



AFFAIRE INTÉRESSANT :

**Une plainte de
Nicolet Instrument Canada Inc.
1 - 1200, promenade Aerowood
Mississauga (Ontario)**

**N° du greffe de la
Commission :
G92PRF66W-021-0031**

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 13 janvier 1993

DÉCISION DE LA COMMISSION

La plainte

Le 13 octobre 1992, la Commission de révision des marchés publics (la Commission) a reçu un avis de plainte de Nicolet Instrument Canada Inc. (Nicolet). Cette plainte, assortie de renseignements complémentaires fournis par Nicolet, a été déposée le 19 octobre suivant. La plainte porte sur la fourniture d'un oscilloscope à stockage numérique Nicolet et d'accessoires au ministère de la Défense nationale (MDN). Dans sa plainte, Nicolet soutient que l'équipement acheté par le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) par le biais de Metrone Corporation (Metrone), l'adjudicataire, n'est pas garanti par Nicolet Instrument Corporation, de Madison, Wisconsin, et que Nicolet ne peut en assurer l'entretien, car Metrone n'est pas un représentant agréé et n'a aucun lien avec la plaignante. Cette dernière soutient par ailleurs que le MAS avait contrevenu à leur entente sur les soumissions ouvertes en ne demandant pas une nouvelle soumission ou un nouveau prix pour ce marché. À titre de mesure corrective, la plaignante demande que le marché lui soit adjugé au prix indiqué dans sa plainte.

La plainte 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.

La Commission a déterminé, le 26 octobre 1992, que la plainte devait faire l'objet d'une enquête car, à première vue, elle répondait aux exigences de recevabilité (paragraphe 28(1) du Règlement) et de dépôt opportun (paragraphe 23(2) du Règlement). Un avis de dépôt de la plainte a été publié dans la Partie I de la *Gazette du Canada*, ainsi que dans *Marchés publics* (MP). Le MAS a été formellement avisé du dépôt de la plainte et une copie de celle-ci lui a été envoyée.

Le MAS a remis le Rapport de l'institution fédérale (RIF) à la Commission le 16 novembre 1992. 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 25 novembre 1992. Les observations de la plaignante ont été communiquées au MAS.

Un exemplaire du rapport préliminaire d'enquête (RPE) 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. Dans ses observations, le MAS soutenait notamment que le RPE renfermait un exposé erroné des faits touchant les éléments de preuve indiquant à quel moment la plaignante connaissait ou aurait dû connaître le motif de sa plainte et, peut-être, si le délai de dépôt de la plainte auprès de la Commission avait été respecté. Le personnel de la Commission a préparé un supplément au RPE traitant de cette question, et ce document a été envoyé aux deux parties aux fins de commentaires. Ni l'une ni l'autre partie n'a commenté le supplément. Les observations susmentionnées ont été ajoutées au RPE 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 jugé 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 orale. 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 y compris le RPE et les observations formulées à ce sujet par les parties, de même que le supplément au RIF, 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'enquête

Les allégations de la plaignante, la réponse du gouvernement à ces allégations et les observations faites par la plaignante à ce sujet ont été examinées à la lumière d'une série d'entrevues et des documents pertinents. Les personnes suivantes ont été interviewées :

M^{me} Carole Bouchard, agente de négociation des marchés, MAS Ste-Foy (Québec); M. Andy Metelka, gestionnaire des produits, Nicolet, Mississauga (Ontario); M. Pierre Bélanger, technologue principal, MDN, Centre de recherches pour la défense - Valcartier (Québec) (CRDV).

L'adjudication

Le 23 janvier 1992, le MAS-Québec a reçu une demande du MDN portant sur un oscilloscope à stockage numérique Nicolet et ses accessoires. La section de la demande renfermant les instructions précisait comme suit l'identité du fabricant et du fournisseur :

Manuf : Nicolet
Fourn : Technolor Instruments Inc.
3274 Boul. St.-Martin Ouest
Suite 106
Chomedey-Laval, Québec

Une note aller retour du MDN renfermant le passage suivant était annexée à la commande : «*VEUILLEZ SVP PROCÉDER AUX APPELS D'OFFRES POUR CET ARTICLE; TOUTEFOIS NE PAS ÉMETTRE LE CONTRAT SANS UN ACCORD FINAL DU CRDV*».

Le MAS a préparé un Avis de projets de marchés (APM) qui a paru dans la livraison de MP du 5 février 1992 dans la section GATT/ALE, sous la rubrique «Projets de marchés». L'avis portait le code de désignation «F-1» c'est-à-dire acquisition visée par le libre-échange — destinée à tous les fournisseurs intéressés.

Une Demande de propositions (DDP), datée du 30 janvier 1992 et indiquant comme date de clôture le 17 mars suivant, renfermait la disposition suivants : *«Votre soumission sera considérée à condition que la livraison soit effectuée pour le: 31 mars 1992.»*

La DDP incorpore sous forme de renvoi des Clauses et conditions uniformisées DSS-MAS 9403, où l'on trouve une partie du passage suivant au paragraphe 2 de la section A, intitulée «INSTRUCTIONS» :

Ni la plus basse, ni l'une quelconque des offres ne sera nécessairement acceptée... Les offres doivent être valables pendant au moins soixante (60) jours à compter de la date de clôture de la demande de soumission, sauf indication contraire de la part du MAS dans les présentes.

La DDP renfermait aussi des «CONDITIONS GÉNÉRALES» qui stipulent notamment que *«[c]es conditions générales et clauses font partie intégrante de cette Demande de Proposition comme si elles y étaient définies au complet»*. La DDP ne renferme aucune disposition modifiant la période de 60 jours susmentionnée.

La DDP comprenait aussi la disposition suivante :

ÉVALUATION DES PROPOSITIONS :

- 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.*

...

d) La Couronne se réserve le droit de négocier des changements aux devis techniques ou aux termes et conditions. Alternativement, une proposition peut être acceptée sans négociations.

Un document daté du 30 mars 1992 et intitulé «*LISTE DES COMMANDES EN ATTENTE AU MAS*» a été diffusé aux acheteurs. La note manuscrite suivante, datée du 9 avril 1992, avait été ajoutée au bas de la liste et signée par le superviseur de l'acheteur :

Voici la liste des demandes qui sont toujours en suspend [sic] depuis le gel. Ne pas émettre de contrat pour ces demandes sans l'autorisation du bureau des achats du CRDV. Vous pouvez émettre des contrats pour toutes les autres demandes qui ne sont pas sur cette liste.

Le marché faisant l'objet de la présente plainte figure sur cette liste.

Cinq fournisseurs ont soumis des propositions. Le MAS a compilé les propositions reçues et transmis les documents (y compris les listes de prix) au MDN le 14 avril 1992 aux fins d'évaluation technique.

Le MDN a transmis le rapport d'évaluation technique, daté du 29 avril 1992, au MAS. Selon ce rapport, deux des systèmes ont été rejetés parce qu'ils ne satisfaisaient pas aux exigences. Un autre semblait conforme aux exigences mais était plus coûteux que les autres systèmes acceptables. Les deux derniers systèmes faisaient l'objet des commentaires suivants :

Le système soumis par METRONE CORPORATION est le même que celui soumis par NICOLET INSTRUMENT CANADA, mais à un coût de [montant rayé] inférieur à ce dernier.

CONCLUSION

Même si la soumission de METRONE CORPORATION est légèrement inférieure à celle de NICOLET INSTRUMENT CANADA, j'opterais pour ces derniers afin de ne pas toujours

être dans l'obligation de passer par une troisième partie pour obtenir de l'information ou pour faire respecter les garanties.

Le 3 juillet 1992, ou aux environs de cette date, l'agente de négociation des marchés a examiné tous les dossiers en suspens et, lorsqu'elle a constaté que le dossier faisant l'objet de la présente plainte était encore ouvert, elle a décidé de vérifier l'état de la commande avec le MDN. Selon le MAS, le MDN a confirmé verbalement que l'équipement en question était toujours requis et que, les fonds étant disponibles, le MAS devrait procéder à l'adjudication du marché.

Selon le MAS, il a été décidé d'obtenir une confirmation du moins-disant. Le même jour, Metrone a donc été priée de confirmer si les prix indiqués dans son offre de mars 1992 demeuraient valables. Le MAS n'a communiqué avec aucun autre soumissionnaire.

Metrone a transmis le message suivant par télécopieur au MAS le 6 juillet 1992 : [TRADUCTION] «*OBJET : QUE91-02531-512-A. NOUS CONFIRMONS LES PRIX INDIQUÉS.*»

Le 8 juillet 1992, le MAS a communiqué avec Metrone par téléphone pour lui annoncer que le marché lui avait été attribué et que le délai de livraison était de huit semaines à compter de la date du marché. Le MDN a reçu l'équipement au cours de la dernière semaine d'août 1992.

Discussion

Avant d'examiner la plainte sur le fond, il faut déterminer si elle a été déposée en temps opportun. Cette question a été soulevée par le gouvernement et influe sur la compétence de la Commission pour entendre la plainte.

Le paragraphe 23(2) du Règlement se lit en partie comme suit :

la plainte doit être déposée dans les 10 jours après la date où les motifs de la plainte ont été découverts ou auraient dû vraisemblablement être découverts, selon la première éventualité.

Dans sa plainte du 19 octobre 1992, Nicolet déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai appris la chose [qu'un marché avait été attribué] par mon représentant agréé, Technolor Instrument Corporation, le 9 octobre 1992.

Dans le RIF, le gouvernement déclare que la plaignante ou ses représentants ont appris l'adjudication du contrat bien avant le 9 octobre 1992 car l'utilisateur final du MDN a communiqué avec Nicolet au cours de la première semaine de septembre 1992 pour discuter de l'équipement.

La communication du début de septembre 1992 évoquée par le gouvernement est un document transmis par télécopieur à Nicolet par l'utilisateur final du MDN. Le texte intégral de cette communication se lit comme suit :

[TRADUCTION]

Pourriez-vous m'envoyer des échantillons de programmes pour Macintosh? Je voudrais transférer des fichiers de données de mon nouveau Nicolet PRO40 à mon MAC.

Selon l'enquête, après avoir reçu cette communication par télécopieur, Nicolet a communiqué avec l'utilisateur final pour confirmer la passation d'un marché en marge de cette commande. Nicolet a ensuite communiqué avec l'agente de négociation des marchés du MAS pour se plaindre de la situation. Nicolet a déclaré que ces conversations ont eu lieu après qu'elle eut appris de son représentant agréé à Montréal, le 9 octobre 1992, que le contrat relatif à ce marché avait été attribué. De son côté, le MDN a indiqué avoir communiqué avec Nicolet plusieurs semaines (peut-être 3 ou 4) après l'envoi de la communication par télécopieur du 9 septembre 1992. Quant au MAS, il aurait communiqué avec Nicolet vers la fin de septembre ou au début d'octobre.

La Commission constate que le gouvernement n'a pas informé la plaignante de l'adjudication du marché dans les «sept jours ouvrables à compter de la passation du marché» comme le prévoit l'article VI, paragraphe 4 de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics (le Code). Elle constate en outre qu'aucun avis de passation de ce marché n'a été

publié dans les 60 jours de sa passation, comme le prescrit l'article VI, paragraphe 1 du Code. L'envoi d'une communication par télécopieur entre le gouvernement et Nicolet le 9 septembre 1992 ne fait aucun doute. Par ailleurs, selon les renseignements fournis à la Commission et qui n'ont pas été contestés, la communication suivante à ce sujet entre Nicolet et le gouvernement est postérieure au 9 octobre 1992.

La Commission n'a plus qu'à déterminer si le message transmis par télécopieur le 9 septembre 1992 indique clairement que la plaignante avait découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les motifs de sa plainte aux environs de cette date.

La Commission estime qu'en soi, le message télécopié ne suffit pas à démontrer qu'il y avait eu passation du marché. Elle admet donc l'argument de la plaignante quant au moment où elle a découvert les motifs de sa plainte et conclut que la plaignante a agi dans les délais prescrits.

Dans ses observations au sujet du RIF, Nicolet a traité des **garanties** et de **l'entretien** du produit. Plus particulièrement, elle a déclaré qu'elle ne souhaitait pas revenir là-dessus à moins d'y être invitée. Nicolet a ajouté qu'elle ne s'attend pas à ce que la Commission se prononce à cet égard. Dans ce cas, la Commission estime que cet aspect de la plainte est retiré.

Pour examiner la plainte de Nicolet sur le fond, la Commission doit déterminer si le gouvernement a, selon l'expression de la plaignante, contrevenu à leur entente sur les soumissions ouvertes en ne demandant pas une nouvelle soumission ou un nouveau prix pour ce marché. La Commission doit donc déterminer si le gouvernement a bien agi dans les circonstances, compte tenu de la procédure instituée par l'Accord de libre-échange (ALE) et le Code.

Suit un résumé des principaux faits relatifs à cette affaire :

- a) Le 5 février 1992, le gouvernement a émis un avis de projets de marché pour l'acquisition d'un oscilloscope à stockage numérique Nicolet. Cet avis portait le code F-1, c'est-à-dire acquisition visée par le libre-échange — destinée à tous les fournisseurs intéressés.
- b) Les modalités du concours figuraient dans une DDP datée du 30 janvier 1992 et indiquant comme date de clôture le 17 mars suivant.

- c) Le 1^{er} mai 1992, le MDN a demandé au MAS de ne pas émettre de contrat relativement à ce marché car il risquait d'être annulé.
- d) La DDP précisait notamment que les marchandises devaient être livrées le 31 mars 1992 et que les prix indiqués devaient être valables pendant au moins 60 jours à compter de la date de clôture de la demande de soumissions, soit jusqu'au 19 mai 1992.
- e) Selon le rapport d'évaluation technique du 29 avril 1992 préparé par le MDN, trois soumissions, dont celle de Nicolet, répondait aux critères techniques.
- f) Le 3 juillet 1992, ou aux environs de cette date, soit près de 94 jours après la date de livraison indiquée dans la DDP et quelque 47 jours après l'échéance de la période de validité des prix de 60 jours, le MAS a communiqué avec Metrone, le moins-disant, pour confirmer ses prix. Le ministère n'a communiqué avec aucun autre soumissionnaire.
- g) Le MAS a attribué un marché à Metrone le 8 juillet 1992.
- h) La livraison des marchandises a été complétée à la fin d'août 1992, près de 5 mois plus tard que la date indiquée à cette fin dans la DDP du 30 janvier 1992, soit le 31 mars 1992.
- i) Les modalités de cette DDP n'ont pas été modifiées après avoir été émises le 30 janvier 1992, et le gouvernement n'a pas formellement annulé l'adjudication du marché. Par contre, les fournisseurs souhaitant obtenir des précisions ont été informés du gel des dépenses.

La Commission estime que ce projet de marché était sujet à une remise en question dès qu'il est devenu évident que la date de livraison indiquée dans la DDP (le 31 mars 1992) ne serait pas respectée. Le gouvernement n'a rien fait pour corriger la situation ou pour prolonger le délai d'acceptation des offres.

Le gouvernement s'est expliqué en déclarant notamment que, à son avis, un gel des dépenses équivaut à une suspension, laquelle a pour conséquence naturelle de suspendre le délai applicable aux offres, pourvu que la durée de la suspension soit raisonnable. Une condition de cette nature aurait pu être invoquée si elle avait été mentionnée dans la DDP, en

application de l'article V, paragraphe 13 j) du Code, afin que tous les soumissionnaires prennent note des répercussions de cette condition et agissent en conséquence. Or, cette condition n'a pas été mentionnée.

Le gouvernement admet que tous ne considéreraient pas une telle suspension comme une conséquence naturelle d'un gel des dépenses, et que la politique du MAS (*Guide de la politique des approvisionnements*, directive n° 3151) fournit à l'agent de négociation des marchés certaines instructions à cet égard, de même qu'une certaine latitude car, dans sa version anglaise, le libellé de la politique renferme le mot «may». Le passage en question de cette politique, qui est reproduit dans la DDP, est le suivant :

*5. Where the bid acceptance period expires before a contract is placed, the merit of requesting all bidders to confirm their bid **may** [nous soulignons] be considered. Confirmation shall be obtained from the bidders in writing. Should any one of the bidders choose not to confirm a bid, the bid solicitation must be reissued.*

La Commission est d'avis que la marge de manoeuvre que cette disposition accorde à l'agent de négociation des marchés lui permet uniquement de déterminer s'il convient de demander à **tous** les soumissionnaires de confirmer leur soumission. À défaut, la marche à suivre consiste à annuler le marché et à émettre un nouvel avis de projets de marché, et non à communiquer avec un seul soumissionnaire comme ce fut le cas ici.

Il s'agit en l'occurrence d'un projet de marché qui a été retardé par suite du gel des dépenses du MDN. Ce retard s'est prolongé au delà de l'échéance de la période de validité des soumissions, soit plus de 60 jours à compter de la date de clôture de la demande de soumissions. Cette période de 60 jours est conforme aux dispositions générales de l'article V, paragraphe 13 d) du Code. Comme la DDP n'a pas été modifiée, ses modalités et celles des soumissionnaires ne liaient plus ces derniers.

De l'avis de la Commission, le fait que le gouvernement n'avait pas formellement annulé le projet de marché témoigne de son intention d'y donner suite par voie d'appel d'offres ouvert. Toutefois, la Commission estime que la décision de communiquer uniquement avec Metrone le 3 juillet 1992 pour lui demander de confirmer ses prix revient à passer un marché avec un fournisseur unique sans en donner avis et sans que cela soit justifié, comme le prévoient l'ALE et l'article V, paragraphe 16 du Code. Le

gouvernement n'a pas justifié sa décision, croyant qu'il ne faisait que poursuivre un projet de marché «suspendu» par suite du gel des dépenses du MDN.

La Commission déclare que le gouvernement a contrevenu au Code et, plus précisément, qu'il a passé un marché avec un fournisseur unique sans motif valable. En conséquence, la Commission donne raison à la plaignante.

Dans sa plainte, Nicolet demande que le marché lui soit attribué en réparation. Cela est impossible, car l'appel d'offres ouvert pour lequel elle a soumissionné a, en fait, été annulé pour les raisons susmentionnées.

Or, est-ce là le seul dédommagement auquel Nicolet, qui a non seulement soumissionné ce marché, mais également engagé des frais à cette fin, a droit? La Commission a eu à résoudre un cas semblable dans l'affaire Waters Chromatography (n° du greffe de la Commission : E91PRF6631-021-0002, le 29 avril 1991), où un contrat devant faire l'objet d'un appel d'offres ouvert n'avait été annoncé dans aucun avis, ce qui avait empêché un fournisseur dont le désir de soumissionner le contrat était nettement établi de ce faire.

De même, dans la présente affaire, le geste posé par le gouvernement a eu pour effet d'empêcher un fournisseur potentiel de solliciter, et peut-être d'obtenir, un marché. En d'autres mots, Nicolet a perdu une occasion de faire des affaires. Il incombe donc à la Commission de déterminer quels dommages Nicolet a subis.

Vu que Nicolet a démontré son intention de soumissionner pour obtenir ce marché, que cinq soumissionnaires intéressés, dont Nicolet, ont soumissionné le marché précédent, que le produit offert par Nicolet, ou l'équivalent, est celui que le gouvernement souhaite acheter, et que le gouvernement avait l'intention d'attribuer ce marché par le biais d'un appel d'offres ouvert, la Commission conclut que rien ne porte à croire que cette possibilité serait sensiblement différente de celle qui existait au cours de l'appel d'offres ouvert précédent. Cela dit, la Commission estime que Nicolet avait une chance sur cinq d'obtenir le marché. En conséquence, elle recommandera que la plaignante reçoive en dédommagement le cinquième (1/5) des bénéfices, s'il en est, qu'elle aurait touchés si le marché lui avait été adjudgé au prix indiqué dans sa plainte du 19 octobre 1992.

DÉCISION

La Commission a statué, à la lumière de son enquête, que ce marché attribué par le ministère des Approvisionnements et Services n'était pas conforme à l'article 17 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange* parce qu'il n'a pas accordé à tous les fournisseurs potentiels des chances égales de répondre aux besoins de l'entité acheteuse au cours des étapes de l'appel d'offres et d'adjudication du marché.

La Commission a également décidé d'accorder à la plaignante le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'examen de sa plainte.

La Commission recommande que le MAS établisse, en collaboration avec la plaignante, un projet de dédommagement représentant 1/5 des bénéfices, s'il en est, qu'elle aurait touchés si le marché lui avait été adjugé au prix indiqué dans sa plainte du 19 octobre 1992, et que la Commission pourrait considérer comme une compensation juste et raisonnable pour la perte de cette occasion de soumissionner ce marché et d'en tirer un bénéfice. Ce projet sera soumis à la Commission dans les 30 jours des présentes.

J. Craig Oliver

J. Craig Oliver

Président

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