente de négociation des contrats les a observées.

Toutefois, il importe d'aborder plusieurs autres points concernant la question des "biens admissibles". Par exemple :

1. Comme on l'a souligné précédemment, la DOP portait un avertissement à l'effet que si le formulaire n'était pas annexé à la soumission les biens seraient considérés comme étant des "produits non admissibles".

La conséquence d'une telle omission, à savoir l'application d'une pénalité de 10 p. 100 au prix proposé aux fins d'évaluation de la soumission, n'est mentionnée nulle part. (Le ministère **s'est donné la peine** de préciser ce point dans **d'autres** demandes de soumission que la Commission a eu l'occasion d'examiner - se reporter à l'annexe 15 du rapport d'enquête - mais il ne l'a pas fait dans le cas en espèce.)

Qui plus est, la directive du GPA laisse entendre que même si les biens sont réputés "non admissibles", il ne s'ensuit pas **inévitablement** qu'une pénalité de 10 p. 100 sera appliquée au prix proposé aux fins de l'évaluation de la soumission. Cet énoncé (de même que l'énoncé figurant dans la publication "Marchés publics") précise que deux autres catégories de biens doivent aussi bénéficier du "traitement national" : les produits désignés des entreprises multinationales rationalisées et les produits domestiques. Cependant, ce n'est que dans la directive 3005 du GPA, au paragraphe 13 d), que l'on précise que le fait de ne pas identifier les produits dans la déclaration des biens admissibles aura pour conséquence que lesdits biens seront non seulement réputés des biens "non admissibles" mais qu'ils seront également traités comme étant des biens **d'origine étrangère**, les excluant ainsi d'office des deux autres catégories.

En outre, à la lecture de la trousse de soumission, le lecteur pourrait conclure que le ministère **peut** invoquer (c'est-à-dire, à sa discrétion) cette clause, alors que la politique du ministère (précitée) stipule que l'application d'une pénalité, consentant ainsi une préférence, est obligatoire.

2. La clause dans la DOP portant la rubrique "DÉCLARATION DES BIENS ADMISSIBLES" (précitée) dirige le lecteur vers les "procédures" de mise en oeuvre de l'ALÉ qui sont "publiées chaque année dans la Gazette du Canada" s'il veut obtenir des renseignements concernant le traitement préférentiel consenti aux "biens admissibles et aux "produits d'origine canadienne".

On ne précise pas le numéro exact de la Gazette du Canada qu'il faut consulter. De fait, les procédures ont été publiées dans la Partie I de la Gazette du Canada du 21 janvier 1989, peu après la mise en oeuvre de l'ALÉ -- mais, comme la Commission l'a souligné par le passé (se reporter à l'affaire McDermid, numéro du greffe de la Commission E90PRF6635-021-0013, 1^{er} novembre 1990), on y fait aucunement allusion à la pénalité de 10 p. 100.

Cet avis est maintenant publié une fois par année dans la publication "Marchés publics", la dernière parution datant du 25 janvier 1991 -- par pure coïncidence, quatre jours à peine avant la parution de l'avis de projet de marché (APM) dans l'affaire en espèce. Figurait également dans le même numéro un correctif visant à préciser dans quelles circonstances une pénalité de 10 p. 100 pouvait être appliquée. Malheureusement, ce n'est pas **ce numéro** de "Marchés publics" que l'on a indiqué au soumissionnaire de consulter.

3. La clause "Déclaration des biens admissibles" (précitée) est une clause-type du Guide de la politique des approvisionnements du ministère, désignée par l'appellation "t543".

La clause t543 a été modifiée et la nouvelle version est en vigueur depuis le 29 décembre 1989, soit plus d'un an avant la publication de l'APM qui a lancé le processus de passation de ce marché. L'objet de la modification était de supprimer le renvoi à la Gazette du Canada et d'y substituer le renvoi exact à la publication "Marchés publics". Cependant, "l'ancienne" version de la clause t543 est celle qui figure dans la DOP, et ce, plus d'un an après sa mise à jour dans le GPA. On continue donc à induire en erreur les fournisseurs dans la trousse de soumission, alors que les modifications qui s'imposaient ont été apportées il y a déjà fort longtemps.

Conclusion

Malgré les lacunes manifestes dans la trousse de soumission, la Commission conclut que, en l'espèce, la plainte doit être rejetée. Afin d'en arriver à cette décision, la Commission a accordé une grande importance au fait que les documents étaient clairs, à tout le moins en faisant valoir "sans détour" aux soumissionnaires que l'inclusion du formulaire "Déclaration des

biens admissibles" était d'importance cruciale pour le gouvernement, que ce dernier exigeait du soumissionnaire qu'il atteste et garantisse l'exactitude des renseignements fournis et que si le soumissionnaire ne présentait pas ce formulaire, il s'exposait à des conséquences néfastes car ses biens seraient réputés des biens "non admissibles" (peu importe les conséquences auxquelles la plaignante croyait être alors être exposées).

Comment, dans les faits, ces conséquences se manifesteraient n'était pas aussi clair qu'il aurait été souhaitable. Les sources d'information vers lesquelles la plaignante a été dirigée ne faisaient pas état des bons renseignements. La source d'information où **figuraient** les bons renseignements n'a pas été portée à son attention. Il y a également eu d'autres anomalies de moindre importance, source de confusion additionnelle, anomalies auxquelles il a été fait allusion précédemment.

Néanmoins, les documents de soumission renfermait suffisamment d'information pour mettre la puce à l'oreille de gens d'affaires raisonnablement avertis. Ces derniers étaient donc en mesure de déterminer quelles étaient les exigences et pourquoi elles s'imposaient. Ils pouvaient aussi en conclure que de ne pas s'y conformer pouvait avoir des conséquences importantes. À cet égard, les gens d'affaires ont également des responsabilités et il faut s'attendre à ce qu'ils agissent prudemment et dans leurs meilleurs intérêts. Ils disposaient, en l'espèce, de suffisamment d'information pour en conclure que les conséquences pouvaient avoir une incidence sur leur soumission et que s'ils décidaient de ne pas en tenir compte, c'était à leurs propres risques et périls.

Les conséquences pour la plaignante dans cette affaire sont malheureuses... mais, dans les faits, elles sont conformes aux avertissements donnés...et elles sont le résultat direct de l'omission, par la plaignante, de fournir le document exigé lors du dépôt de sa soumission.

Qui plus est, l'agente de négociation des contrats a appliqué la directive du gouvernement avec rigueur, mais aussi avec équité et impartialité à tous les soumissionnaires. (Par contraste, dans l'affaire McDermid précitée, des erreurs similaires ont été commises à l'égard du renvoi aux procédures publiées. Cependant, dans cette affaire, la directive n'a pas été appliquée dans tous les cas où cela s'imposait, le processus de passation du marché ayant alors été vicié à tel point que la Commission ne pouvait laisser passer les écarts de conduite relevés.)

Dans l'affaire en instance, on ne peut en conclure, à l'analyse des faits, que le soumissionnaire n'a pas été traité de façon équitable. Il y a peut-être eu confusion mais certes pas inéquité. En se fondant sur les faits, il faut en conclure que la transparence du processus était appropriée et qu'un soumissionnaire ayant fait preuve d'un degré raisonnable de discernement aurait dû savoir quelles étaient les exigences et que les conséquences de ne pas s'y conformer seraient graves. Les exigences étaient raisonnables et la plaignante aurait pu aisément s'y conformer.

En conséquence:

DÉCISION

La Commission, conformément à l'article 33 du Règlement de la Commission de révision des marchés publics, rejette par la présente la plainte, l'enquête ayant révélé qu'elle était sans fondement.

La Commission a rendu, le 15 mai 1991, une ordonnance visant à annuler l'Ordonnance de suspension d'adjudication qu'elle avait émise le 27 mars 1991.

G.A. Berger

G.A. Berger
Président
Commission de révision des
marchés publics du Canada