



AFFAIRE INTÉRESSANT

Une plainte de
Unicam Analytical Inc.
du 405, chemin Britannia est, unité 23
Mississauga (Ontario)

N° du greffe de la
Commission :
D92PRF6601-021-0027

Plainte accueillie

ET

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

Le 30 octobre 1992

DÉCISION DE LA COMMISSION

La plainte

Le 12 août 1992, la Commission de révision des marchés publics (la CRMP ou la Commission) a reçu une plainte de Unicam Analytical Inc. (Unicam). La plainte porte sur la fourniture d'un spectrophotomètre et d'accessoires pour le ministère de l'Agriculture (AC). La plaignante soutient que le produit offert par l'adjudicataire, Perkin-Elmer Canada Ltd. (Perkin-Elmer), n'est pas un équivalent du modèle Unicam précisé dans la Demande de propositions (DDP) et que, par conséquent, Perkin-Elmer n'aurait pas dû obtenir ce marché.

La plaignante a demandé à la Commission de revoir la décision rendue par le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) et d'accorder le marché à Unicam.

La plainte a satisfait aux critères de dépôt énoncés au (paragraphe 21(1) du *Règlement sur la CRMP*). Un accusé de réception de la plainte a été transmis à la plaignante.

Le 17 août 1992, la Commission a accepté pour enquête la plainte étant donné qu'elle répondait aux conditions d'acceptation et qu'elle avait été déposée dans le délai prescrit (paragraphe 28(1) et 23(2) du *Règlement sur la CRMP*). Un avis du dépôt de la plainte a paru dans la Partie I de la *Gazette du Canada* et dans *Marchés publics*. Le MAS a été formellement avisé de la plainte et en a reçu copie.

Le MAS a remis son Rapport de l'institution fédérale (RIF) à la Commission le 8 septembre 1992. Une copie des parties pertinentes du rapport a été communiqué à la plaignante, qui a ensuite soumis ses observations à la Commission le 15 septembre 1992. Les observations de la plaignante ont été transmises au MAS.

Le MAS et la plaignante ont reçu copie du Rapport préliminaire d'enquête aux fins de commentaire. Chacune des parties y a donné suite par une réponse écrite qui a été ultérieurement communiquée à l'autre. Ces réponses ont été ajoutées au Rapport préliminaire d'enquête et font partie du Rapport d'enquête soumis à la Commission.

Le Rapport d'enquête renferme un certain nombre d'annexes traitant de pièces et de documents jugés pertinents par les enquêteurs de la Commission. Ces pièces et documents ne sont pas expressément mentionnés dans la présente décision, mais ils ont 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 les examiner.

L'enquête ayant permis de recueillir suffisamment de renseignements pour que la Commission puisse, à son avis, disposer de la plainte, il a été décidé de ne pas tenir d'audience verbale, et ni l'une ni l'autre des parties n'en a réclamée. Pour rendre ses conclusions, la Commission a examiné la plainte, le RIF, la réponse de la plaignante à celui-ci, le rapport de ses enquêteurs et les observations des parties au sujet de ce document, et elle a fondé ses conclusions et décisions sur l'exposé des faits, dont les extraits pertinents sont repris ci-après.

L'enquête

Les allégations formulées dans la plainte, la réponse du gouvernement à ces allégations et les observations de la plaignante à propos de la réponse du gouvernement ont fait l'objet d'une enquête au moyen d'entrevues et d'un examen de certains documents. Les personnes suivantes ont été interviewées :

M. Cedric Buddo, directeur des ventes au Canada, Unicam, de Mississauga (Ontario); M^{me} Carole Bouchard (agente de négociation des contrats) et M. Daniel Lessard (son superviseur), tous deux du MAS, de Sainte-Foy (Québec); M^{me} Thérèse Nadeau (agente en administration) et M. Regis Simard (chercheur et utilisateur final), tous deux de Sainte-Foy (Québec).

Le marché

Le 12 mai 1992, ou aux environs de cette date, le MAS-Québec a reçu une demande portant sur un spectrophotomètre d'absorption atomique et des accessoires, avec échange, de la station de recherche d'AC situé à Sainte-Foy. Après s'être assuré auprès de l'utilisateur final que celui-ci accepterait des articles équivalents à ceux commandés, l'agent de négociation des contrats a préparé l'Avis de projet de marché (APM) et la DDP. L'APM a paru dans la livraison de *Marchés publics* du 2 juin 1992 et portait la désignation F-4, indiquant un marché concurrentiel plus ou moins restreint selon la situation.

La DDP précisait que les soumissions devaient être déposées au plus tard le 13 juillet 1992 et énonçait certaines exigences, dont les suivantes :

RÉF : Unicam ou/or équivalent/equal [nous soulignons]

[TRADUCTION]

001	9423 393 0071			
	<i>Spectrophotomètre AA Solaar 939</i>			
	<i>à double faisceau</i>	1.00	@	___ \$
002	9423 470 03001			
	<i>Échantillonneur automatique</i>			
	<i>Gilson 221 (ou 222 ou équivalent)</i>	1.00	@	___ \$
003	9423 470 03501			
	<i>Installation de lavage AA</i>	1.00	@	___ \$
004	9423 470 0311			
	<i>Tubes en polypropylène</i>	1.00	@	___ \$
005	9423 393 46031			
	<i>Plateau d'accessoires</i>	1.00	@	___ \$
006	9423 393 29201			
	<i>Logiciel perfectionné</i>	1.00	@	___ \$

007	9423 393 29301			
	<i>Logiciel à éléments multiples</i>	1.00	@	___ \$
008	9423 390 30821			
	<i>Lampe à cathode creuse codée, plomb</i>	1.00	@	___ \$
009	9423 390 35011			
	<i>Piège à atomes à tube plat</i>	1.00	@	___ \$
010	<i>Moins allocation pour échange d'un spectrophotomètre d'absorption [sic] atomique perkin-elmer 2380 incluant installation et formation sur place de 1-2 jours</i>	1.00	@	___ \$
	<i>Garantie: 13 mois sur pièces, main-d'oeuvre et déplacement.</i>			

ÉVALUATION DES PROPOSITIONS :

[TRADUCTION]

a) *Votre proposition, le prix indiqué et les taux de rémunération doivent respecter scrupuleusement les exigences énoncées dans la Demande de propositions et figurer sur ce formulaire.*

[FIN DE LA TRADUCTION]

b) *Le ministère évaluera les propositions reçues en considérant les facteurs suivants :*

- i) *Conformité avec les termes et les conditions de cette demande de propositions.*
- ii) *Le plus bas prix d'évaluation livré à destination, tenant compte des exceptions, changements et qualifications aux spécifications.*
- iii) *Évaluation de toute documentation technique et information.*
- iv) *Date de livraison.*

- c) *Votre proposition peut être rejetée si elle n'est pas conforme à cette demande. Toute déviation doit être clairement identifiée et supportée en détail.*

Dix entreprises ont demandé des documents de soumission, et six soumissions ont été déposées par cinq fournisseurs avant la clôture de l'appel d'offres. Comme seulement deux soumissions, celles de Unicom et de Perkin-Elmer, s'accompagnaient d'une Déclaration des biens admissibles dûment remplie, en vertu de la règle mentionnée dans *Marchés publics*, toutes les propositions ont été examinées.

La proposition de Unicom remplissait toutes les conditions. Dans celle de Perkin-Elmer, les items 1 à 10 avaient été rayés et l'on avait ajouté la mention suivante :

VOIR NOTRE SOUMISSION MJAC3549 CI-INCLUSE

Ladite soumission (MJAC3549) renfermait la liste suivante :

<u>ITEM</u>	<u>DESCRIPTION</u>
1	<i>Spectrophotomètre d'absorption atomique modèle 3300...[suivait une description des caractéristiques de l'appareil comportant deux pages]</i>
2	<i>Échantillonneur automatique modèle AS-90</i>
3	<i> Tubes de 16 ml (1000/paquet)</i>
4	<i>Logiciel d'opération</i>
5	<i>Lampe à cathode creuse codée, Plomb</i>
6	<i>Support pour cellule</i>
7	<i>Installation et formation</i>
8	<i>Extension de 9 mois de garantie, 3300 -</i>
9	<i>Extension de 9 mois de garantie, AS-90 -</i>
	<i>...Allocation d'échange pour votre spectrophotomètre AA Perkin Elmer modèle 2380 avec accessoires...</i>

Garantie : Treize (13) mois sur pièces, main d'oeuvre et déplacement

OPTION

- 10 **Nébuliseur Haute Sensibilité (en échange du nébuliseur standard*
- 11 **Capuchon de la chambre d'atomisation[sic]*
- 12 *Extension de garantie additionnelle pour période de douze (12) mois*

Le 15 juillet 1992, le MAS-Québec a expédié des copies intégrales des soumissions reçues à AC, y compris les prix, ainsi qu'une note d'accompagnement demandant à AC de les informer des produits jugés acceptables. On précisait dans cette lettre qu'il avait été décidé de transmettre les soumissions parce que certains soumissionnaires offraient des succédanés.

AC a répondu au MAS dans une note de service en date du 21 juillet 1992, demandant que le marché soit attribué à Perkin-Elmer. Cette note fait aussi référence à une conversation antérieure qui, selon l'enquête, a eu lieu dans le cadre d'une conférence téléphonique entre le superviseur de l'agente de négociation des contrats, l'agente en administration d'AC et l'utilisateur final de l'équipement. Au cours de cette conversation, l'utilisateur final a déclaré au MAS que l'équipement offert par Perkin-Elmer répondait aux exigences de base d'AC et, ce soumissionnaire étant le moins-disant, il a demandé que le marché lui soit adjugé. L'utilisateur final d'AC qui a effectué l'évaluation a déclaré que, même si Unicom et un autre soumissionnaire offraient de l'équipement qu'il jugeait supérieur, il avait décidé d'accepter la soumission de Perkin-Elmer parce que l'équipement offert était le moins coûteux et permettait d'effectuer les analyses nécessaires. La lecture des soumissions reçues a débouché sur cette conclusion. Le dossier du MAS concernant le marché ne renferme aucun document relatif à l'évaluation, et AC n'en a pas fourni à la Commission.

Le MAS-Québec a verbalement adjugé le marché à Perkin-Elmer le 23 juillet 1992. Selon Unicom, le 4 août suivant ou aux environs de cette date, son représentant au Québec a appris la décision d'accorder le marché à Perkin-Elmer. Le MAS a envoyé une lettre officielle de regret à Unicom le 14 août 1992.

Discussion

En réponse à la plainte de Unicom, la Commission considérera d'abord si le gouvernement avait raison d'assortir le marché de telles exigences, c'est-à-dire d'utiliser une marque de fabrique ou l'équivalent, et non des exigences de rendement. Ensuite, la Commission déterminera si le MAS, ayant adopté une conduite donnée, s'est conformé aux dispositions de la DDP et de l'Accord de libre-échange (ALÉ). Pour en décider, la Commission a examiné les faits et les circonstances relatifs à ce marché, de même que la législation applicable et la politique pertinente du gouvernement.

Pour ce qui est de l'énoncé des exigences, le paragraphe 3 de l'article IV de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics se lit comme suit :

Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans les appels d'offres.

Comme la DDP renfermait uniquement une marque de fabrique et la liste des accessoires, qui comprenait essentiellement le numéro de la pièce et une brève description, on peut se demander si le MAS aurait pu utiliser un énoncé plus général dans la DDP, lequel énoncé aurait été «suffisamment précis» ou aurait constitué un «moyen ... intelligible de décrire les conditions du marché».

En réponse aux allégations de la plaignante, le MAS déclare notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

*L'équipement choisi est jugé équivalent parce que ses fonctions principales (celles pour lesquelles il est conçu) sont les mêmes et qu'il **permettra d'obtenir les résultats souhaités.** [nous soulignons]*

En outre, au sujet de certains des points plus importants soulevés par la plaignante, le MAS traite des résultats attendus de l'usage de l'équipement :

[TRADUCTION]

*Le produit de Unicam est effectivement plus sensible, mais cela **n'influe en rien sur les résultats escomptés.*** [nous soulignons]

À propos du [TRADUCTION] «*tube à fente pour atomes*», le MAS aborde de nouveau la question de la plus grande sensibilité, soulignant que [TRADUCTION] «[celle-ci] **n'affecte pas les résultats escomptés.**» [nous soulignons]

D'après ces réponses que le MAS a fournies dans le RIF, il est évident que le gouvernement aurait pu donner une description suffisamment précise et intelligible de ses exigences, sinon de chaque caractéristique que devait présenter l'instrument recherché, du moins des principaux résultats que l'on souhaitait en tirer (c'est-à-dire [TRADUCTION] «*l'analyse des éléments que nous utilisons le plus souvent (potassium, sodium, calcium, etc.)*»), évitant ainsi d'employer une marque de fabrique et des numéros de pièces. Cette démarche n'a toutefois pas été retenue pour l'élaboration de la DDP.

Le MAS a plutôt décidé qu'il était préférable, ou plus commode, de décrire les produits requis en mentionnant la marque de fabrique «Unicam» et les numéros de pièces, puis d'ajouter les mots «*ou/or équivalent/equal*». La Commission estime que cela n'est pas justifié. Néanmoins, ayant opté pour cette approche, le gouvernement devait veiller à ce que son processus d'évaluation, y compris l'examen des produits et des accessoires équivalents, se déroule de façon juste et transparente, permettant à chaque fournisseur des chances égales de répondre aux exigences du gouvernement à l'étape de l'appel d'offres et de l'évaluation des soumissions relatives à ce marché.

L'alinéa 1305.2c) du chapitre 13 de l'ALÉ prévoit notamment que le gouvernement devra,

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 ne mentionne expressément ni critère ni méthode de décision semblable conforme à cette obligation. L'enquête n'a pas non plus montré qu'une évaluation d'équivalence technique systématique des produits offerts avait été effectuée. Le gouvernement a plutôt exercé son pouvoir discrétionnaire dans l'exécution de l'évaluation technique. Cela est évident dans les cas où, à propos de certains items mentionnés dans la DDP, le gouvernement a conclu, dans son évaluation, que la fourniture de produits équivalant à ces items était, en fait, facultative. En d'autres mots, le gouvernement a décidé que certains items, quoique mentionnés dans la DDP, n'étaient pas vraiment requis. La Commission estime, pour des raisons exposées ci-après, que le gouvernement n'a pas cette latitude pour évaluer l'équivalence.

Ainsi, la DDP mentionne notamment l'article 001-9423-393-0071 (le spectrophotomètre AA Solaar 939 à double faisceau). La plaignante soutient que, dans ce cas, le produit équivalent offert par l'adjudicataire n'est pas équivalent à celui visé par la DDP.

En réponse à cette affirmation, le MAS déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le produit de Unicam est effectivement plus sensible, mais cela n'influe en rien sur les résultats escomptés.

L'article 009-9423-390-35011 de la DDP est un autre exemple. Dans ce cas, la plaignante déclare que le [TRADUCTION] «*piège à atomes à tube plat*» qu'il offre [TRADUCTION] «*présente une sensibilité accrue et joue un rôle important pour ce qui est de répondre à ce besoin de l'utilisateur final.*» La plaignante ajoute que l'adjudicataire n'a proposé aucun produit équivalent.

En réponse à ce qui précède, le MAS convient que le [TRADUCTION] «*piège à atomes à tube plat*» est plus sensible, mais ajoute [TRADUCTION] «*mais cela n'influe en rien sur les résultats escomptés.*» Alors pourquoi réclamer au départ un tel item ou un produit équivalent?

Cela ne veut pas dire que le gouvernement ne peut modifier l'énoncé de ses besoins s'il l'estime à-propos. En fait, s'il avait été dans l'intérêt du gouvernement de déroger sensiblement aux exigences énoncées, comme ce fut le cas ici, il aurait pu le faire, à condition de se conformer aux dispositions de l'ALÉ. Par exemple, il aurait pu annuler la procédure en cours, redéfinir ses besoins et lancer un nouvel appel d'offres.

Or, dans les deux cas précités, le gouvernement a exercé un pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'énoncé des besoins au lieu de se conformer au critère de l'évaluation d'équivalence qu'il s'était lui-même imposé aux termes de la DDP. De l'avis de la Commission, cela constitue une modification unilatérale, ultérieure et non transparente de la méthode d'évaluation exposée dans la DDP et, en dernière analyse, a donné lieu à des changements non annoncés et importants à l'énoncé des besoins. Cette modification est contraire aux dispositions de l'ALÉ, car elle influe directement sur le choix de l'adjudicataire, question que la Commission ne peut trancher dans les circonstances hors de tout doute raisonnable.

C'est pourquoi la Commission donne raison à la plaignante.

En examinant ce marché, la Commission a également constaté que le MAS avait communiqué des données sur les prix à AC au moment de procéder à l'évaluation technique.

Or, la directive 3002.27 du Guide de la politique des approvisionnements, du MAS, renferme la note suivante :

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

Dans l'affaire Bio-Temp Scientific (n° du greffe de la Commission : E90PRF66W9-238-0003, le 1^{er} juin 1990), la Commission a abordé cette question et déclaré que la divulgation des coûts aurait pu «*influer 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.*»

Cette politique du MAS et les commentaires de la Commission à ce sujet n'ont pas été pris en compte en l'occurrence.

DÉCISION

Sur la foi de son enquête, la Commission décide que l'adjudication du marché faite par le ministère des Approvisionnements et Services ne respecte pas les exigences énoncées à l'article 17 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange* dans la mesure où, pour l'évaluation des offres, il a exercé des pouvoirs discrétionnaires plutôt que des critères précis afin de mesurer le degré d'équivalence des succédanés offerts. Cela a donné lieu à des changements non annoncés et importants dans l'énoncé des exigences qui ont eu pour effet de priver les soumissionnaires potentiels de chances égales de répondre au besoin de l'entité acheteuse lors de l'étape de l'appel d'offres et du dépôt des soumissions et, plus précisément, lors de l'évaluation des soumissions.

La Commission accorde à la plaignante le remboursement des frais entraînés par le dépôt et de l'examen de sa plainte et, compte tenu des circonstances propres à ce marché, le remboursement des frais entraînés par la préparation de sa soumission.

J. Craig Oliver

J. Craig Oliver

Président

**Commission de révision des
marchés publics du Canada**