



AFFAIRE INTÉRESSANT

**Une plainte
de Enconair Ecological Chambers Inc.
du 477, avenue Jarvis
Winnipeg (Manitoba)**

**N° du greffe de
la Commission :
D93PRF6631-021-0025**

Intervenant:

**Controlled Environments Limited
du 590, rue Berry
Winnipeg (Manitoba)**

Plainte rejetée

ET

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

Le 7 décembre 1993

DÉCISION DE LA COMMISSION

Le 24 septembre 1993, la Commission de révision des marchés publics (la Commission) a été saisie d'une plainte déposée par Enconair Ecological Chambers Inc. (Enconair), au sujet de l'acquisition, par le bureau de Saskatoon du ministère des Approvisionnements et Services (MAS), de deux chambres à culture tissulaire à étages multiples pour le compte de l'Institut de biotechnologie des plantes (IBP) du Conseil national de recherches du Canada (CNRC), à Saskatoon (Saskatchewan).

Le plaignant soutient que les motifs invoqués par le MAS dans une lettre du 13 septembre 1993 pour rejeter sa soumission ne sont pas valables. Plus particulièrement, il prétend que le MAS a eu tort de déclarer que son offre ne satisfait pas à certaines exigences obligatoires.

À titre de mesure corrective, Enconair demande que le contrat adjudgé à son concurrent soit résilié et lui soit accordé.

Le 4 octobre 1993, les exigences administratives et réglementaires ayant toutes été satisfaites, la Commission a admis la plainte aux fins d'enquête.

Le 25 octobre 1993, le MAS a remis à la Commission le Rapport de l'institution fédérale (RIF). Une copie des parties pertinentes du RIF a été envoyée au plaignant et à l'intervenant, Controlled Environments Limited (Conviron). Le 4 novembre 1993, Enconair a fait part de ses observations à ce sujet à la Commission, qui les a transmises au MAS.

Le 10 novembre 1993, un exemplaire du rapport préliminaire d'enquête a été envoyé au MAS, au plaignant et à l'intervenant pour fins d'observations. Toutes les parties ont présenté des réponses écrites, lesquelles ont été envoyées aux intéressés. Ces réponses ont donné lieu à d'autres observations, qui ont également été dûment transmises. Toutes 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.

Comme l'enquête a permis à la Commission de recueillir suffisamment de renseignements pour lui permettre 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 réclamée. Pour en arriver à ses conclusions, la Commission a examiné la plainte, le RIF, la réponse du plaignant au RIF, le rapport préliminaire d'enquête 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'enquête

Le personnel de la Commission a étudié les allégations relatives à la présente plainte en procédant à des entrevues directes et en examinant des documents.

Les personnes suivantes ont participé à des entrevues directes et/ou téléphoniques pour confirmer les diverses déclarations faites ou contenues dans la documentation :

M. Wayne Mack, agent de négociation des marchés, MAS, Saskatoon, M^{me} Irene Howe, agente chargée des approvisionnements, IBP/CNRC, Saskatoon, et M. C.E. Lamont, président, Enconair, Winnipeg.

Le marché

Le 14 mai 1993, le bureau du MAS à Saskatoon a reçu par télécopieur une demande de l'IBP/CNRC qui portait sur le matériel suivant :

A Chambres à culture tissulaire à étages multiples TC16

**VOIR LES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES CI-JOINTES*

Le 19 mai 1993, le MAS a communiqué avec l'agente chargée des approvisionnements du CNRC pour compléter l'exposé des exigences. Selon le CNRC, les exigences obligatoires contenues dans la demande correspondaient aux exigences réelles et, en conséquence, le MAS a été prié de procéder à l'acquisition comme prévu.

Le MAS a préparé un «Avis de projet de marché» (APM) qui a paru dans Marchés publics du 2 juin 1993. L'avis comportait les exigences obligatoires suivantes :

Exigences impérieuses : a) adaptateur de transmission et commutateur de dérivation intégrés, afin de permettre la communication avec l'ordinateur central et le consignateur de données déjà en place...

Le MAS a également préparé une Demande de proposition (DDP) portant la date du 2 juin 1993 et fixant la date de clôture au 12 juillet 1993, à 14 h (HNC). L'exigence y était décrite en ces termes :

[TRADUCTION]

Fournir deux (2) chambres à culture tissulaire à étages multiples à l'Institut de biotechnologie des plantes du Conseil national de recherches du Canada, 110, Gymnasium Place, Saskatoon (Saskatchewan), conformément aux spécifications énoncées dans le présent document et aux dispositions des annexes «B» et «D» (trois pages) ci-jointes.

[...]

001 Chambre à culture tissulaire, à étages multiples, selon les spécifications suivantes :

Suivait une description des spécifications jointes à la demande du CNRC. Deux colonnes intitulées «*MET*» et «*NOT MET*» (dans la version anglaise) permettaient aux soumissionnaires d'indiquer si leur proposition était conforme à chaque élément d'une spécification donnée. Un élément des spécifications se lit comme suit :

[TRADUCTION]

2.N) L'unité de contrôle doit être reliée au consignateur de données et à l'ordinateur central déjà en place (286 compatible avec IBM) pour permettre au gestionnaire de surveiller, de contrôler et d'adapter l'unité et l'une ou l'autre des 24 unités déjà en place. Pour faciliter l'utilisation d'unités produites par divers fabricants, les logiciels utilisés doivent être conçus pour fonctionner en Windows 3.0.

Un autre élément des spécifications, à la rubrique «*EXIGENCES OBLIGATOIRES*», se lit comme suit :

A) adaptateur de transmission et commutateur de dérivation intégrés, afin de permettre la communication avec l'ordinateur central et le consignateur de données déjà en place...

Les spécifications se terminent par les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Produit acceptable : Chambre à culture tissulaire Conviron (modèle TC16) comprenant tous les accessoires COMM, SNH, CAST, PV et WC.

Produit offert : _____.

Veillez fournir toutes les spécifications et des documents descriptifs sur le(s) produit(s) offert(s).

La DDP comprenait également la clause de «CERTIFICATION DES FOURNITURES» suivante :

[TRADUCTION]

Le produit offert est en tous points conforme aux spécifications. OUI_____

NON _____. Différences :

Deux fournisseurs ont présenté des propositions. Le plaignant a joint à la sienne une lettre d'accompagnement datée du 12 juillet 1993 et qui renferme les passages suivants :

[TRADUCTION]

...

Nous respectons en tous points votre demande, sauf pour ce qui est de l'unité de contrôle, qui doit être exclusive. Le libellé semble le prolongement de l'exigence de fournisseur exclusif du CNRC, en vertu de laquelle les 24 autres unités mentionnées ont été fournies.

Le système de contrôle exigé n'est pas générique, mais décrit les caractéristiques propres à Conviron, avec raccordement à un consigneur de données et à un ordinateur central déjà en place qui est vraisemblablement illégal. L'unité de contrôle que nous proposons fonctionnerait à partir d'un ordinateur 386SX compatible avec IBM doté d'un disque dur et d'une unité de disques souples. L'unité pourrait exécuter toutes les commandes requises et comporte des caractéristiques que ne possède pas l'unité Conviron, notamment...

Dans sa proposition, le plaignant précise sa réponse aux exigences énoncées dans les spécifications. Cependant, pour ce qui est des deux caractéristiques en litige, le plaignant n'a pas indiqué «MET» ou «NOT MET» («respecté» ou «non respecté»). Il a plutôt fourni les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Observation

2.N) L'unité de contrôle doit être reliée au consignateur de données et à l'ordinateur central déjà en place (286 compatible avec IBM) pour permettre au gestionnaire de surveiller, de contrôler et d'adapter l'unité et l'une ou l'autre des 24 unités déjà en place. Pour faciliter l'utilisation d'unités produites par divers fabricants, les logiciels doivent être conçus pour fonctionner en Windows 3.0.

LE CONSIGNATEUR DE DONNÉES DÉJÀ EN PLACE EST DE FABRICATION EXCLUSIVE. NOUS COMMETTRONS VRAISEMBLABLEMENT UNE INFRACTION SI NOUS TENTIONS DE NOUS RACCORDER À CET APPAREIL. NOUS POUVONS METTRE L'ORDINATEUR EN RÉSEAU. LES DONNÉES SONT AUTOMATIQUEMENT CONSIGNÉES SUR LE DISQUE DUR OU SUR UNE DISQUETTE.

EXIGENCES OBLIGATOIRES :

A) Adapteur de transmission et et commutateur de dérivation intégrés, afin de permettre la communication avec l'ordinateur central et le consignateur de données.

VOIR CE-DEVANT
[observation 2.N)]

À la rubrique «Produit offert», le plaignant indique «Enconair ECTC - 16».

La clause de «CERTIFICATION DES FOURNITURES» prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le produit offert est en tous points conforme aux spécifications. OUI_XX_
NON _____. Différences :

IL N'EXISTE PAS DE DIFFÉRENCES MARQUÉES. LA SEULE DIFFÉRENCE A TRAIT AU REMPLACEMENT DE L'UNITÉ DE CONTRÔLE EXCLUSIVE (DE FABRICATION EXCLUSIVE).

Le 13 juillet 1993, le MAS a transmis les deux soumissions reçues au CNRC. Selon ce dernier, des exemplaires des soumissions ont été distribuées à l'interne, aux intéressés. Le 14 juillet 1993, le gestionnaire technique du Centre des plantes transgéniques (CPT) de l'IBP/CNRC a remis les «*observations*» suivantes au gestionnaire des approvisionnements du CNRC :

[TRADUCTION]

...

À l'examen du projet de chambre écologique d'Enconair, nous avons constaté que les spécifications suivantes n'avaient pas été respectées :

...

2. N. *non respectée*

9. A. *non respectée* [devrait être remplacée par «A»]

Compte tenu de ces éléments, nous recommandons le rejet du projet de chambre écologique d'Enconair et l'acceptation de l'autre proposition.

À la demande du gestionnaire des approvisionnements du CNRC, une réunion avec les personnes et groupes intéressés a été convoquée dans le but d'examiner chacun des éléments des soumissions. Au cours de cette rencontre, il a été jugé nécessaire de procéder à une vérification plus approfondie de la proposition d'Enconair. En conséquence, le MAS a fait parvenir à Enconair une lettre portant la date du 21 juillet 1993 et dans laquelle il lui demandait de fournir d'autres renseignements. Le 5 août 1993, Enconair a fourni au MAS les renseignements demandés.

Selon le CNRC, le gestionnaire des approvisionnements du CNRC, l'agent de négociation des marchés du MAS et son gestionnaire se sont rencontrés le 1^{er} septembre 1993. La soumission initiale d'Enconair a alors été examinée de façon approfondie et, compte tenu de la réponse fournie dans la proposition au sujet des deux exigences susmentionnées, il a été recommandé de déclarer la soumission d'Enconair non conforme. Le 2 septembre 1993, le MAS a envoyé par télécopieur au CNRC la décision ci-après, datée du 1^{er} septembre 1993 :

[TRADUCTION]

...La soumission d'Enconair ... montre clairement l'incapacité de cette société de respecter les exigences énoncées dans la DDP.

e) L'unité de contrôle doit être reliée au consignateur de données et à l'ordinateur central déjà en place ... la lettre du soumissionnaire révèle sans l'ombre d'un doute que ce dernier n'est pas en mesure de satisfaire à cette exigence.

f) l'EXIGENCE OBLIGATOIRE a) «adaptateur de transmission et commutateur de dérivation intégrés, afin de permettre la communication avec l'ordinateur central et le consignateur de données» n'est pas respectée - la lettre du soumissionnaire indique que ce dernier ne satisfait pas à cette exigence.

La soumission d'Enconair est jugée non conforme...

Le 9 septembre 1993, le MAS a adjugé un contrat à Conviron.

Dans une lettre portant la date du 13 septembre 1993, le MAS a avisé Enconair que [(TRADUCTION) «le contrat à l'égard de ce projet ne vous a pas été adjugé, car nous avons retenu une offre plus intéressante». Il était par la suite mentionné dans la lettre qu'Enconair n'avait pas satisfait aux exigences des dispositions pertinentes (2.N et (A)) de la DDP.

Dans une lettre datée du 24 septembre 1993, Enconair a déposé la plainte en cause.

Discussion

De l'avis de la Commission, la plainte est essentiellement fondée sur le fait que l'évaluation effectuée par le MAS représente une dérogation aux critères d'évaluation et à la méthodologie énoncés dans la DDP. Par ailleurs, ou en outre, le plaignant a soutenu que la spécification des chambres à culture tissulaire à étages multiples est en partie de nature restrictive (propriété exclusive) et que le comportement du MAS à cet égard équivalait à un appel d'offre exclusif, ce qui a eu pour effet d'éliminer le plus de concurrence possible.

Le paragraphe 23(1) du Règlement sur la Commission de révision des marchés publics précise ce qui suit :

Si les motifs de la plainte ont été découverts ou auraient dû vraisemblablement être découverts avant le dépouillement des soumissions ou la date de clôture de l'appel d'offres, la plainte doit être déposée avant le dépouillement ou la date de clôture, selon le cas, mais pas plus tard que 10 jours après la date de la découverte des motifs de la plainte ou la date à laquelle ceux-ci auraient dû vraisemblablement être découverts. [caractères gras ajoutés]

Les renseignements soumis à l'examen de la Commission révèlent que le plaignant a soulevé pour la première fois la question des spécifications restrictives ou de l'«exclusivité» dans la lettre qu'il a fait parvenir au MAS le 12 juillet 1993. Cette lettre n'ayant pas été livrée séparément (elle faisait partie de la soumission du plaignant), le gouvernement n'a pu y avoir accès avant le dépouillement des soumissions. Pourtant, les motifs des préoccupations du plaignant à cet égard ressortaient clairement à l'examen de l'APM et de la DDP et cette question aurait dû être soulevée avant la clôture de l'appel d'offres ou la date de clôture des soumissions, ce qui n'a d'ailleurs pas été fait; la Commission ne peut donc pas examiner cette question et ne se prononcera pas sur sa validité.

Il ne reste plus à la Commission que de statuer sur la question de l'évaluation; elle doit plus particulièrement décider si le gouvernement a agi correctement ou non lorsqu'il a déclaré la soumission d'Enconair non conforme.

La paragraphe 15e) de l'Article V de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, l'Accord relatif aux marchés publics, renferme les dispositions suivantes :

*...pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux **conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres**, et avoir été déposées par des fournisseurs remplissant les conditions de participation. [caractères gras ajoutés]*

Les parties ne contestent pas le fait que «*l'adaptateur de transmission et le commutateur de dérivation intégrés, qui ont été installés pour permettre la communication avec l'ordinateur central et le consignateur de données*» sont présentées comme une exigence obligatoire dans la DDP, pas plus qu'elles remettent en question le fait que «*l'unité de contrôle doive être reliée au consignateur de données et à l'ordinateur central déjà en place (compatible avec*

IBM 286)» représente dans la DDP une condition essentielle. Cependant, le fait que les parties conviennent que ces caractéristiques sont effectivement considérées dans la DDP comme des exigences obligatoires ne permet pas de trancher de façon catégorique en faveur du plaignant, à savoir que le gouvernement n'a pas, à l'étape de l'évaluation, fourni [TRADUCTION] «*d'explication valable [...] quant aux raisons pour lesquelles ces exigences étaient nécessaires*».

Cette dernière observation pourrait ou non être valable, mais elle porte sur la question des spécifications restrictives (appel d'offres exclusif) ou, peut-être, sur le caractère équitable des critères d'évaluation contenus dans la DDP. Comme il a déjà été mentionné, il s'agit là de questions qui auraient dû être connues au moment de la publication de la DDP et qui auraient dû être portées à l'attention du MAS ou de la Commission avant le dépouillement des soumissions ou la date de clôture des soumissions, pour qu'une plainte puisse être considérée comme ayant été produite dans les délais prescrits.

Il ne reste donc plus à la Commission qu'à déterminer si l'évaluation des offres a été effectuée d'une manière juste par le MAS lorsqu'il a examiné la réponse du plaignant aux exigences de ce projet. La proposition du plaignant était-elle conforme à ces exigences? Les renseignements remis à la Commission révèlent clairement qu'à cet égard la proposition du plaignant ne respectait pas deux des conditions essentielles de la DDP. Le plaignant lui-même l'a reconnu lorsqu'il a déclaré en réponse au rapport préliminaire d'enquête (lettre portant la date du 24 novembre 1993) :

[TRADUCTION]

NOTRE LETTRE QUI ACCOMPAGNAIT LA DEMANDE DE PROPOSITION PRÉCISAIT QUE NOUS N'AVIONS PAS RESPECTÉ CES DEUX CRITÈRES. DÈS LE DÉPART, NOUS AVONS DÉCLARÉ QUE NOUS N'AVIONS PAS RESPECTÉ LES CRITÈRES, CE QUI AVAIT CONFÉRÉ DE FACTO À LA DEMANDE DE PROPOSITION LE STATUT DE DEMANDE DE FOURNISSEUR EXCLUSIF.

La Commission en vient à la conclusion que la décision du gouvernement de déclarer la soumission d'Enconair non conforme parce qu'elle ne respecte pas les deux exigences visées par la présente décision est conforme aux méthodes et critères d'évaluation prévus dans la DDP. Le Commission est donc d'avis que l'allégation du plaignant, à savoir que l'évaluation a été effectuée de façon inéquitable, n'est pas fondée.

La Commission rejette la plainte.

DÉCISION

Après avoir examiné la plainte, le Rapport de l'institution fédérale et tous les autres renseignements pertinents, la Commission statue, aux termes de l'article 33 du Règlement sur la Commission de révision des marchés publics, qu'il n'y a aucun fondement valable pour la plainte et, par les présentes, la rejette.

J. Craig Oliver

J. Craig Oliver

Président

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