



**AFFAIRE INTÉRESSANT**

Une plainte de  
Kaysam Worldwide Inc.  
du 55 Shepherds Lane  
Totowa, New Jersey

représentée par  
Morris/Rose/Ledgett  
Toronto (Ontario)

**ET**

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

N° du greffe de la  
Commission:  
D92PRF66K-238-0023

Plainte rejetée

**Le 9 septembre 1992**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

**La plainte**

Le 11 juin 1992, la Commission de révision des marchés publics (la Commission) a été saisie d'une plainte déposée aux termes de l'article 15 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* (la Loi) par Morris/Rose/Ledgett, avocats représentant Kaysam Worldwide Inc., de Totowa, au New Jersey (Kaysam). La plaignante soutenait que le Service de l'environnement atmosphérique (SEA) d'Environnement Canada (EC) avait acheté divers ballons-sondes météorologiques par l'entremise du ministère des Approvisionnements et Services (MAS), mais lui a refusé le droit et les mêmes possibilités de répondre aux exigences de l'entité acheteuse. La plaignante déclare plus précisément :

[TRADUCTION]

*Le processus de passation des marchés comprenant les produits prévus dans la DDP n° 2 contrevient aux exigences énoncées à l'Article 1305 de la Loi, plus particulièrement :*

*Kaysam n'a pas bénéficié du même droit ni des mêmes possibilités de répondre aux exigences du SEA à l'étape de l'appel d'offres et du dépôt des soumissions parce que les spécifications énoncées par le SEA dans la DDP n° 2 sont identiques, ou presque, aux spécifications de rendement du produit de marque Totex. En conséquence, ces spécifications ont empêché Kaysam de prendre part à cette action de façon ouverte et concurrentielle aux étapes de l'appel d'offres et du dépôt des soumissions...*

*Le SEA n'a pas recouru, aux étapes d'évaluation des soumissions et d'adjudication des marchés, à des critères de décision qui répondent le mieux aux exigences de la DDP n° 2. En outre, l'évaluation technique et des coûts effectuée par le SEA comportait des lacunes; si une évaluation juste avait été effectuée, le contrat aurait dû être adjugé à Kaysam.*

La plaignante a satisfait aux critères de dépôt énoncés au paragraphe 21(1) du *Règlement sur la Commission de révision des marchés publics* (le *Règlement*). Un accusé de réception de la plainte a été envoyé à la plaignante et, le 12 juin 1992, le MAS a officiellement été avisé de la plainte dont il a reçu copie.

La Commission a jugé que la plainte pouvait être scindée en deux. D'abord, l'allégation de Kaysam, selon laquelle les spécifications du SEA sont presque identiques à celles du produit d'un concurrent et que l'obligation de se conformer à ces spécifications constitue une injustice. À l'égard de cet élément, la Commission est d'avis que les motifs de cette partie de la plainte avaient été découverts ou aurait dû être découverts lorsque Kaysam a examiné les documents de soumission avant la date de clôture de la période de dépôt des soumissions. Le paragraphe 23(1) du *Règlement* prescrit en de telles circonstances que la plainte soit déposée avant la date de clôture, mais pas plus tard que 10 jours après la date de découverte des motifs de la plainte ou la date à laquelle ceux-ci auraient dû vraisemblablement être découverts. La Commission croit également que les exceptions énoncées au paragraphe 23(4) du *Règlement* ne s'appliquent pas à la présente cause. C'est pour cette raison que cet élément de la plainte est réputé avoir été déposé en retard et qu'en conséquence il ne sera pas pris en compte dans la présente décision.

Dans la deuxième partie de son allégation, Kaysam soutient que l'évaluation de sa soumission a été effectuée de façon injuste. Vu que les résultats de l'évaluation n'ont pas été divulgués avant le 2 juin 1992 et que Kaysam a déposé sa plainte dans les 10 jours suivant cette date, la plainte doit être réputée avoir été déposée dans le délai prescrit par le paragraphe 23(2) du Règlement et a été acceptée pour enquête, étant donné que dans la forme où elle a été présentée à la Commission, elle répondait aux conditions d'acceptation énoncées dans le paragraphe 28(1) du Règlement. Un avis du dépôt de la plainte a été publié dans la Partie I de la Gazette du Canada ainsi que dans Marchés publics (MP).

Le 28 juillet 1992, le MAS a remis à la Commission le Rapport de l'institution fédérale (RIF). Une copie des parties pertinentes du rapport a été envoyée à la plaignante, qui à son tour a fait part de ses observations à la Commission le 6 août 1992. Les observations de la plaignante ont été communiquées au MAS.

### **L'enquête**

Les allégations de la plainte, la réponse du gouvernement à ces allégations, et les observations faites par la plaignante à ce sujet ont été examinées par le personnel de la Commission à la lumière d'une série d'entrevues et des documents pertinents.

Le personnel a interviewé les personnes suivantes au téléphone ou sur place pour vérifier les déclarations faites dans les documents ou y figurant :

M. David Salvisburg, gestionnaire, Marchés (Downsview); M. Paul Thomson, agent de négociation des marchés, région de l'Ontario; M<sup>me</sup> Marilyn Watt, agente de négociation des marchés, tous du ministère des Approvisionnements et Services, Downsview (Ontario). M<sup>me</sup> Susan Smith, chef, Gestion de l'inventaire; et M. Hugh Black, chef, Service des marchés, ministère de l'Environnement et Service de l'environnement atmosphérique, Downsview (Ontario); Mr. T. Stevenson, de J.W. Stevenson & Co. Ltd., Scarborough (Ontario).

Un exemplaire du rapport préliminaire d'enquête a été envoyé au MAS et à la plaignante pour fins d'observations. Les deux parties ont présenté des réponses écrites lesquelles ont été échangées par la suite. Ces

observations ont été ajoutées au rapport préliminaire d'enquête et font partie du rapport d'enquête déposé devant la Commission.

Le rapport d'enquête renferme un certain nombre d'annexes portant sur des documents que les enquêteurs de la Commission ont jugés pertinents dans leur rapport. Ces documents ne sont pas mentionnés explicitement dans la présente décision, mais ils ont été communiqués aux parties et, sous réserve des dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, sont mis à la disposition de tous les intéressés.

Vu que l'enquête a permis à la Commission de recueillir suffisamment de renseignements pour être en mesure de régler les questions soulevées dans la présente plainte, il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience et aucune des parties n'en a réclamé. Pour en arriver à ses conclusions, la Commission a examiné la plainte, le RIF, la réponse de la plaignante au RIF, le rapport des enquêteurs et les observations formulées à ce sujet par les parties, et elle fonde ses conclusions et ses décisions sur les faits qui y sont exposés et dont les éléments pertinents sont énoncés dans la présente décision.

### **L'adjudication**

Le SEA est un programme d'EC de même qu'un centre d'expertise reconnu dans le domaine de l'équipement météorologique; il offre également des services d'achat et d'entreposage de certains produits météorologiques pour le ministère de la Défense nationale.

En novembre 1991, le SEA a tenté d'acheter des ballons-sondes météorologiques de marque Totex, en vertu d'un «*marché d'exclusivité, aucun succédané*». Après avoir essayé de soumissionner pour ce besoin et le rejet de ses efforts, Kaysam a fait déposer une plainte par ses avocats, le 6 février 1992, à l'encontre de ce marché public. Le gouvernement a donc réexaminé ses besoins et a décidé de lancer un nouvel appel d'offres, cette fois par voie de concours.

Le nouvel appel d'offres a été publié dans MP et une Demande de propositions (DDP) datée du 18 mars 1992 et fixant la date de clôture au 4 mai 1992 à 14 h (HNE), a été préparée. Les spécifications du SEA (annexes A, B et C) ont été jointes à la DDP comme documents de l'appel d'offres. La disposition suivante, incluse dans la DDP, portait sur les critères d'évaluation :

[TRADUCTION]

A0005T 01/06/91

CRITÈRES D'ÉVALUATION

1. PRIX	-OBLIGATOIRE
2. LIVRAISON AU 31 JUILLET 1992	-OBLIGATOIRE
3. RESPECT DES SPÉCIFICATIONS	-OBLIGATOIRE
4. PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE DE PROPOSITIONS	-OBLIGATOIRE
5. DOCUMENTATION TECHNIQUE	-SOUHAITABLE
6. PRÉSENTATION D'ÉCHANTILLONS SUR DEMANDE	-OBLIGATOIRE
7. FRAIS DE TRANSPORT	-SOUHAITABLE

Trois propositions ont été reçues : une de J.W. Stevenson & Co. Ltd., de Scarborough (Ontario), qui offrait des ballons Totex (le soumissionnaire retenu); une de Kaysam, qui proposait des ballons Kaysam; et une d'un troisième fournisseur. Chaque soumissionnaire a joint des spécifications techniques à sa proposition. Le MAS a groupé les spécifications des produits que lui avaient remis les trois soumissionnaires et les a transmises au SEA par télécopieur le 5 mai 1992 en inscrivant les notes suivantes sur la page d'accompagnement :

[TRADUCTION]

- veuillez déterminer le bien-fondé sur le plan technique
- veuillez noter les options relatives au diamètre du col des ballons Kaysam
- répondre sans tarder pour respecter le délai de livraison (31 juillet 1992)

À la suite de l'évaluation effectuée par le SEA, il a été décidé que la soumission de Kaysam n'était pas recevable pour les motifs suivants : le ballon Kaysam de 100 grammes, a été [TRADUCTION] «rejeté en raison du diamètre du col» et les ballons de 300 et de 450 grammes de Kaysam étaient acceptables en [TRADUCTION] «tous points, sauf deux», énoncés ci-après :

[TRADUCTION]

*a) Force ascensionnelle nette recommandée. La quantité d'hélium requise pour produire un taux d'ascension moyen ferait trop augmenter le coût en hélium. L'analyse de coûts est intégrée à la rubrique portant sur les ballons de 450 grammes.*

*b) Taille du col. Notre énoncé des travaux précise que le col doit mesurer trois centimètres.*

Selon le SEA, l'analyse de coûts susmentionnée a été intégrée à l'évaluation des soumissions lorsque l'on s'est rendu compte que le ballon Kaysam est plus gros que le ballon Totex. La DDP et les spécifications qui y sont jointes ne mentionnent aucune comparaison du coût d'utilisation de l'hélium, pas plus qu'elles ne précisent le gaz qui doit être utilisé dans les ballons.

L'évaluation technique se termine par la recommandation suivante : [TRADUCTION] «*que le contrat soit adjugé au fournisseur des ballons Totex, car ces derniers satisfont aux exigences techniques précisées dans notre énoncé des travaux.*»

Une note versée au dossier par le MAS précise que : [TRADUCTION] «*LE SEA A CONFIRMÉ QUE, POUR DES MOTIFS OPÉRATIONNELS, LE COL DES PRODUITS REQUIS DOIT MESURER TROIS CENTIMÈTRES...À PARTIR DE CES RENSEIGNEMENTS, DAVE A EFFECTUÉ UNE COMMANDE DE VIVE VOIX AUPRÈS DE J.W. STEVENSON.*»

Une autre note du MAS ajoutée au dossier indique que le 2 juin 1992, les représentants de Kaysam se sont renseignés au téléphone de l'état d'avancement du dossier. Ils ont été avisés qu'une lettre leur avait été envoyée, dans laquelle il était mentionnée que leur soumission avait été jugée techniquement irrecevable parce que Kaysam n'avait pas soumissionné le diamètre du col des ballons exigé. Après avoir communiqué avec le SEA et le MAS, les représentants de Kaysam n'étaient toujours pas satisfaits des réponses reçues et ils ont décidé de déposer la présente plainte devant la Commission.

## **Discussion**

Lorsque des propositions sont reçues dans le cadre d'une DDP, le gouvernement est tenu de les évaluer selon la méthodologie établie dans la documentation de l'appel d'offres. L'article 1305:2c) du Chapitre 13 de l'Accord de libre-échange (ALÉ) indique en partie que le gouvernement doit, «*pour les décisions touchant la qualification des fournisseurs potentiels, l'évaluation des soumissions et l'adjudication des contrats, utiliser des critères... qui répondent le mieux aux exigences spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres... et... qui sont clairement spécifiés à l'avance*».

La DDP en question renferme des spécifications détaillées énonçant des caractéristiques mesurables à l'égard des produits. Certaines mesures sont assorties de niveaux de tolérance, d'autres pas. La DDP renferme également, entre autres, le critère d'évaluation suivant : [TRADUCTION] «*RESPECT DES SPÉCIFICATIONS -- OBLIGATOIRE*».

De quelle façon le MAS interprète-t-il le terme **obligatoire**? L'article 16 de la directive 3002 du Guide de la politique des Approvisionnements révèle, en partie, ce qui suit :

*Une soumission sera considérée comme irrecevable... si les exigences obligatoires sur le plan technique et sur le plan du rendement inscrites dans la demande ne sont pas respectées;*

La note ci-après suit cet article :

*Les soumissions qui offrent des produits supérieurs seront évaluées uniquement comme répondant aux exigences indiquées. Il peut être acceptable d'offrir des produits de rechange ou substituts à condition que les règles qui en régissent l'offre et l'évaluation soient clairement indiquées dans la demande de soumissions.*

La DDP ne renfermait aucune règle sur l'offre ou l'évaluation des produits de rechange. En conséquence, pour se conformer aux dispositions de l'article 1305:2c) de l'ALÉ (ci-devant), compte tenu du fait que le respect des spécifications est obligatoire et en l'absence de règles régissant l'évaluation des produits de rechange, l'agent de négociation des marchés n'avait aucune latitude pour accepter un produit ne respectant pas toutes les caractéristiques énoncées dans les spécifications.

Dans sa réponse au RIF, Kaysam propose de recourir à des pratiques courantes dans l'industrie comme critère d'évaluation des propositions. Bien qu'un tel recours puisse être valable lorsque les exigences ne sont pas précisées, la Commission est d'avis que si des exigences sont précisées dans une DDP, elles ont préséance sur une pratique qui peut être courante dans l'industrie. En effet, dans l'arrêt *Acme Building and Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* ([1992] A.O. N° 1321), la Cour d'appel de l'Ontario déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

*À notre avis, même si nous possédions des éléments de preuve acceptables portant sur les coutumes et les usages connus de toutes les parties à l'appel d'offres, ceux-ci ne pourraient avoir préséance sur le libellé des documents de l'appel d'offres...*

Dans ce même document, Kaysam soutient que les mesures appliquées par le gouvernement à d'autres marchés publics devraient influencer sur la façon d'envisager l'évaluation du marché en question. La Commission applique le principe énoncé à l'article 17 de la Loi :

*17. Dans l'examen de la plainte, la Commission tient compte des exigences de l'article 1305 de l'Accord et autres formalités réglementaires et détermine si elles ont été respectées **lors de l'adjudication objet de la plainte.** (nous soulignons)*

Selon le résumé d'évaluation transmis par le SEA au MAS, la soumission de Kaysam a été rejetée pour deux raisons. D'abord, la taille du col des ballons offerts (pour les trois types de ballons) ne correspondait pas aux spécifications; ensuite, dans le cas des ballons de 300 et de 450 grammes, le motif de rejet avait trait à une comparaison, effectuée par le SEA, du coût supplémentaire en hélium pour gonfler les ballons Kaysam par rapport aux ballons Totex.



La plaignante soutient dans sa plainte que :

[TRADUCTION]

*L'évaluation des coûts effectuée par le SEA à l'égard des ballons de 300 et de 450 grammes offerts par Kaysam comporte des lacunes, car elle ne tient pas compte des questions portant sur les coûts liées à la force ascensionnelle nette des ballons; par ailleurs, si une évaluation juste avait été effectuée, le contrat aurait été adjugé à Kaysam. En outre, compte tenu des soi-disant coûts supplémentaires rattachés à l'hydrogène utilisé pour alimenter les ballons de 300 et 450 grammes, Kaysam avait quand même présenté la soumission la plus basse pour les ballons de 450 grammes et pour le contrat en général.*

Dans le RIF, le MAS soutient que [TRADUCTION] «*la proposition de Kaysam a été jugée irrecevable parce qu'elle ne respectait pas les spécifications obligatoires énoncées dans l'appel d'offres, plus précisément la taille du col trois centimètres*». Le MAS est d'avis que la comparaison des coûts d'utilisation a été effectuée [TRADUCTION] «*comme s'il s'agissait d'un exercice théorique*» et n'a pas servi à rejeter la soumission de Kaysam.

La Commission est d'avis que le recours à une comparaison de coût, sauf si elle porte sur le prix demandé, aurait été contraire à l'article 1305:2c) de l'ALÉ, qui exige que les critères de décision utilisés lors de l'évaluation des soumissions soient clairement spécifiés à l'avance.

Dans sa proposition, Kaysam a fourni des spécifications détaillées sur les trois ballons. Elle n'a pas prétendu que le MAS avait commis une erreur lorsqu'il a décidé que la soumission de Kaysam était irrecevable pour les ballons de 100 grammes. Dans sa soumission, Kaysam offrait des ballons de 100 grammes dont le col mesurait 3,5 cm, + ou - 0,3 cm, tandis que la DDP exigeait un col de 1,4 cm de diamètre, + ou - 0,3 cm.

La question en litige porte sur la nature de la soumission de Kaysam dans le cas des ballons de 300 et 450 grammes. Dans sa soumission, Kaysam précise ce qui suit à l'égard des ballons de 300 grammes :

[TRADUCTION]

<i>Diamètre du col *</i> <i>(Col intégral)</i>	$1 \frac{9}{16} \pm \frac{3}{16}$ <i>en pouces</i>	$4.0 \pm 0,5$ <i>en cm*</i>
---	---	--------------------------------

La note suivante figure au bas de la page :

[TRADUCTION]

*\* Également offert avec des cols joints de 2,5 cm et de 3,2 cm.*

Pour les ballons de 450 grammes, la proposition renferme la mention suivante :

[TRADUCTION]

<i>Diamètre du col *</i> <i>(Col joint)</i>	$1 \frac{9}{16} \pm \frac{3}{16}$ <i>en pouces</i>	$4,0 \pm 0,5$ <i>en cm*</i>
--	---	--------------------------------

La note suivante figure au bas de la page :

[TRADUCTION]

*\* Également offert avec des cols joints de 2,5 cm et de 3,2 cm.*

Dans sa plainte et dans ses présentations ultérieures à la Commission, Kaysam soutient que l'écart entre le diamètre du col de son produit et celui précisé dans les spécifications n'est que de 2 mm. Cette allégation suppose que dans sa proposition, Kaysam offre légitimement un autre produit dont le col mesure 3,2 cm de diamètre. À cet égard, le MAS déclare ce qui suit dans ses observations au rapport préliminaire d'enquête :

[TRADUCTION]

*les options relatives au diamètre du col «également avec des cols de 2,5 cm et de 3,2 cm», des ballons Kaysam sont simplement présentées sous forme de note au bas de la proposition, sans autres renseignements, entre autres les coûts... L'évaluation a été*

*effectuée à partir des renseignements contenus dans les propositions reçues avant la clôture de l'appel d'offres. Les options offertes pour les produits Kaysam n'ont pas été prises en compte aux fins de l'adjudication du contrat, car aucun détail sur les prix n'a été fourni. Le gouvernement n'a pas demandé de renseignements supplémentaires sur les prix des options offertes par Kaysam vu que la réception de ce type de renseignements après la clôture de l'appel d'offres aurait procuré un avantage injuste à Kaysam et que cette procédure n'est pas conforme à notre politique.*

La Commission est d'avis qu'en raison du libellé de la DDP, la seule proposition recevable aurait porté sur des ballons à col de trois centimètres de diamètre.

La Commission en vient donc à la conclusion que la plaignante n'a pas été traitée de façon injuste lors de l'évaluation de sa soumission. La décision du gouvernement, à savoir que la soumission de Kaysam n'est pas recevable, est conforme aux exigences de l'article 17 de la Loi compte tenu des circonstances relatives aux spécifications. La Commission se fonde sur ces éléments pour statuer qu'aux termes de l'article 33 du Règlement il n'existe aucun fondement valable pour la plainte; par conséquent, elle la rejette. En outre, comme il a déjà été mentionné, l'allégation de Kaysam selon laquelle les spécifications l'ont empêchée de répondre de façon ouverte et concurrentielle aux étapes de l'appel d'offres et du dépôt des soumissions, et d'y prendre part, a trait à une plainte qui n'a pas été déposée dans le délai prescrit par l'article 23 du Règlement. Enfin, vu que la Commission a décidé que la plainte de Kaysam doit être rejetée pour les motifs exposés dans le présent document, elle n'examinera pas d'autre question portant sur ce marché qui n'a pas trait à la présente décision.

**DÉCISION**

La Commission a statué, à la lumière de son enquête, qu'il n'existe aucun fondement valable pour la présente plainte et, par les présentes, elle la rejette aux termes de l'article 33 du *Règlement sur la Commission de révision des marchés publics*.

**J. Craig Oliver**  
\_\_\_\_\_  
**J. Craig Oliver**  
**Président**  
**Commission de révision des**  
**marchés publics du Canada**