

A-243-06
2007 FCA 176

A-243-06
2007 CAF 176

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Envoy Relocation Services (*Respondent*)

Envoy Relocation Services (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ENVOY RELOCATION SERVICES (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) c. ENVOY RELOCATION SERVICES (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Evans and Ryer JJ.A.—Ottawa, March 28; May 3, 2007.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Evans et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 28 mars; 3 mai 2007.

Crown — Contracts — Judicial review of revised decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) recommending respondent be awarded half of cost of preparing unsuccessful bids for two government contracts — Respondent filing complaint under Canadian International Trade Tribunal Act (CITT Act) with CITT which found Public Works and Government Services Canada (PWGSC) had breached Request for Proposals (RFP) — Recommended re-evaluation of specific section of bidders' proposals — Federal Court of Appeal upholding finding of breach but remitting matter for redetermination of remedy, which was to be limited to monetary reliefsought — Application dismissed, Ryer J.A. dissenting — As administrative tribunal, CITT performing regulatory role in administrative process, not exercising remedial powers in same way as courts resolving private law disputes — However, CITT must exercise powers with view to maintaining potential bidders' confidence in integrity of procurement system — In recommending appropriate remedy under Act, s. 30.15(2), CITT required to consider factors listed in s. 30.15(3), which are different from common-law principles for breach of contract — CITT not precluded from recommending respondent be compensated simply because loss of expectation bids would be evaluated in accordance with RFP not compensable in damages at common law — CITT's power under Act, s. 30.15(4) to award, not merely recommend, reasonable costs incurred by complainant in preparing response to RFP supporting conclusion not patently unreasonable or erroneous in law for CITT to determine partial reimbursement of respondent's bid preparation costs appropriate remedy in unique circumstances of case.

Couronne — Contrats — Contrôle judiciaire de la décision révisée dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics — La défenderesse a déposé, en vertu de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur (la Loi sur le TCCE), une plainte auprès du TCCE, qui a déclaré que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) avait violé la demande de propositions (la DP) — Le TCCE a recommandé la ré-évaluation d'une disposition particulière des propositions des soumissionnaires — La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu violation, mais a renvoyé l'affaire pour que le TCCE fixe la nouvelle mesure réparatrice, déclarant qu'elle devait s'en tenir à la réparation pécuniaire demandée — Demande rejetée, le juge Ryer, J.C.A., dissident — À titre de tribunal administratif, le TCCE joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif, mais il n'exerce pas ses pouvoirs de réparation de la même façon que les tribunaux réglant des différends régis par le droit privé — Cependant, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics — Lorsqu'il fait une recommandation de mesure corrective en vertu de l'art. 30.15(2) de la Loi, le TCCE est tenu de prendre en compte les facteurs énumérés à l'art. 30.15(3), qui diffèrent des principes de common law relatifs à la rupture de contrat — Le fait que la perte de l'attente de la défenderesse à ce que ses propositions soient examinées de manière conforme à la DP ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law n'empêche pas le TCCE de recommander que la défenderesse soit indemnisée — Le pouvoir du TCCE qui lui est conféré par l'art. 30.15(4) de la Loi d'accorder, et non de recommander simplement, le remboursement des frais raisonnables qu'engage le plaignant en préparant sa réponse à une DP étaye la conclusion qu'il n'était pas manifestement déraisonnable ou erroné en droit de statuer que le

This was an application for judicial review to set aside a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT) recommending that the respondent be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts for the provision of relocation services to the Canadian Forces, Royal Canadian Mounted Police and the Government of Canada. Public Works and Government Services Canada (PWGSC) awarded both contracts to another bidder. The respondent filed a complaint with the CITT under subsection 30.11 of the *Canadian International Trade Tribunal Act* (CITT Act), alleging that PWGSC had breached the Request for Proposals (RFP) by deducting points when it evaluated section 2.2.4.2 of the respondent's proposals because the information provided by the respondent therein was not consistent with that which it provided in the same section of its proposal for the other contract. The CITT upheld the respondent's complaint and recommended that section 2.2.4.2 of all bidders' proposals be re-evaluated by a new evaluation team. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the CITT's finding that there had been a breach of the RFP in the evaluation of section 2.2.4.2 in the respondent's proposals, but set aside the remedy the CITT had recommended and remitted the matter for a redetermination thereof, stating that the scope of the remedy had to be limited to monetary relief sought, which included compensation for loss of profits, reimbursement of its bid preparation costs and the costs of preparing and proceeding with the complaint. In its redetermination, the CITT reiterated its earlier finding that the serious breach of evaluation procedures had prejudiced the integrity of the government procurement system and that the remedy should reflect the seriousness of the impact of PWGSC's breach in accordance with subsection 30.15(3) of the Act. It also stated that it wanted to put the respondent into the same position in which it would have been had it known how PWGSC was going to evaluate section 2.2.4.2 and awarded the respondent an amount equal to 50 percent of the respondent's bid preparation costs in compensation. The issue was whether the CITT's decision was patently unreasonable.

remboursement partiel des frais engagés par la défenderesse pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances uniques de l'affaire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vue de faire annuler la décision révisée dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics qui avaient trait à la prestation de services de réinstallation aux Forces canadiennes ainsi qu'à la Gendarmerie royale du Canada et au gouvernement du Canada. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a adjugé les deux marchés à un autre soumissionnaire. La défenderesse a déposé une plainte auprès du TCCE en vertu de l'article 30.11 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi sur le TCCE), alléguant que TPSGC avait violé une clause de la demande de propositions (la DP) en soustrayant des points au moment d'évaluer la section 2.2.4.2 des propositions de la défenderesse parce que les informations que cette dernière avait données dans cette section ne concordaient pas avec celles qu'elle avait données dans la même section de sa proposition relative à l'autre contrat. Le TCCE a accueilli la plainte de la défenderesse et a recommandé qu'une nouvelle équipe d'évaluation réévalue la section 2.2.4.2 des propositions de tous les soumissionnaires. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du TCCE selon laquelle il y avait eu violation d'une clause de la DP au stade de l'évaluation de la section 2.2.4.2 figurant dans les propositions de la défenderesse, mais elle a annulé la mesure de réparation que le TCCE avait recommandée et a renvoyé l'affaire pour que le TCCE fixe la nouvelle mesure réparatrice, déclarant que l'étendue du recours devait s'en tenir à la réparation pécuniaire demandée, ce qui comportait une indemnité pour perte de profits, le remboursement des frais liés à la préparation des propositions de même que les dépens liés à la préparation et à l'instruction de la plainte. À l'issue de son réexamen, le TCCE a réitéré la conclusion qu'il avait tirée dans sa décision précédente, à savoir que l'infraction grave des méthodes d'évaluation avait porté préjudice à l'intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble et que la mesure corrective devait refléter la gravité des conséquences de l'infraction de TPSGC conformément au paragraphe 30.15(3) de la Loi. Il a aussi statué qu'il voulait placer la défenderesse dans la position dans laquelle elle se serait trouvée si elle avait su de quelle manière TPSGC évaluerait la section 2.2.4.2 et a accordé à la défenderesse un montant égal à 50 % des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission à titre d'indemnité. La question à trancher était celle de savoir si la décision du TCCE était manifestement déraisonnable.

Held (Ryer J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Evans J.A. (Richard C.J. concurring): As an administrative tribunal, the CITT performs a regulatory role in the administrative process. Reviewing courts should not assume that the legislature intended the agency under review to exercise its remedial powers exactly the same way as courts exercise analogous powers to resolve disputes governed exclusively by private law. Although performing essentially adjudicative functions when it inquires into complaints of unfair treatment by disappointed bidders on government contracts, the CITT must exercise its powers with a view to maintaining potential bidders' confidence in the integrity of the procurement system. It should therefore not be assumed that the CITT's powers to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles. Parliament's use of the generic "compensated" instead of the legal term "damages" was relevant.

The Federal Court of Appeal had determined that monetary relief was the appropriate remedy and the CITT had only to quantify the award. In so doing, the CITT was engaged in recommending "an appropriate remedy under subsection 30.15(2)" of the Act and was thus obliged to consider the factors listed in subsection 30.15(3), which bear little resemblance to the principles on which courts award damages for breach of contract. In recommending the appropriate remedy, the CITT must have regard to the prejudice of the complainant and to systemic concerns. The fact that the respondent's loss of expectation that its bids would be evaluated in accordance with the terms of the RFP would not be compensable in damages at common law does not necessarily mean that the CITT could not recommend that the respondent be compensated. PWGSC's failure to comply with the RFP was the kind of error which, if left substantially uncompensated, might reasonably deter bidders from responding to future RFP's. The fact that the respondent may not have lost the contracts because of the breach did not necessarily make it patently unreasonable for the CITT to have concluded that the breach was serious. Finally, although the CITT did not base its decision on subsection 30.15(4), that subsection gives it power to award and not merely to recommend, the reasonable costs incurred by a complainant in the preparation of its response to an RFP. In exercising this power, it is not required to consider the factors in subsection 30.15(3). The presence of this specific yet unstructured discretion in the CITT's remedial arsenal supported the conclusion that it was not patently unreasonable or erroneous

Arrêt (juge Ryer, J.C.A., dissident) : la demande doit être rejetée.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge en chef Richard souscrivant à ses motifs) : À titre de tribunal administratif, le TCCE joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif. Les tribunaux appelés à exercer le contrôle judiciaire ne devraient pas présumer que le législateur voulait que l'organisme faisant l'objet d'un contrôle exerce ses pouvoirs de réparation en se fondant sur les mêmes bases que celles sur lesquelles les tribunaux exercent des pouvoirs analogues pour régler des différends exclusivement régis par le droit privé. Bien qu'il exerce des fonctions de nature essentiellement juridictionnelle lorsqu'il fait enquête sur les plaintes de soumissionnaires de marchés publics dont la proposition n'a pas été retenue et qui disent avoir été traités inéquitablement, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu'a le TCCE de recommander l'indemnisation ne peut être exercé qu'en fonction des principes de common law. Il est pertinent de noter que le législateur a employé le terme générique « indemnité » et non le terme « dommages-intérêts ».

La Cour d'appel fédérale avait décidé que la mesure corrective qui convenait était une réparation pécuniaire et que le TCCE n'avait qu'à quantifier l'indemnité. En faisant ce calcul, le TCCE faisait une recommandation « de mesure corrective en vertu du paragraphe 30.15(2) » de la Loi et était donc tenu de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3), qui étaient assez éloignés des principes selon lesquels les tribunaux accordent des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Le TCCE, lorsqu'il recommande la mesure corrective indiquée, doit tenir compte du préjudice causé au plaignant et de considérations systémiques. Le fait que la perte de l'attente de la défenderesse à ce que ses propositions soient examinées de manière conforme aux clauses de la DP ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law ne veut pas forcément dire que le TCCE ne peut pas recommander que la défenderesse soit indemnisée. Le fait que TPSGC ne se soit pas conformé à la DP constituait le genre d'erreur qui devait donner lieu à une indemnisation importante, faute de quoi cela pourrait raisonnablement dissuader les soumissionnaires de répondre à des DP ultérieures. Le fait que la défenderesse n'a peut-être pas perdu les marchés à cause de l'entorse commise ne veut pas nécessairement dire qu'il était manifestement déraisonnable que le TCCE ait conclu que l'entorse était grave. Enfin, bien que la décision du TCCE ne repose pas sur le paragraphe 30.15(4), cette disposition lui confère le pouvoir d'accorder—et non de recommander simplement—le remboursement des frais raisonnables qu'engage le plaignant en préparant sa réponse à une DP. Lorsqu'il exerce ce pouvoir, le TCCE n'est

in law for it to determine that partial reimbursement of the respondent's bid preparation costs was an appropriate remedy in the unique circumstances of this case.

Per Ryer J.A. (dissenting): The subject-matter of a complaint pursuant to subsection 30.11(1) is inherently contractual in that the complaint must concern aspects of the procurement process that relate to "designated contracts" as defined in section 30.1. Because the Federal Court of Appeal had determined the "appropriate" remedy that the CITT was permitted to grant to the respondent before the redetermination, no further consideration of subsection 30.15(3) was warranted. The remedy of compensation is contained in paragraph 30.15(2)(e). "Compensated" as used in paragraph 30.15(2)(e) means given compensation, a term with an established legal meaning. The legal principles of compensation in the law relating to damages for breach of contract applied since the procurement process that underlies the complaint in issue was essentially contractual and the complaint related to "designated contracts." The dictionary definition, CITT's *Procurement Compensation Guidelines* and case law on compensation supported an interpretation of paragraph 30.15(2)(e) that adopts the common-law principles regarding the determination of compensation. While the CITT may well perform a regulatory role in the overall procurement process, there is nothing in paragraph 30.15(2)(e) that suggests that the CITT has the power to go beyond the provision of the remedy of compensation, as understood in the context of its established meaning at common law. Therefore, it would be a reviewable error on the part of the CITT to order the payment of an amount as compensation, under paragraph 30.15(2)(e) unless all of the common-law elements of that term were present (i.e. actual injury). The breach by PWGSC did not cause the respondent to lose the contracts sought. Thus, the award by the CITT of half of the respondent's bid costs resulted in the respondent being in a better position than it would have been if PWGSC's breach had not occurred and was an award tantamount to punitive damages. Although the CITT did not attempt to do so in its decision, awarding punitive damages would have been inappropriate since there was no indication of bad faith on the part of PWGSC. The CITT's decision was thus patently unreasonable. Compensation was awarded to redress a harm to potential bidders. It would have been more appropriate for the CITT to have expressed its concerns to a senior government official through the mechanism provided in section 30.19. Finally, the power conferred on the CITT under subsection 30.15(4) did not provide a justification for an interpretation of the term

pas tenu de prendre en considération la liste des facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). L'existence de ce pouvoir discrétionnaire spécifique mais non encore organisé dans l'arsenal des mesures correctives dont dispose le TCCE était la conclusion qu'il n'était pas manifestement déraisonnable ou erroné en droit de statuer que le remboursement partiel des frais engagés par la défenderesse pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances uniques de l'affaire.

Le juge Ryer, J.C.A. (dissident) : L'objet de la plainte déposée en vertu du paragraphe 30.11(1) est de nature essentiellement contractuelle en ce sens que la plainte doit porter sur des aspects de la procédure de passation de marchés publics qui se rapportent à un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1. Comme la Cour d'appel fédérale a fixé les mesures correctives « opportunes » que le TCCE pouvait accorder à la défenderesse avant le réexamen, il n'était plus justifié de prendre en considération le paragraphe 30.15(3). L'indemnisation figure dans l'alinéa 30.15(2)e. Le terme « indemnité » dans l'alinéa 30.15(2)e résulte de l'indemnisation, terme qui a un sens juridique établi. Les principes juridiques d'indemnisation en matière de droit relatif aux dommages-intérêts pour rupture de contrat s'appliquaient car la procédure de passation de marchés publics qui est à l'origine de la plainte en litige était essentiellement de nature contractuelle, et cette plainte était liée à un « contrat spécifique ». La définition énoncée dans les dictionnaires, les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du TCCE et la jurisprudence sur l'indemnisation vont dans le sens de l'interprétation de l'alinéa 30.15(2)e qui correspond aux principes de la common law régissant la fixation de l'indemnité. Bien que le TCCE puisse jouer un rôle de réglementation dans la procédure générale de passation de marchés publics, rien à l'alinéa 30.15(2)e ne donne à penser que le TCCE a le pouvoir de faire plus qu'accorder une réparation sous forme d'indemnisation, telle qu'on la conçoit dans le contexte de son sens bien reconnu en common law. Le TCCE commettrait donc une erreur susceptible de contrôle en ordonnant le paiement d'une somme à titre d'indemnité, aux termes de l'alinéa 30.15(2)e, à moins que tous les éléments de common law que comporte ce terme ne soient présents (c'est-à-dire un préjudice réel). Ce n'est pas à cause du manquement de TPSGC que la défenderesse a perdu les contrats qu'elle brigait. Cependant, par suite de l'attribution, par le TCCE, de la moitié des frais liés à ces propositions, la défenderesse s'est retrouvée dans une situation meilleure que si le manquement de TPSGC n'avait pas eu lieu et cela équivalait à une attribution de dommages-intérêts punitifs. Bien que le TCCE n'ait pas tenté de le faire dans sa décision, l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'aurait pas été indiqué parce que rien ne démontrait que TPSGC avait agi de mauvaise foi. La décision du TCCE était donc manifestement déraisonnable.

“compensation” that was inconsistent with the ordinary legal meaning of that term. The CITT erred in law and exceeded its discretion under paragraph 30.15(2)(e) by awarding half its bid preparation costs to the respondent.

L’indemnité a été attribuée pour accorder réparation d’un préjudice causé aux soumissionnaires éventuels. Il aurait été nettement préférable que le TCCE exprime ses préoccupations à un haut responsable du gouvernement en recourant à la voie prévue à l’article 30.19. Enfin, le pouvoir conféré au TCCE en vertu du paragraphe 30.15(4) ne justifiait pas que l’on interprète le terme « indemnité » d’une manière qui soit incompatible avec son sens juridique ordinaire. En accordant à la défenderesse la moitié des frais que celle-ci a engagés pour la préparation de ses propositions, le TCCE a commis une erreur de droit et a excédé la compétence que lui confère l’alinéa 30.15(2)e).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 30.1 “complaint” (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), “designated contracts” (as enacted *idem*), “government institution” (as enacted *idem*), 30.11(1) (as enacted *idem*), 30.15 (as enacted *idem*), 30.16(1) (as enacted *idem*), 30.19 (as enacted *idem*).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Envoy Relocation Services (Re), [2005] C.I.T.T. No. 32 (QL); *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] C.I.T.T. No. 8 (QL); *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R. (3d) 30; 264 N.R. 49 (F.C.A.); *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860; (2000), 193 D.L.R. (4th) 1; 3 C.C.L.T. (3d) 1; 5 C.L.R. (3d) 161; 262 N.R. 285; 36 R.P.R. (3d) 175; 2000 SCC 60; *Med-Emerg International Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2006), 348 N.R. 55; 2006 FCA 147; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 30.1 « contrat spécifique » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « institution fédérale » (édicte, *idem*), « plainte » (édicte, *idem*), 30.11(1) (édicte, *idem*), 30.15 (édicte, *idem*), 30.16(1) (édicte, *idem*), 30.19 (édicte, *idem*).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Envoy Relocation Services (Re), [2005] T.C.C.E. n° 32 (QL); *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] T.C.C.E. n° 8 (QL); *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; 2000 CSC 60; *Med-Emerg International Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2006 CAF 147; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085.

B.C.L.R. (2d) 273; 42 B.L.R. 111; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc., [2002] 4 F.C. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139; 2002 FCA 184; *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69; 2001 FCA 241; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; 2001 SCC 36; *Mechron Energy Ltd. (Re)*, [1995] C.I.T.T. No. 59 (QL); *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] C.I.T.T. No. 32 (QL).

AUTHORS CITED

Attwater, David M. *Procurement Review: A Practitioner's Guide*, looseleaf. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West, 1999 "compensation".
 Canadian International Trade Tribunal. *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001).
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991.

APPLICATION for judicial review of a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal ([2006] C.I.T.T. No. 55 (QL)) recommending that the respondent be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts. Application dismissed, Ryer J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Derek Rasmussen for applicant.
Ronald D. Lunau and *Catherine Beaudoin* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc., [2002] 4 C.F. 633; 2002 CAF 184; *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292; 2001 CAF 241; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; 2001 CSC 36; *Société d'énergie Mechron Ltée (Re)*, [1995] T.C.C.E. n° 59 (QL); *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] T.C.C.E. n° 32 (QL).

DOCTRINE CITÉE

Attwater, David M. *Procurement Review : A Practitioner's Guide*, feuilles mobiles. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West, 1999 « compensation ».
 Tribunal canadien du commerce extérieur. *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001).
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2^e éd. Toronto : Canada Law Book, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision révisée ([2006] T.C.C.E. n° 55 (QL)) dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a recommandé que l'on accorde à la défenderesse la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics. Demande rejetée, le juge Ryer, J.C.A., dissident.

ONT COMPARU :

Derek Rasmussen pour le demandeur.
Ronald D. Lunau et *Catherine Beaudoin* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

EVANS J.A.

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review by the Attorney General of Canada to set aside a revised decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT [or Tribunal]), dated April 26, 2006 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2006] C.I.T.T. No. 55 (QL)]. In that decision, the CITT recommended that Envoy Relocation Services be awarded half the cost of preparing its unsuccessful bids for two government contracts.

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada en vue de faire annuler la décision révisée, datée du 26 avril 2006 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2006] T.C.C.E. n° 55 (QL)], dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE ou le Tribunal) a recommandé que l'on accorde à Envoy Relocation Services (Envoy) la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions, qui n'ont pas été retenues, concernant deux marchés publics.

[2] The Attorney General says that a decision to recommend that any compensation should be paid to Envoy, other than the cost of making its complaint to the Tribunal, would be patently unreasonable. The mistake made by Public Works and Government Services Canada (PWGSC) in evaluating section 2.2.4.2 of Annex "D" of Envoy's proposals did not result in its failing to obtain the contracts. Consequently, since PWGSC's breach of a contractual term in the Request for Proposals (RFP) caused Envoy no loss, it was not entitled to compensation for the cost of preparing its bids, an expense which unsuccessful bidders have to bear as part of the normal cost of doing business.

[2] Au dire du procureur général, la décision de recommander d'accorder à Envoy une indemnité quelconque, à part les dépens découlant de la présentation de sa plainte au Tribunal, est manifestement déraisonnable. Ce n'est pas à cause de l'erreur que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a commise en évaluant l'article 2.2.4.2 de l'annexe « D » de ses propositions qu'Envoy n'a pas obtenu les marchés en question. En conséquence, vu que la violation, par TPSGC, d'une clause contractuelle figurant dans la demande de propositions (la DDP) n'a causé aucune perte à Envoy, celle-ci n'avait pas droit à une indemnité couvrant les frais liés à la préparation de ses propositions, une dépense que sont tenus de supporter les soumissionnaires non retenus et qui doit passer aux profits et pertes.

[3] In my opinion, the CITT's decision cannot be said to be patently unreasonable, in light of the broad remedial discretion conferred by statute, not only to do justice between the parties, but also to support its regulatory role in the procurement process. Nor am I persuaded that the CITT committed any reviewable error in its interpretation of its enabling legislation. I would dismiss the application for judicial review.

[3] À mon avis, on ne peut pas dire que la décision du TCCE est manifestement déraisonnable, vu que la loi lui confère un large pouvoir d'appréciation en matière de mesures réparatrices; il s'agit non seulement de rendre justice entre les parties, mais aussi d'appuyer le rôle de réglementation que joue le TCCE dans la procédure de passation des marchés publics. Je ne suis pas convaincu non plus que le TCCE a commis une erreur susceptible de contrôle dans la façon dont il a interprété sa loi

habilitante. Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

B. BACKGROUND OF THE APPLICATION

[4] This matter has a substantial history which it will be helpful to explain briefly. The two contracts in question were for the provision of relocation services to the Canadian Forces, and to the Royal Canadian Mounted Police and the Government of Canada. According to Envoy, the assessed value of these two contracts is over \$563 million, while PWGSC puts their value at only just over \$154 million. On November 2, 2004, PWGSC awarded both contracts to Royal LePage Relocation Services Limited.

[5] On February 18, 2005, Envoy filed a complaint with the CITT under subsection 30.11 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (CITT Act), alleging three errors in the bid evaluation process. The only complaint that the CITT accepted was that PWGSC had breached the RFP by deducting points when it evaluated section 2.2.4.2 of Envoy's proposal, because the information provided by Envoy in section 2.2.4.2 of its proposal for one contract was not consistent with that which it provided in the same section of its proposal for the other contract. Section 2.2.4.2 carried a maximum of 80 points out of a total of 1,000.

[6] In a decision dated May 16, 2005 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2005] C.I.T.T. No. 32 (QL)], the CITT upheld Envoy's complaint, on the ground that the RFP did not contemplate that the evaluation of proposals would be based on a comparison of the proposals made by a bidder for the contracts. To remedy the breach, the CITT recommended, pursuant to subsections 30.15(2) [as enacted *idem*] and (3) [as enacted *idem*] of the CITT Act, that section 2.2.4.2 of all bidders' proposals be re-evaluated by a new evaluation team. It explained its rationale in its reasons as follows, at paragraphs 34 and 36:

B. FAITS ET PROCÉDURE

[4] La présente affaire comporte de nombreux faits qu'il est utile d'explorer brièvement. Les deux marchés en question avaient trait à la prestation de services de réinstallation aux Forces canadiennes, ainsi qu'à la Gendarmerie royale du Canada et au gouvernement du Canada. D'après Envoy, la valeur estimée de ces deux marchés est de plus de 563 millions de dollars, tandis que TPSGC cite un chiffre un peu supérieur à 154 millions de dollars. Le 2 novembre 2004, TPSGC a adjudgé les deux marchés à Services de relogement Royal LePage Limitée.

[5] Le 18 février 2005, Envoy a déposé une plainte auprès du TCCE en vertu du paragraphe 30.11(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (la Loi sur le TCCE), alléguant que trois erreurs avaient été commises au cours du processus d'évaluation des propositions. La seule plainte que le TCCE a retenue était que TPSGC avait violé une clause de la DDP en soustrayant des points au moment d'évaluer la section 2.2.4.2 des propositions d'Envoy parce que les informations que cette dernière avait données dans cette section de sa proposition concernant l'un des deux marchés ne concordaient pas avec celles qu'elle avait données dans la même section de sa proposition relative à l'autre contrat. L'article 2.2.4.2 avait une indication maximale de 80 points sur un total de 1 000.

[6] Dans la décision datée du 16 mai 2005 [*Envoy Relocation Services (Re)*, [2005] T.C.C.E. n° 32 (QL)], le TCCE a accueilli la plainte d'Envoy, au motif que la DDP n'envisageait pas que l'évaluation des propositions serait fondée sur la comparaison des propositions faites par un soumissionnaire pour les marchés en question. À titre de réparation, le TCCE a recommandé, conformément aux paragraphes 30.15(2) [édicte, *idem*] et (3) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE, qu'une nouvelle équipe d'évaluation réévalue l'article 2.2.4.2 des propositions de tous les soumissionnaires. Dans ses motifs, il a justifié cette recommandation en ces termes aux paragraphes 34 et 36 :

In this case, although the evidence does not indicate a lack of good faith, a serious breach of evaluation procedures did occur, and the consequences of that breach potentially affected the award of two contracts, thus potentially prejudicing all parties involved in the solicitation. PWGSC, through the drafting of the Statement of Work and the selection of the specific clauses of the RFP, is able to determine the detailed rules that govern each procurement process beyond the general contracting framework established by the trade agreements. When it does not follow its own rules, it prejudices the integrity of government procurement as a whole.

...

The Tribunal does not grant Envoy's request for costs relating to the preparation of its proposals. In recommending the [re-evaluation of section 2.2.4.2 in all bidders' proposals], the Tribunal's objective is to put Envoy in the position where its proposals receive the benefit of the evaluation process that it contemplated when it incurred the costs of preparing its proposals. [Emphasis added.]

[7] Allowing an application for judicial review by the Attorney General, this Court upheld the CITT's finding that there had been a breach of the RFP in the evaluation of section 2.2.4.2 in Envoy's proposals. However, it set aside the remedy recommended by the CITT: *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13.

[8] The Court reasoned that, since the only error identified by the CITT was in the evaluation of section 2.2.4.2 of Envoy's proposals, there was no justification for requiring the re-evaluation of this same section in other bidders' proposals. Moreover, since a re-evaluation of this section in Envoy's proposals would still leave Royal LePage with more points than Envoy, a re-evaluation of section 2.2.4.2 in Envoy's proposals would serve no purpose. As a result, the Court said (at paragraph 3):

... the scope of the remedy must be limited to the monetary relief sought by Envoy in its complaint.

Accordingly, the Court set aside the CITT's order and remitted the matter for a redetermination of the remedy

En l'espèce, la preuve ne dénote pas l'absence de bonne foi, mais il y a eu une entorse grave aux méthodes d'évaluation, et cette entorse a peut-être influé sur l'adjudication des deux contrats et pourrait donc avoir porté préjudice à toutes les parties en cause dans l'invitation. TPSGC, de par sa responsabilité de rédiger l'énoncé de travail et de choisir les clauses particulières à inclure dans la DDP, est en mesure de déterminer les règles détaillées qui, outre le cadre général de passation de marchés défini par les accords commerciaux, régissent chaque procédure de passation des marchés publics. Lorsqu'il ne suit pas ses propres règles, il porte préjudice à l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics dans son ensemble.

[. . .]

Le Tribunal n'accueille pas la demande de remboursement des dépenses engagées par Envoy pour la préparation de ses propositions. En recommandant [de réévaluer la section 2.2.4.2 dans toutes les propositions des soumissionnaires], le Tribunal vise à faire en sorte que les propositions d'Envoy soient soumises au processus d'évaluation qui était prévu lorsqu'elle a engagé les frais liés à leur préparation. [Non souligné dans l'original.]

[7] En faisant droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général, la Cour a confirmé la conclusion du TCCE selon laquelle il y avait eu violation d'une clause de la DDP au stade de l'évaluation de la section 2.2.4.2 figurant dans les propositions d'Envoy. Cependant, la Cour a annulé la mesure de réparation que le TCCE avait recommandée : *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13.

[8] Le raisonnement de la Cour était le suivant : étant donné que la seule erreur relevée par le TCCE résidait dans l'évaluation de la section 2.2.4.2 des propositions d'Envoy, il n'était pas justifié d'exiger que l'on réévalue cette même section dans les propositions des autres soumissionnaires. En outre, étant donné que la réévaluation de cette section dans les propositions d'Envoy laisserait de toute façon à Royal LePage plus de points qu'à Envoy, il était inutile de réévaluer la section 2.2.4.2 dans les propositions d'Envoy. La Cour s'est donc exprimée en ces termes (au paragraphe 3) :

L'étendue du recours doit donc s'en tenir à la réparation pécuniaire qu'Envoy demande dans sa plainte.

En conséquence, la Cour a annulé l'ordonnance du TCCE et a renvoyé l'affaire pour que le Tribunal fixe la

in accordance with the above reasons.

[9] The monetary relief requested by Envoy in its complaint comprised compensation for loss of profits, reimbursement of its bid preparation costs (including experts and lawyers) and the costs of preparing and proceeding with the complaint.

C. DECISION UNDER REVIEW

[10] After setting out the submissions of the parties, the CITT reiterated (at paragraph 24 of its reasons) the finding in its earlier determination (at paragraph 34) that “there had been a serious breach of evaluation procedures that prejudiced the integrity of the government procurement system as a whole”, factors that the CITT must consider under paragraphs 30.15(3)(a) and (c), and that “the remedy should reflect the seriousness of the impact of PWGSC’s breach.”

[11] In the decision now under review, the CITT noted (at paragraph 25) that this Court’s decision prevented it from recommending a remedy “that gives Envoy the benefit of the evaluation process that it expected when it prepared its three proposals”. Instead, the CITT stated that it would pursue “the alternative approach of trying to put Envoy into the same position in which it would have been if it had known how PWGSC was going to evaluate section 2.2.4.2”: at paragraph 26.

[12] The CITT concluded that, in view of the heavy weighting (75%) given to the technical aspects of the proposals, including section 2.2.4.2, Envoy would reasonably have taken this section very seriously, not knowing if the evaluation of it would make the difference between winning or losing the contracts. Further, the CITT held that, if Envoy had known that its bids would be compared by the evaluators in breach of the RFP, it would still have bid on the contracts, but would have avoided the appearance of inconsistency, either by structuring its proposals differently or submitting only one.

nouvelle mesure réparatrice conformément aux motifs susmentionnés.

[9] La réparation pécuniaire demandée par Envoy dans sa plainte comportait une indemnité pour perte de profits, le remboursement des frais liés à la préparation de ses propositions (experts et avocats compris), de même que les dépens liés à la préparation et à l’instruction de la plainte.

C. LA DÉCISION CONTESTÉE

[10] Après avoir exposé les observations des parties, le TCCE a réitéré (au paragraphe 24 de ses motifs) la conclusion qu’il avait tirée dans sa décision précédente (au paragraphe 34), à savoir « qu’il y avait eu une infraction grave des méthodes d’évaluation, laquelle avait porté préjudice à l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble », des facteurs dont le TCCE se doit de tenir compte aux termes des alinéas 30.15(3)a) et c), et que « la mesure corrective devrait refléter la gravité des conséquences de l’infraction de TPSGC ».

[11] Dans la décision contestée en l’espèce, le TCCE a fait remarquer (au paragraphe 25) que la décision de la présente Cour l’empêchait de recommander une mesure corrective « qui procure à Envoy l’avantage du processus d’évaluation auquel elle s’attendait au moment de préparer ses trois propositions ». Le TCCE a dit qu’il appliquerait plutôt « l’autre possibilité de démarche pour placer Envoy dans la position où elle se serait trouvée si elle avait su de quelle manière TPSGC évaluerait la section 2.2.4.2 » (au paragraphe 26).

[12] Le TCCE a conclu qu’au vu de la pondération élevée (75 %) accordée aux aspects techniques des propositions, y compris à la section 2.2.4.2, Envoy aurait raisonnablement tenu compte de cette section avec beaucoup de sérieux, ignorant si l’évaluation de cette dernière ferait la différence entre remporter les marchés ou les perdre. En outre, le TCCE a conclu que si Envoy avait su que les évaluateurs compareraient les soumissions d’une manière contraire aux clauses de la DDP, elle aurait quand même soumissionné mais elle aurait évité toute apparence d’incohérence, soit en structurant différemment ses propositions, soit en n’en présentant qu’une seule.

[13] The CITT summarized its decision as follows (at paragraph 30):

. . . given the seriousness of the breach of evaluation procedures, which deserves significant compensation, the Tribunal considers that an amount equal to 50 percent of Envoy's bid preparation costs is an appropriate amount of compensation.

Reasonable costs were to be determined after the parties had had an opportunity to file submissions with the CITT. Counsel for Envoy indicated at the hearing before us that his client estimated that it had spent a total of \$1.4 million on its bid preparation. In addition, the CITT awarded \$500 to Envoy for the costs of preparing for the reconsideration of the original decision.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[14] The remedial powers of the CITT relevant to this case are contained in section 30.15 of the CITT Act:

30.15 . . .

(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:

- (a) that a new solicitation for the designated contract be issued;
- (b) that the bids be re-evaluated;
- (c) that the designated contract be terminated;
- (d) that the designated contract be awarded to the complainant; or
- (e) that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal.

(3) The Tribunal shall, in recommending an appropriate remedy under subsection (2), consider all the circumstances relevant to the procurement of the goods or services to which the designated contract relates, including

- (a) the seriousness of any deficiency in the procurement process found by the Tribunal;
- (b) the degree to which the complainant and all other interested parties were prejudiced;

[13] Le TCCE a résumé comme suit sa décision (au paragraphe 30) :

[. . .] compte tenu de la gravité de l'infraction des méthodes d'évaluation, qui justifie une indemnisation importante, le Tribunal est d'avis qu'un montant égal à 50 p.100 des frais engagés par Envoy pour la préparation de sa soumission est le montant d'indemnisation qui s'impose.

Les frais raisonnables devaient être calculés après que les parties aient eu la possibilité de présenter leurs observations au TCCE. L'avocat d'Envoy a indiqué à l'audience tenue devant nous que sa cliente estimait avoir dépensé une somme totale de 1,4 million de dollars pour la préparation de ses propositions. En outre, le TCCE a accordé à Envoy la somme de 500 \$ pour les frais qu'elle avait engagés en prévision du réexamen de la décision originale.

D. LE CADRE LÉGISLATIF APPLICABLE

[14] Les pouvoirs de réparation dont dispose le TCCE en rapport avec la présente espèce sont énoncés à l'article 30.15 de la Loi sur le TCCE :

30.15 [. . .]

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;
- d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;
- e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

(c) the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced;

(d) whether the parties acted in good faith; and

(e) the extent to which the contract was performed.

(4) Subject to the regulations, the Tribunal may award to the complainant the reasonable costs incurred by the complainant in preparing a response to the solicitation for the designated contract.

30.16 (1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceedings before it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

E. ISSUES AND ANALYSIS

1. Standard of review

[15] Questions of statutory interpretation not within the CITT's area of expertise are subject to judicial review on a standard of correctness: *Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633 (C.A.), at paragraph 16. I shall assume for the purpose of this application that the CITT's interpretation of subsections 30.15(2) and (3) are reviewable on this standard.

[16] However, patent unreasonableness is the standard of review applicable to the CITT's findings of fact (*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]) and to other matters within its expertise: see, for example, *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292 (C.A.), at paragraph 15.

[17] A specialist tribunal's exercise of a broad grant of remedial discretion falls directly within the area of its expertise: see *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at paragraph 58. In my opinion, this is also true of the CITT.

[18] It is trite that an applicant has a heavy burden to discharge in order to satisfy a reviewing court that the

c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;

d) la bonne foi des parties;

e) le degré d'exécution du contrat.

(4) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, accorder au plaignant le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres.

30.16 (1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

1. La norme de contrôle

[15] Les questions d'interprétation des lois qui ne relèvent pas du champ de compétence du TCCE sont susceptibles d'un contrôle judiciaire; la norme est celle de la décision correcte : arrêt *Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633 (C.A.), au paragraphe 16. Aux fins de la présente demande, je postulerai que cette norme s'applique à l'interprétation du TCCE quant aux paragraphes 30.15(2) et (3).

[16] Cependant, la décision manifestement déraisonnable est la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait que tire le TCCE (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], alinéa 18.1(4)d)[édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27]) de même qu'aux autres questions qui relèvent de sa compétence : voir, par exemple, *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292 (C.A.), au paragraphe 15.

[17] L'exercice par le tribunal administratif spécialisé du large pouvoir discrétionnaire de réparation qui lui est conféré relève directement de son champ de compétence : voir l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, au paragraphe 58. À mon avis, cela vaut également pour le TCCE.

[18] Le droit est bien fixé : le demandeur qui veut convaincre le tribunal saisi de la demande de contrôle

decision of a specialist administrative tribunal is patently unreasonable. This standard of review, Iacobucci J. said in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 52, connotes an administrative decision “so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.”

2. Was the CITT’s decision patently unreasonable?

[19] Counsel for the Attorney General submitted that, because there was no causal connection between PWGSC’s “inconsequential” breach of the RFP and any loss suffered by Envoy, the recommendation of any compensation (other than the costs of the complaint) would represent a windfall to Envoy. Consequently, it was patently unreasonable for the CITT to recommend that PWGSC compensate Envoy for half of the substantial sum that it had spent on the preparation of its bids.

[20] The argument, in effect, is that, as a matter of law, the CITT could only award “compensation” under subsection 30.15(2) for any loss caused to Envoy by PWGSC when it failed to evaluate section 2.2.4.2 of its proposals in accordance with the RFP. Since, except for the modest cost of pursuing its complaint, Envoy had suffered no loss attributable to PWGSC’s breach, the CITT should not have recommended any compensation.

[21] I do not agree. Counsel’s argument assumes that, in recommending monetary relief, the CITT must determine the amount payable, if any, by reference to common-law principles applicable to the award of damages for breach of contract. However, this argument overlooks the fact that, like many other specialist tribunals, the CITT performs a regulatory role in the administrative process. In order that an agency may discharge the mandate entrusted to it in the public interest, reviewing courts should not assume that the legislature intended the agency under review to exercise its remedial powers on exactly the same bases as those

que la décision du tribunal administratif spécialisé est manifestement déraisonnable a un lourd fardeau. Selon cette norme de contrôle, a dit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 52, il doit établir que la décision administrative « est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir ».

2. La décision du TCCE était-elle manifestement déraisonnable?

[19] L’avocat du procureur général a soutenu qu’étant donné l’absence de lien de causalité entre le manquement [TRADUCTION] « sans conséquence » de TPSGC à la DDP et la perte qu’Envoy est censée avoir subie, la recommandation d’accorder une indemnité quelconque (à part les dépens liés à la plainte) donnerait lieu à un profit inattendu pour Envoy. Il était donc manifestement déraisonnable que le TCCE recommande que TPSGC indemnise Envoy de la moitié de la somme considérable que celle-ci avait engagée dans le cadre de la préparation de ses propositions.

[20] En fin de compte, on fait valoir que, en droit, le TCCE ne pouvait pas accorder une « indemnité » en vertu du paragraphe 30.15(2) pour quelque perte que ce soit que TPSGC avait causée à Envoy en négligeant d’évaluer l’article 2.2.4.2 de ses propositions d’une manière conforme à la DDP. Étant donné qu’Envoy n’avait subi aucune perte en raison du manquement de TPSGC, à l’exception du coût minime du maintien de sa plainte, le TCCE n’aurait pas dû recommander quelque indemnité que ce soit.

[21] Je rejette cette prétention. L’argument du procureur général suppose qu’en recommandant une réparation pécuniaire, le TCCE doit fixer le montant à payer, si montant il y a, en se reportant aux principes de common law en matière de dommages-intérêts pour rupture de contrat. Cet argument fait toutefois abstraction du fait que le TCCE, à l’instar de nombreux autres tribunaux administratifs spécialisés, joue un rôle de réglementation dans le cadre du processus administratif. Pour que l’organisme puisse s’acquitter de la mission qui lui est confiée dans l’intérêt public, les tribunaux appelés à exercer le contrôle judiciaire ne

on which courts exercise analogous powers to resolve disputes governed exclusively by private law.

[22] Although performing essentially adjudicative functions when it inquires into complaints by disappointed bidders on government contracts that they were unfairly treated, the CITT must exercise its powers with a view to, among other things, maintaining potential bidders' confidence in the integrity of the procurement system. An erosion of confidence would have a detrimental impact on the competitiveness of bidding. Hence, it should not be assumed that the CITT's power to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles.

[23] It is relevant in this context that Parliament used the generic word "compensated" in subsection 30.15(2), not the more distinctively legal term "damages." Nor did it specify that a complainant is only to be "compensated" for a loss caused to it by breaches of contract, or other improper conduct, by PWGSC.

[24] Further, Parliament directed the CITT, when recommending the appropriate relief listed in subsection 30.15(2), to take into consideration all the relevant circumstances, including the non-exhaustive list of considerations in subsection 30.15(3). In the present case, this Court had already determined that monetary relief was the appropriate remedy. Thus, when the matter was remitted to the CITT for a redetermination of the remedy, it only had to quantify the award.

[25] In quantifying the compensation, the CITT was engaged in recommending "an appropriate remedy under subsection 30.15(2)" and was thus obliged to consider the factors listed in subsection 30.15(3). The "appropriate remedy" as described in paragraph

doivent pas présumer que le législateur voulait que l'organisme faisant l'objet d'un contrôle exerce ses pouvoirs de réparation en se fondant sur les mêmes bases que celles sur lesquelles les tribunaux exercent des pouvoirs analogues pour régler des différends exclusivement régis par le droit privé.

[22] Bien qu'il exerce des fonctions de nature essentiellement juridictionnelle lorsqu'il fait enquête sur les plaintes de soumissionnaires de marchés publics dont la proposition n'a pas été retenue et qui disent avoir été traités inéquitablement, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de, notamment, préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. La perte de confiance aurait un effet préjudiciable sur l'aspect concurrentiel du processus d'appel d'offres. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu'a le TCCE de recommander l'indemnisation ne peut être exercé qu'en fonction des principes de common law.

[23] Il est pertinent de noter à cet égard que le législateur a employé le terme générique « indemnité » au paragraphe 30.15(2), et non le terme « dommages-intérêts », qui a une connotation nettement plus juridique. Il n'a pas non plus précisé que le plaignant a droit seulement à une « indemnité » pour une perte due à une rupture de contrat, ou une autre conduite irrégulière, de la part de TPSGC.

[24] Par ailleurs, le législateur impose au TCCE, lorsque celui-ci recommande la mesure corrective appropriée qui figure au paragraphe 30.15(2), de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris de ceux qui sont énumérés au paragraphe 30.15(3), cette liste n'étant pas exhaustive. En l'espèce, la Cour avait déjà décidé que la mesure corrective qui convenait était une réparation pécuniaire. Par conséquent, lorsque l'affaire a été renvoyée au TCCE pour réexamen de la mesure de réparation, il lui suffisait seulement de quantifier l'indemnité.

[25] En faisant ce calcul, le TCCE faisait par là une recommandation de mesure corrective en vertu du paragraphe 30.15(2) et était donc tenu de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). La mesure corrective indiquée définie à l'alinéa

30.15(2)(e) is that the complainant be compensated “by an amount specified by the [CITT].”

[26] The factors to be considered under subsection 30.15(3) bear little resemblance to the principles on which courts award damages for breach of contract, in the sense that, in recommending the appropriate remedy, the CITT must have regard, not only to the prejudice of the complainant, but also to systemic concerns.

[27] It is particularly evident from paragraph (c) of subsection 30.15(3) that the CITT must fashion its relief with a view to, among other things, ensuring that potential bidders are not deterred from incurring the non-recoverable costs of preparing bids in response to future RFPs. This paragraph requires the CITT to have regard to “the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced” by the deficiency in the procurement process.

[28] In my view, other factors, namely the seriousness of the deficiency (paragraph 30.15(3)(a)), prejudice to other interested parties (paragraph 30.15(3)(b)), and the good faith of the parties (paragraph 30.15(3)(d)), also indicate an approach to the recommendation of an appropriate remedy different from the principles motivating the choice of the appropriate relief at common law, including damages, for remedying a breach of contract. This is not to say, of course, that when a complainant alleges a loss of profit or opportunity the CITT should not also have regard to principles familiar in the private law of contract in order to quantify the compensation appropriate: see the CITT’s *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001).

[29] Nor was Envy altogether unscathed by the erroneous evaluation. It had invested its resources in preparing bids in reliance on the RFP, and had the reasonable expectation that they would be evaluated in accordance with the terms of the RFP. It was denied this expectation as a result of PWGSC’s error and this Court’s decision that the CITT’s recommendation of a

30.15(2)e) veut que le plaignant obtienne une indemnité « dont il [le TCCE] précise le montant ».

[26] Les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 30.15(3) et dont il faut tenir compte sont assez éloignés des principes selon lesquels les tribunaux accordent des dommages-intérêts pour rupture de contrat, en ce sens que le TCCE, lorsqu’il recommande la mesure corrective indiquée, doit tenir compte non seulement du préjudice causé au plaignant, mais aussi de considérations systémiques.

[27] Il ressort très clairement de l’alinéa 30.15(3)c) que le TCCE doit fixer la mesure corrective de façon à, notamment, s’assurer que l’on ne dissuade pas les soumissionnaires éventuels d’engager dorénavant les frais non recouvrables relatifs à la préparation de propositions. Cet alinéa impose au TCCE de tenir compte de « l’ampleur du préjudice causé à l’intégrité ou à l’efficacité du mécanisme d’adjudication » par les irrégularités constatées dans la procédure de passation des marchés publics.

[28] À mon avis, d’autres facteurs, à savoir la gravité des irrégularités (alinéa 30.15(3)a)), l’ampleur du préjudice causé à tout autre intéressé (alinéa 30.15(3)b)) et la bonne foi des parties (alinéa 30.15(3)d)), indiquent aussi que la manière de recommander la mesure corrective appropriée diffère des principes qui motivent le choix de la mesure réparatrice indiquée en common law, y compris des dommages-intérêts, dans le cas de rupture de contrat. Bien sûr, cela ne veut pas dire que lorsque le plaignant allègue une perte de profits ou un manque à gagner, le TCCE ne doit pas tenir compte aussi des principes bien connus du droit privé en matière de contrats en vue de quantifier l’indemnité qui convient : voir les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001) du TCCE.

[29] L’évaluation erronée a tout de même causé à Envy quelques égratignures. Elle avait investi ses ressources dans la préparation des propositions en se fiant à la DDP, et elle s’attendait raisonnablement à ce que ces dernières soient évaluées de manière conforme aux clauses de la DDP. L’erreur de TPSGC, de même que la décision de la Cour, à savoir que la

re-evaluation of section 2.2.4.2 in all bidders' proposals was not appropriate. That the loss of this expectation would not be compensable in damages at common law does not necessarily mean that the CITT cannot recommend that Envoy be compensated. In the exercise of its remedial powers, the CITT requires flexibility to enable it to respond to the particular problem before it.

[30] Counsel submitted that the CITT's decision cannot be supported on the basis of the statutory criteria. In particular, he said, given that the deficiency in the procurement process was unrelated to Envoy's failure to win the contracts, there was no basis in the evidence for the CITT's conclusion that the deficiency was "serious" for the purpose of paragraph 30.15(3)(b).

[31] I disagree. While its reasons are not very full, the CITT maintained since its original decision that the breach of the evaluation procedure in this case was serious. It noted in its earlier decision (at paragraph 34) that the breach was potentially capable of affecting the award of the contracts: the wrongly evaluated section represented 8% of the total points, a percentage which, in other situations, could well determine the outcome of a competition. Moreover, the error occurred at the core of the evaluation process.

[32] In other words, PWGSC's failure to comply with the RFP was the kind of error which, if left substantially uncompensated, might reasonably be regarded as deterring bidders from responding to future RFPs. As the CITT concluded in its earlier decision (at paragraph 34), the error identified in the evaluation process "prejudices the integrity of government procurement as a whole." In my opinion, the fact that Envoy may not, in fact, have lost the contracts because of the breach does not necessarily make it patently unreasonable for the CITT to have concluded that the breach was serious.

[33] Nor, in the circumstances of this case, am I persuaded that it was patently unreasonable for the

recommandation du TCCE de réévaluer l'article 2.2.4.2 dans les propositions de tous les soumissionnaires n'était pas appropriée, ont trahi cette attente. Le fait que la perte de cette chance ne soit pas indemnisable en dommages-intérêts en common law ne veut pas forcément dire que le TCCE ne peut pas recommander qu'Envoy soit indemnisée. Dans l'exercice de ses pouvoirs de réparation, le TCCE a besoin de souplesse s'il veut pouvoir répondre au problème particulier qui lui est soumis.

[30] On fait valoir que les critères législatifs n'étaient pas la décision du TCCE. En particulier, dit-on, vu l'absence de lien entre les irrégularités dans la procédure de passation des marchés publics et le fait qu'Envoy n'a pas emporté les marchés, rien dans la preuve ne confirmait la conclusion du TCCE selon laquelle les irrégularités étaient « graves » au sens de l'alinéa 30.15(3)(b).

[31] Je rejette cette prétention. Les motifs du TCCE ne sont pas très étoffés, mais depuis sa décision originale ce dernier a maintenu que, dans la présente affaire, l'« entorse » à la procédure d'évaluation était grave. Il a signalé dans sa décision antérieure (au paragraphe 34) que cette entorse avait peut-être influé sur l'adjudication des contrats : la section mal évaluée constituait 8 % du pointage total, un pourcentage qui, en d'autres circonstances, pouvait fort bien être décisif quant à l'issue du concours. Par ailleurs, l'erreur était survenue au cœur même des méthodes d'évaluation.

[32] Autrement dit, le fait que TPSGC ne se soit pas conformé à la DDP constituait le genre d'erreur qui devait donner lieu à une indemnisation importante, faute de quoi cela dissuaderait les soumissionnaires de répondre à des DDP ultérieures. Comme l'a conclu le TCCE dans sa décision antérieure (au paragraphe 34), l'erreur constatée dans la méthode d'évaluation « porte préjudice à l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics dans son ensemble ». À mon avis, le fait qu'Envoy n'a peut-être pas perdu les marchés à cause de l'entorse commise ne veut pas nécessairement dire qu'il était manifestement déraisonnable que le TCCE ait conclu que l'entorse était grave.

[33] Dans les circonstances, je ne suis pas convaincu non plus qu'il était manifestement déraisonnable que le

CITT, when considering if it was appropriate to recommend the reimbursement of all or part of the bid preparation expense, to ask itself whether Envoy would have submitted a bid if it had known that the error was going to occur.

[34] On the other hand, I do not accept the submission of Envoy that, when this Court remitted the matter to the CITT on the basis that the remedy must be limited to “the monetary relief sought by Envoy” (at paragraph 3), it was thereby directing the CITT to recommend a monetary award over and beyond the costs incurred by Envoy in making the complaint. The amount of any monetary award was not at issue before the Court at that time: rather, the question was whether bid re-evaluation was an appropriate remedy.

[35] Finally, I note that subsection 30.15(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] confers a power on the CITT to award, and not merely to recommend, the reasonable costs incurred by a complainant in the preparation of its response to an RFP. In exercising this power, the CITT is not required to consider the list of factors in subsection 30.15(3). This power has been used in the past by the CITT to award bid preparation costs to a successful complainant when the procurement has been cancelled and the contract re-tendered: David M. Attwater, *Procurement Review: A Practitioner’s Guide*, looseleaf (Scarborough, Ont.: Carswell, 2001), section 2.27.1.

[36] For reasons not apparent to me, the CITT did not base its decision in this case on subsection 30.15(4). Nonetheless, the presence of this specific yet unstructured discretion in the CITT’s remedial arsenal supports me in my conclusion that it was not patently unreasonable or otherwise erroneous in law for it to determine that partial reimbursement of Envoy’s bid preparation costs was an appropriate remedy in the particular and, to date, unique circumstances of this case.

TCCE, en examinant s’il convenait de recommander le remboursement de la totalité ou d’une partie des dépenses liées à la préparation des propositions, se poser la question de savoir si Envoy aurait présenté une proposition si elle avait su que l’erreur allait se produire.

[34] Par contre, je ne souscris pas à l’argument d’Envoy voulant que lorsque la Cour a renvoyé l’affaire au TCCE en précisant que la mesure corrective (« le recours ») s’en tienne « à la réparation pécuniaire qu’Envoy demande dans sa plainte » (au paragraphe 3), elle a ainsi imposé au TCCE de recommander une indemnité pécuniaire excédant les frais qu’Envoy avait engagés en déposant sa plainte. À ce moment-là, la Cour n’avait pas à se prononcer sur une indemnité pécuniaire quelconque; la question consistait plutôt à savoir si la réévaluation des propositions constituait la mesure corrective indiquée.

[35] Enfin, je remarque que le paragraphe 30.15(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] confère au TCCE le pouvoir d’accorder—et non de recommander simplement—le remboursement des frais raisonnables qu’engage le plaignant en préparant sa réponse à une DDP. Lorsqu’il exerce ce pouvoir, le TCCE n’est pas tenu de tenir compte de la liste des facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3). Le TCCE s’est déjà prévalu de ce pouvoir par le passé pour accorder le remboursement des frais liés à la préparation d’une proposition au plaignant qui avait obtenu gain de cause après annulation du marché en question et reprise du processus d’appel d’offres : David M. Attwater, *Procurement Review : A Practitioner’s Guide*, édition à feuilles mobiles (Scarborough, Ont. : Carswell, 2001), section 2.27.1.

[36] Pour des raisons non évidentes à mes yeux, le TCCE ne s’est pas appuyé, pour rendre sa décision dans cette affaire sur le paragraphe 30.15(4). Quoi qu’il en soit, l’existence de ce pouvoir discrétionnaire spécifique mais non encore organisé dans l’arsenal des mesures correctives dont dispose le TCCE me conforte dans ma conclusion qu’il n’était pas manifestement déraisonnable ou, par ailleurs, erroné en droit de statuer que le remboursement partiel des frais engagés par Envoy pour la préparation de ses soumissions était une mesure corrective appropriée dans les circonstances particulières et, à ce jour, uniques de l’affaire.

F. CONCLUSION

[37] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RYER J.A. (dissenting):

Introduction

[38] This judicial review deals with the complaint provisions of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the CITT Act) that relate to the procurement process with respect to contracts for the supply of goods or services that have been or will be awarded by certain government institutions. The relevant provisions of the CITT Act are reproduced in Appendix "A". Unless otherwise indicated, all statutory references in these reasons are to the corresponding provisions of the CITT Act.

[39] I have had the benefit of reviewing the reasons of Evans J.A. and with respect, I have come to a different conclusion. For the reasons that follow, it is my view that Envoy should only be awarded costs in the amount of \$500.

[40] The description of the history of Envoy's complaint before the Tribunal and this Court has been well summarized in the reasons of Evans J.A.

[41] It is important to note that the subject-matter of a complaint pursuant to subsection 30.11(1), such as the complaint made by Envoy in the present circumstances, is inherently contractual in that the complaint must concern aspects of the procurement process that relate to "designated contracts", as defined in section 30.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44]. There is no issue as to whether the underlying contracts fell in this case

F. CONCLUSION

[37] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je souscris aux présents motifs.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE RYER, J.C.A. (dissident) :

Introduction

[38] Le présente procédure de contrôle judiciaire a trait aux dispositions visant les plaintes de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (la Loi sur le TCCE) qui se rapportent à la procédure de passation de marchés publics de fournitures ou de services qui ont été ou seront accordés par certaines institutions gouvernementales. Les dispositions applicables de la Loi sur le TCCE sont reproduites ci-après à l'annexe « A ». Sauf indication contraire, toutes les dispositions législatives mentionnés dans les présents motifs sont tirées de cette Loi.

[39] J'ai lu avec intérêt les motifs du juge Evans et, ceci dit avec tout le respect que je lui dois, je suis arrivé à une conclusion différente. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis qu'il ne convient d'accorder à Envoy que des frais de 500 \$.

[40] Dans ses motifs, le juge Evans a bien résumé l'historique de la plainte d'Envoy devant le Tribunal et la présente Cour.

[41] Il est important de signaler que l'objet de la plainte déposée en vertu du paragraphe 30.11(1), comme celle d'Envoy dans les circonstances de l'espèce, est de nature essentiellement contractuelle en ce sens que la plainte en question doit porter sur des aspects de la procédure de passation de marchés publics qui se rapportent à un « contrat spécifique », une expression définie à l'article 30.1 [édicé par L.C. 1993,

within that definition. If they did not, the complaint could not have been considered by the Tribunal.

[42] As a general proposition, when the Tribunal has made a determination, pursuant to subsection 30.15(2), that a complaint is valid and decides to recommend a remedy, subsection 30.15(3) obligates the Tribunal, in recommending an appropriate remedy pursuant to subsection 30.15(2), to consider all of the circumstances relevant to the procurement that gave rise to the complaint, including those matters discussed under paragraphs 30.15(3)(a) to (e).

[43] In my view, this Court determined the type of remedy that the Tribunal was permitted to grant to Envoy when it stated, in *Canada (Attorney General) v. Envoy Relocation Services*, 2006 FCA 13 (*Envoy 2006*), that [at paragraph 3] “the remedy must be limited to the monetary relief sought by Envoy in its complaint.” Accordingly, I disagree with Evans J.A. when he states that in making the decision that is the subject of this application for judicial review the Tribunal was still engaged in recommending an appropriate remedy for the purposes of subsection 30.15(2). It follows, in my view, that because the “appropriate remedy” had already been determined, no further consideration of subsection 30.15(3) was warranted.

[44] The remedy of compensation is contained in paragraph 30.15(2)(e). Evans J.A. appears to agree that paragraph 30.15(2)(e) is applicable to the circumstances under review. However, we appear to disagree as to how the amount of compensation is to be determined.

[45] With respect, I do not agree with Evans J.A. when he states that the term “compensated,” as used in relation to paragraph 30.15(2)(e), is a generic word. In my view, compensated means given compensation and compensation is a term with an established legal meaning. The principles of compensation are well understood in the law relating to damages for breach of contract. In my view, it is appropriate to have general reliance on those principles, since, after all, the

ch. 44, art. 44]. Nul ne conteste qu’en l’espèce les marchés sous-jacents correspondent à cette définition. Sans cela, le Tribunal n’aurait pas pu examiner la plainte.

[42] En règle générale, lorsque le Tribunal, aux termes du paragraphe 30.15(2), donne gain de cause au plaignant et qu’il recommande la prise de mesures correctives, le paragraphe 30.15(3) l’oblige à tenir compte de tous les facteurs intervenant dans le marché qui a donné lieu à la plainte, y compris les facteurs énumérés aux alinéas 30.15(3)a) à e).

[43] À mon avis, la Cour a fixé le genre de mesures correctives que le Tribunal pouvait accorder à Envoy quant elle a déclaré, dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2006 CAF 13 (*Envoy 2006*), que [au paragraphe 3] « [l’]étendue du recours doit donc s’en tenir à la réparation pécuniaire qu’Envoy demande dans sa plainte ». Je ne suis donc pas d’accord avec le juge Evans lorsqu’il dit qu’en rendant la décision visée par la présente demande de contrôle judiciaire, le Tribunal ne faisait toujours que « recommander que soient prises des mesures correctives » pour l’application du paragraphe 30.15(2). Il s’ensuit selon moi qu’étant donné que les « mesures correctives » avaient déjà été fixées, il n’était plus justifié de prendre en considération le paragraphe 30.15(3).

[44] L’indemnisation figure dans l’alinéa 30.15(2)e). Le juge Evans semble convenir que cette disposition s’applique en l’espèce, mais nous ne semblons toutefois pas nous entendre sur le mode de fixation du montant de l’indemnisation.

[45] En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec le juge Evans lorsqu’il indique que le terme « indemnité », dans l’alinéa 30.15(2)e), est de nature générique. Selon moi, l’« indemnité » résulte de l’« indemnisation », et « indemnisation » est un terme qui a un sens juridique établi. Les principes juridiques d’« indemnisation » sont bien établis en matière de droit relatif aux dommages-intérêts pour rupture de contrat. Je suis d’avis qu’il convient de se fonder sur ces principes

procurement process that underlies the complaint in issue is essentially contractual in nature and the complaint at issue relates to “designated contracts.”

[46] Paragraph 1.2 of the Canadian International Trade Tribunal’s *Procurement Compensation Guidelines*, Revised (June 2001) (the “Compensation Guidelines”), which have been adopted by the Tribunal, states that where the Tribunal has decided to recommend the payment of compensation, neither the CITT Act nor the regulations thereunder provide guidance as to how the precise amount of compensation is to be determined. For that reason, the Tribunal adopted the Compensation Guidelines to inform parties as to the principles that it will adopt in making an award of compensation. While not so stated, the Compensation Guidelines adopt a number of long-standing principles of law that have been developed in the area of contractual damages. Notably absent from the Compensation Guidelines is any indication that the provisions of subsection 30.15(3) are to be relied upon in the determination of the amount of any award of compensation.

[47] While the Compensation Guidelines are not binding upon this Court, in my view, they are a useful tool in the determination of the proper interpretation of the term compensation for the purposes of paragraph 30.15(2)(e), which is the essential issue to be determined in this application for judicial review.

Standard of Review

[48] Although Evans J.A. agrees that the construction of subsections 30.15(2) and (3) is reviewable on a correctness standard, he indicates that at issue in this case is a specialist tribunal’s exercise of a broad grant of remedial discretion. He consequently finds that the decision of the Tribunal should be reviewed on a standard of patent unreasonableness.

[49] In my view, the issue in this appeal is the legal characterization of the amount that can be provided

de façon générale car, après tout, la procédure de passation de marchés publics qui est à l’origine de la plainte en litige est essentiellement de nature contractuelle, et cette plainte est liée à un « contrat spécifique ».

[46] Selon le paragraphe 1.2 des *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public*, révisé (juin 2001) du Tribunal canadien du commerce extérieur (les Lignes directrices sur les indemnités), que le Tribunal a adoptées, lorsque celui-ci a décidé de recommander le versement d’une indemnité, ni la Loi sur le TCCE ni son règlement d’application ne lui indiquent de quelle façon en fixer le montant précis. Le Tribunal a donc adopté les Lignes directrices sur les indemnités afin d’informer les parties des principes dont il tiendrait compte pour accorder l’indemnité. Bien qu’elles ne le disent pas de cette manière, les Lignes directrices sur les indemnités reprennent un certain nombre de principes juridiques bien établis qui ont été construits en matière de dommages-intérêts dans les causes contractuelles. Dans les Lignes directrices sur les indemnités, absolument rien n’indique qu’il faut se fonder sur les dispositions du paragraphe 30.15(3) pour fixer le montant d’une indemnité quelconque.

[47] Les Lignes directrices sur les indemnités ne lient pas la présente Cour, mais il s’agit selon moi d’un instrument utile pour déterminer la juste façon d’interpréter le terme « indemnité » au regard de l’alinéa 30.15(2)e); telle est la question centrale que la Cour est appelée à trancher dans la présente procédure de contrôle judiciaire.

La norme de contrôle

[48] Le juge Evans convient que, en ce qui concerne l’interprétation des paragraphes 30.15(2) et (3) la norme de la décision correcte est applicable, mais il signale que la question en litige en l’espèce a trait à l’exercice, par un tribunal administratif spécialisé, d’un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de mesures réparatrices. Il conclut donc que la décision du Tribunal doit être contrôlée selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[49] À mon avis, la question en litige dans le présent appel est la qualification juridique du montant qui peut

under paragraph 30.15(2)(e) to a complainant whose complaint has been found to be valid. This preliminary determination is an extricable question of law that is neither scientific, nor technical and is intrinsic to the general law of remedies. This determination does not fall within the specialized expertise of the Tribunal and is one that has traditionally fallen within the province of the courts. Consequently, in my view, this determination is reviewable on the standard of correctness (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 33).

Analysis

[50] It is trite law that statutory interpretation should be done according to the approach adopted by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 [at paragraph 21], namely that:

... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[51] Paragraph 30.15(2)(e) provides the remedy of compensation to a complainant whose complaint has been found to be valid. In paragraph 23 of his reasons, Evans J.A. states:

It is relevant in this context that Parliament used the generic word “compensated” in subsection 30.15(2), not the more distinctively legal term “damages.” Nor did it specify that a complainant is only to be “compensated” for a loss caused to it by breaches of contract, or other improper conduct, by PWGSC.

With respect, the suggested interpretation of the term “compensation” ignores the well established meaning of that term at common law. *Black’s Law Dictionary* [7th edition, St. Paul, Minn.: West 1999] defines “compensation” as follows :

2. Payment of damages, or any other act that a court orders to be done by a person who has caused injury to another and must therefore make the other whole.

It is clear from this definition that an amount will not constitute a payment of compensation unless the amount

être accordé en vertu de l’alinéa 30.15(2)(e) au plaignant qui obtient gain de cause. Cette décision préliminaire est une question de droit tout à fait distincte qui n’est ni scientifique, ni technique et qui relève simplement du droit général des mesures réparatrices. Cette décision ne relève pas du champ de compétence spécialisé du Tribunal, mais habituellement de celui des tribunaux. C’est donc dire, selon moi, que cette décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 33).

Analyse

[50] Le droit est bien fixé : en matière d’interprétation des lois, il faut suivre l’approche que la Cour suprême a exposée dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [au paragraphe 21] :

[...] il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[51] L’alinéa 30.15(2)(e) prévoit le versement d’une indemnité au plaignant à qui le Tribunal donne gain de cause. Au paragraphe 23 de ses motifs, le juge Evans a fait les observations suivantes :

Il est pertinent de noter à cet égard que le législateur a employé le terme générique « indemnité » au paragraphe 30.15(2), et non le terme « dommages-intérêts », qui a une connotation nettement plus juridique. Il n’est pas non plus précisé que le plaignant a droit seulement à une « indemnité » pour une perte due à une rupture de contrat, ou une autre conduite irrégulière, de la part de TPSGC.

En toute déférence, l’interprétation proposée du terme « indemnité » fait abstraction du sens bien établi qu’a ce mot en common law. Le *Black’s Law Dictionary* [7^e éd., St-Paul, Minn. : West, 1999] définit le mot « indemnisation » (en anglais : *compensation*) comme suit :

[TRADUCTION] 2. Paiement de dommages-intérêts ou toute autre mesure qu’un tribunal ordonne de faire à une personne ayant causé préjudice à autrui. En principe, l’indemnisation dédommage pleinement la victime.

Il ressort clairement de cette définition que le montant ne constitue une indemnisation que s’il peut être montré

can be shown to have been made by the payor to the payee to make the payee whole in relation to an injury that the payor caused the payee to suffer.

[52] This interpretation of the term compensation is consistent with the approach that would be taken by a court where damages were determined to be the appropriate remedy for a breach of contract at common law. (See Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1991).) This interpretation is also consistent with the Compensation Guidelines, in particular paragraphs 3.1.2 and 3.2.2, which read as follows:

3.1.2 In determining the amount of compensation to recommend, the Tribunal will attempt, insofar as is appropriate in the circumstances and bearing in mind any other relief that it recommended, to place the complainant in the position in which it would have been, but for the government's breaches.

...

3.2.2. Remoteness of Damages-A complainant may not receive compensation for a loss that is considered too remote by the Tribunal. A breach may cause the complainant to lose some anticipated gain which is not the immediate result of the breach and which arises from a separate transaction. In general, a loss may be considered too remote where it does not flow naturally from the government's breach or breaches or where the government could not reasonably have been expected to know that a loss of that kind would be suffered by the complainant in the event of the government's breach of its obligations.

Although not binding or determinative in and of themselves, the Compensation Guidelines form part of the legal context in which the subsection operates and therefore are an important factor to consider. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, Dickson J. [as he then was] of the Supreme Court of Canada stated, at page 37:

Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation.

[53] The case law also supports an interpretation of subsection 30.15(2)(e) that adopts the common-law

qu'il a été versé par le payeur au bénéficiaire dans le but de dédommager pleinement ce dernier du préjudice que le payeur lui a causé.

[52] Cette interprétation du terme « indemnisation » cadre avec l'approche que suit le tribunal qui décide que des dommages-intérêts constituent la réparation appropriée pour une rupture de contrat en common law. (Voir Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2^e éd. (Toronto : Canada Law Book, 1991).) Cette interprétation concorde également avec les Lignes directrices sur les indemnités, et plus particulièrement les paragraphes 3.1.2 et 3.2.2, dont voici le texte :

3.1.2 Pour déterminer le montant de l'indemnité à recommander, le Tribunal tentera, dans la mesure qu'il estime indiqué dans les circonstances et compte tenu de toute autre mesure corrective qu'il a recommandée, de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement.

[. . .]

3.2.2 Caractère lointain des dommages-intérêts- Aucune indemnité n'est accordée à la partie plaignante relativement à une perte que le Tribunal estime trop lointaine. Une infraction peut causer à la partie plaignante une perte d'un gain prévu qui ne découle pas de façon immédiate de l'infraction et qui se rattache à une transaction distincte. D'une façon générale, une perte peut être considérée comme trop lointaine lorsqu'elle ne découle pas naturellement d'une infraction du gouvernement ou lorsque le gouvernement ne pouvait raisonnablement pas savoir que l'infraction causerait une telle perte à la partie plaignante.

Bien qu'elles ne soient pas contraignantes ou décisives en soi, les Lignes directrices sur les indemnités font partie du cadre juridique de la disposition et elles constituent donc un important facteur dont il faut tenir compte. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson [tel était alors son titre] de la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit, à la page 37 :

Les politiques et l'interprétation administratives ne sont pas déterminantes, mais elles ont une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, elles peuvent être un « facteur important ».

[53] La jurisprudence va aussi dans le sens d'une interprétation de l'alinéa 30.15(2)(e) qui correspond aux

principles with respect to the determination of compensation. The application of the common-law principles for remedying a breach of contract can be found throughout the Tribunal's jurisprudence. For example, the following passage from *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] C.I.T.T. No. 8 (QL), is often included in the Tribunal's reasons for judgment [at paragraph 10]:

In considering what principles should guide the Tribunal in assessing compensation, reference will be made to those which govern the assessment of damages in the common law. It is evident that damages may be assessed in cases involving tenders, which of course parallel the procurement process at issue in this case.

(See also, *Mechron Energy Ltd. (Re)*, [1995] C.I.T.C. No. 59 (QL) and *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] No. 32 (QL) C.I.T.T.

[54] Further, in *Cougar Aviation Ltd v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R. (3d) (F.C.A.), a decision of this Court in an application for judicial review of a decision of the Tribunal, Evans J.A. stated, at paragraph 27 of the decision, that the tendering process for federal government procurement contracts remains in part governed by the private law of contract. At paragraph 42 of that decision, he states the following :

In my opinion, therefore, there is nothing in the nature of the decision-making context to exclude the normal requirement of the common law that those to whom the duty of fairness applies must avoid conduct that gives rise to a reasonable apprehension of bias. And, since the text of the Agreement is capable of being interpreted in a manner consistent with the common law, it should be so construed.

[55] In my view, this reasoning is as applicable to the issue under consideration namely, the appropriate interpretation of the term compensation, as it was in relation to the application of the common-law duty of fairness in *Cougar Aviation*. While the Tribunal may well perform a regulatory role in the overall

principes de la common law qui régissent la fixation de l'indemnité. L'application des principes de common law concernant l'octroi d'une réparation pour rupture de contrat se retrouve dans toute la jurisprudence du Tribunal. Par exemple, le passage suivant, extrait de *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd. (Re)*, [1997] T.C.C.E. n° 8 (QL), est souvent repris par le Tribunal dans ses motifs de jugement [au paragraphe 10] :

En se demandant selon quels principes le montant du dédommagement devrait être établi, le Tribunal a décidé d'invoquer ceux qui régissent l'évaluation des dommages-intérêts dans la common law. Il est évident que des dommages peuvent être évalués dans des causes portant sur des appels d'offres, auxquels ressemblent bien entendu les procédures de passation des marchés publics en question dans la présente affaire.

(Voir aussi les décisions *Société d'énergie Mechron Ltée (Re)*, [1995] T.C.C.E. n° 59 (QL), et *Spacesaver Corp. (Re)*, [1999] T.C.C.E. n° 32 (QL).)

[54] En outre, dans la décision *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL), une décision rendue par la Cour concernant une demande de contrôle judiciaire consécutive à une décision du Tribunal, le juge Evans a dit, au paragraphe 27 de cette décision, que la procédure d'adjudication des marchés publics du gouvernement fédéral demeure en grande partie régie par le droit privé des contrats. Au paragraphe 42 de cette même décision, il a fait les observations suivantes :

J'estime donc qu'il n'y a rien dans la nature du contexte décisionnel qui justifie d'exclure l'obligation habituelle de la common law suivant laquelle ceux à qui s'appliquent l'obligation d'agir avec équité doivent éviter tout comportement qui suscite une crainte raisonnable de partialité. Et, comme le texte de l'Accord se prête à une interprétation qui est compatible avec la common law, c'est cette interprétation qui devrait être retenue.

[55] Je suis d'avis que ce raisonnement s'applique autant à la question qui est en jeu en l'espèce, c'est-à-dire l'interprétation appropriée du terme « indemnité », qu'en rapport avec l'application de l'obligation d'équité en common law dont il était question dans l'arrêt *Cougar Aviation*. Il se peut fort

procurement process, there is nothing in paragraph 30.15(2)(e) that suggests that the Tribunal has the power to go beyond the provision of the remedy of compensation, as understood in the context of its well-understood meaning at common law. Moreover, because the term compensation, the remedy provided by paragraph 30.15(2)(e), is capable of being interpreted in a manner consistent with the common law, as Evans J.A. points out in *Cougar Aviation*, it should be so construed. Accordingly, it would be a reviewable error on the part of the Tribunal to order the payment of an amount as compensation, pursuant to paragraph 30.15(2)(e), unless all of the common-law elements of that term were present. In particular, it would be an error to order a party to pay the amount to a complainant for something other than an actual injury caused by that party to the complainant.

[56] In *Envoy 2006*, this Court held that while PWGSC had breached one of its obligations in the procurement process, the breach could not possibly have affected the outcome of the bidding process. In other words, the breach by PWGSC did not cause Envoy to lose the contracts that it sought. As a result of its failure to obtain those contracts Envoy, like all the other unsuccessful bidders, was left with nothing to show for the bid costs that it had incurred. However, the award by the Tribunal of half of those bid costs, resulted in Envoy being in a better position than it would have been in if the breach by PWGSC had not occurred. Accordingly, this award went beyond the provision of compensation and was therefore beyond the power of the Tribunal.

[57] The decision of the Supreme Court in *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, is supportive of my conclusion. In that case, the Court held that even though the particular government department, in the course of a tendering process, had breached its duty to treat all bidders fairly, the unsuccessful bidder, Martel, was not entitled to damages. At paragraph 102, the Court stated:

bien que le Tribunal joue un rôle de réglementation dans la procédure générale de passation de marchés publics, mais il n'y a rien à l'alinéa 30.15(2)e) qui donne à penser que le Tribunal a le pouvoir de faire plus qu'accorder une réparation sous forme d'indemnisation, telle qu'on la conçoit dans le contexte de son sens bien reconnu en common law. En outre, comme le terme « indemnité »—la réparation prévue à l'alinéa 30.15(2)e)—est susceptible d'être interprété d'une manière conforme à la common law, ainsi que le signale le juge Evans dans l'arrêt *Cougar Aviation*, c'est de cette façon qu'il convient de l'interpréter. Le Tribunal commettrait donc une erreur susceptible de contrôle en ordonnant le paiement d'une somme à titre d'indemnité, aux termes de l'alinéa 30.15(2)e), à moins que tous les éléments de common law que comporte ce terme ne soient présents. En particulier, il serait erroné d'ordonner à une partie de payer un montant au plaignant pour quelque chose d'autre que le préjudice réel que cette partie lui cause.

[56] Dans l'arrêt *Envoy 2006*, la présente Cour a dit que TPSGC avait manqué à l'une de ses obligations dans la procédure de passation de marchés publics, mais que ce manquement n'avait pas pu avoir d'incidence sur l'issue de la procédure d'appel d'offres. Autrement dit, ce n'est pas à cause du manquement de TPSGC qu'Envoy a perdu les contrats qu'elle briguait. N'étant pas parvenue à décrocher ces contrats, Envoy, à l'instar de tous les autres soumissionnaires non retenus, n'a rien obtenu en échange des frais qu'elle avait engagés en préparant les propositions. Cependant, par suite de l'attribution, par le Tribunal, de la moitié des frais liés à ces propositions, Envoy s'est retrouvée dans une situation meilleure que si le manquement de TPSGC n'avait pas eu lieu. En conséquence, cette attribution allait au-delà du versement d'une indemnité et excédait donc le pouvoir du Tribunal.

[57] La décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, va dans le sens de ma conclusion. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que même si le ministère en question, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, avait manqué à son obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires, le soumissionnaire non retenu—Martel—n'avait pas droit à des

To be recoverable, a loss must be caused by the contractual breach in question. As noted above, the only breach of Contract A is limited to the addition of the security system costs to Martel's bid. However, we conclude that damages for this breach of Contract A are precluded for want of causation. We also find that the Department's breach did not cause Martel to lose a reasonable expectation of receiving Contract B. Even if the costs for a security system were deducted from Martel's bid (or also added to the Standard Life bid), the difference between the two bids would remain significant.

It will be recalled that the Tribunal, in *Conair Aviation*, concluded that tendering cases were similar and relevant to procurement cases that came before the Tribunal (see paragraph 53).

[58] A conclusion similar to *Martel* was reached more recently by Sharlow J.A. in *Med-Emerg International Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2006), 348 N.R. 55 (F.C.A.), which was also a judicial review of a decision of the Tribunal. In that case, the Tribunal found that PWGSC had breached an obligation relating to the procurement process. However, the Tribunal did not grant the complainant a remedy because it concluded that the complainant would not have been able to overcome the successful bidder in any event and therefore would not have been awarded the contract.

[59] Of particular note are the comments of Sharlow J.A. with respect to the alternative remedies that were claimed in *Med-Emerg*, namely, lost profits and bid preparation costs, which are the remedies that are presently under consideration. At paragraph 29 of her reasons, Sharlow J.A. stated that:

... given the CITT's determination that Med-Emerg was not prejudiced by any of the errors in the procurement process,

dommages-intérêts. Au paragraphe 102, la Cour a déclaré ce qui suit :

Pour être susceptible d'indemnisation, la perte doit avoir été causée par le manquement à l'obligation contractuelle en cause. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la seule inexécution du contrat A consiste dans l'ajout à la soumission de Martel des coûts d'installation du système de sécurité. Toutefois, nous arrivons à la conclusion que l'absence d'un lien de causalité exclut l'adjudication de dommages-intérêts relativement à cette inexécution du contrat A. Nous concluons également que le manquement du ministère n'est pas la cause de la perte, par Martel, de son attente raisonnable de se voir adjuger le contrat B. Même si les coûts afférents au système de sécurité étaient soustraits du montant de la soumission de Martel (ou également ajoutés à celui de la soumission de la Standard Life), l'écart entre les deux soumissions demeurerait important.

On se souviendra que, dans la décision *Conair Aviation*, le Tribunal a conclu que les causes d'appel d'offres étaient semblables et pertinentes aux causes relatives à la passation de marchés publics dont elle était saisie (voir le paragraphe 53).

[58] Plus récemment, la juge Sharlow, dans l'arrêt *Med-Emerg International Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2006 CAF 147 (il s'agissait là aussi d'une procédure de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal), s'est prononcée dans le même sens que la jurisprudence *Martel*. Dans cette affaire, le Tribunal avait jugé que TPSGC avait manqué à une obligation concernant le processus de passation de marchés publics. Cependant, le Tribunal n'avait pas accordé de réparation au plaignant car il avait conclu que, de toute manière, le plaignant n'aurait pas été capable de l'emporter sur le soumissionnaire retenu et ne se serait donc pas vu adjuger le contrat.

[59] Plus précisément, il convient de relever les observations de la juge Sharlow au sujet des mesures réparatrices subsidiaires demandées dans l'affaire *Med-Emerg*, c'est-à-dire les profits perdus et les frais liés à la préparation de la soumission, qui sont les mesures dont il est question en l'espèce. Au paragraphe 29 de ses motifs, la juge Sharlow a indiqué ce qui suit :

[...] étant donné la conclusion du TCCE comme quoi aucune des erreurs commises dans le processus d'adjudication n'avait

there would have been no foundation for any of the alternative remedies sought by Med-Emerg.

[60] The decisions in *Martel* and *Med-Emerg* are supportive of my view that compensation for a breach of a requirement in the procurement process should not be awarded to a complainant who has not suffered a loss as a result of that breach.

[61] In the decision under review, the Tribunal reiterated [at paragraph 24] its belief that the breach of evaluation procedures by PWGSC prejudiced (which I will assume to mean caused harm to) the “integrity of the government procurement system as a whole.” The Tribunal then went on, in paragraph 32 of its decision, to “compensate Envoy”, not for any harm that was done by PWGSC to Envoy, but apparently for the harm that was done by PWGSC to the “integrity of the government procurement system as a whole.” In my view, it is incongruous and therefore patently unreasonable, to provide money to Envoy, a party uninjured by a breach, to redress an injury that the breach apparently caused to the “integrity of the government procurement system as a whole.”

[62] In paragraph 22 of his reasons, Evans J.A. justifies the award on the basis that in so doing, the Tribunal was exercising its powers:

... with a view to, among other things, maintaining potential bidders, confidence in the integrity of the procurement system. An erosion of confidence would have a detrimental impact on the competitiveness of bidding. Hence, it should not be assumed that the CITT’s power to recommend compensation is exercisable exclusively on the basis of common-law principles.

With respect, this appears to say that the compensation is awarded to Envoy to redress a harm to “potential bidders.” To that extent, I disagree that such an award could be properly considered to be an award of compensation.

porté préjudice à Med-Emerg, aucune des mesures subsidiaires demandées par elle n’aurait pu se justifier.

[60] Les jurisprudences *Martel* et *Med-Emerg* vont dans le sens de mon opinion : dans le cas d’un manquement à une exigence de la procédure de passation de marchés publics, il ne convient pas d’indemniser un plaignant qui n’a pas subi de perte à cause de ce manquement.

[61] Dans la décision visée en l’espèce, le Tribunal a réitéré [au paragraphe 24] sa conviction que le manquement de TPSGC aux méthodes d’évaluation avait porté préjudice (et je présume que cela veut dire : « fait du tort ») à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ». Ensuite, au paragraphe 32 de sa décision, le Tribunal a recommandé que l’on « verse à Envoy une indemnisation », non pas pour le préjudice que TPSGC aurait causé à Envoy, mais apparemment pour le préjudice que TPSGC a causé à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ». À mon avis, il est incongru et donc manifestement déraisonnable d’accorder de l’argent à Envoy, une partie non lésée par un manquement, pour l’indemniser d’un préjudice que ce manquement a manifestement causé à « l’intégrité de la procédure de passation de marchés publics dans son ensemble ».

[62] Au paragraphe 22 de ses motifs, le juge Evans a justifié l’indemnisation en faisant valoir que le Tribunal, en agissant de la sorte, exerçait ses pouvoirs :

[...] en vue de, notamment, préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l’intégrité du système de passation de marchés publics. La perte de confiance aurait un effet préjudiciable sur l’aspect concurrentiel du processus d’appel d’offres. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu’a le TCCE de recommander l’indemnisation ne peut être exercé qu’en fonction des principes de common law.

En toute déférence, cela semble vouloir dire que l’indemnité est accordée à Envoy pour accorder réparation d’un préjudice causé aux « soumissionnaires éventuels ». Je ne peux donc dire qu’une telle mesure puisse être considérée à juste titre comme une indemnité.

[63] In my view, the award made by the Tribunal provides Envoy with an amount which exceeds the amount of any loss that Envoy suffered as a result of the breach of bid evaluation procedures that PWGSC was found to have committed. Such an award is, therefore, tantamount to an award of punitive damages.

[64] The nature of punitive damages has been described by McIntyre J. of the Supreme Court of Canada in *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085. At pages 1104 and 1105 he stated:

Problems arise for the common law wherever the concept of punitive damages is posed. The award of punitive damages requires that:

. . . a civil court . . . impose what is in effect a fine for conduct it finds worthy of punishment, and then to remit the fine, not to the State Treasury, but to the individual plaintiff who will, by definition, be over-compensated. [Waddams, p. 563.]

...

But all authorities accept the proposition that an award of punitive damages should always receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cautiously exercised. As has been mentioned earlier, punitive damages are not compensatory in nature.

And at pages 1107 and 1108, he further stated:

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

[65] Whether or not the Tribunal is empowered to award punitive damages, in my view, the Tribunal did not, in fact, attempt to do so in its decision, and such an award would not have been appropriate in any event. This is so for several reasons. First, as indicated in *Vorvis*, punitive damages are not “compensatory in

[63] Je suis d’avis que la décision du Tribunal accorde à Envoy un montant qui excède le montant de toute perte qu’Envoy a subie par suite du manquement aux méthodes d’évaluation des propositions que TPSGC, a-t-il été conclu, a commis. Une telle décision équivaut donc à une attribution de dommages-intérêts punitifs.

[64] Le juge McIntyre, de la Cour suprême du Canada, a défini la nature des dommages-intérêts punitifs dans l’arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, et plus précisément aux pages 1104 et 1105 :

Il se pose des problèmes en *common law* chaque fois qu’on fait appel au concept des dommages-intérêts punitifs. L’attribution de dommages-intérêts punitifs exige que :

[TRADUCTION] . . . un tribunal civil . . . impose ce qui constitue en fait une amende pour un comportement qui, selon lui, mérite d’être puni, pour ensuite remettre cette amende non pas au trésor public, mais au demandeur particulier qui, par définition, sera « surindemnisé ». [Waddams, p. 563.]

[. . .]

Cependant, tous les tribunaux et les auteurs de doctrine reconnaissent que l’attribution de dommages-intérêts punitifs doit toujours se faire après mûre réflexion et que le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence. Comme je l’ai déjà mentionné, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas de nature indemnitaire.

Et, ajoute-t-il aux pages 1107 et 1108 :

De plus, il n’est possible d’accorder des dommages-intérêts punitifs qu’à l’égard d’un comportement qui justifie une peine parce qu’il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l’attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d’être condamné et puni.

[65] Peu importe que le Tribunal soit habilité ou non à accorder des dommages-intérêts punitifs, je suis d’avis que ce dernier n’a pas tenté de le faire dans sa décision, et de toute façon, une telle mesure n’était pas indiquée, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, comme il est dit dans l’arrêt *Vorvis*, les dommages-intérêts punitifs

nature” and therefore an award of “compensation” could not be said to encompass punitive damages. Secondly, *Vorvis* illustrates that punitive damages are to be awarded only in relation to conduct that is harsh, vindictive, reprehensible and malicious in nature. In the present circumstances, while the Tribunal indicated that the breach was serious, there was no indication of bad faith on the part of the PWGSC. Accordingly, it would be incongruous to conclude that conduct that did not amount to bad faith was nonetheless harsh, vindictive, reprehensible and malicious in nature. It follows, in my view, that the decision of the Tribunal to award what can only be characterized as punitive damages to Envoy, in the absence of conduct on the part of PWGSC that is worthy of punishment or otherwise harsh, vindictive, reprehensible or malicious in nature, must be patently unreasonable and therefore unsustainable.

[66] Where the Tribunal has concerns with respect to the integrity of the procurement system as a result of what it may believe to be inappropriate conduct on the part of any government procurement agency, the Tribunal is specifically mandated by section 30.19 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] to express its concerns to a senior official of the applicable government department. That provision reads as follows :

30.19 (1) The Tribunal may provide the deputy head of a government institution with its comments and observations on any matter that the Tribunal considers should be brought to the attention of the deputy head in connection with the procurement process.

(2) In subsection (1) “deputy head” means

(a) where the government institution is a department or ministry of state, the person having by law the status of deputy head; and

(b) where the government institution is any other body or an office, the chief executive officer of that body or the person holding that office.

In my view, in the circumstances under review, it would have been far more appropriate for the Tribunal to express its concerns with respect to the breach of the procurement procedures by PWGSC through the mechanism provided by section 30.19, rather than by

« ne sont pas de nature indemnitaire » et on ne pourrait donc pas dire que l’attribution d’une « indemnisation » englobe des dommages-intérêts punitifs. Deuxièmement, cet arrêt enseigne que des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés qu’en cas de conduite dure, vengeresse, répréhensible et malicieuse. En l’espèce, même si le Tribunal a indiqué que le manquement était grave, rien n’indique que TPSGC a agi de mauvaise foi. Il serait donc incongru de conclure qu’une conduite qui n’équivalait pas à de la mauvaise foi était néanmoins dure, vengeresse, répréhensible et malicieuse. Il s’ensuit, selon moi, que la décision du Tribunal d’attribuer ce qui ne peut être qualifié que de dommages-intérêts punitifs à Envoy, en l’absence d’une conduite de TPSGC qui justifie l’imposition d’une peine ou qui soit par ailleurs dure, vengeresse, répréhensible ou malicieuse, ne peut être que manifestement déraisonnable et donc indéfendable.

[66] Lorsque le Tribunal a des doutes quant à l’intégrité du système de passation de marchés publics à la suite de ce qui est, selon lui, une conduite irrégulière de la part d’un organisme de passation de marchés publics, l’article 30.19 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] lui donne expressément le pouvoir d’en faire part à un haut responsable du ministère compétent. Le texte de cet article est le suivant :

30.19 (1) Le Tribunal peut faire des commentaires ou des observations à l’administrateur général d’une institution fédérale concernant toute question qui, à son avis, requiert l’attention de celui-ci en ce qui touche la procédure des marchés publics.

(2) L’« administrateur général » d’une institution fédérale est, dans le cas d’un ministère ou d’un département d’État, la personne en ayant de plein droit le statut et, dans celui de tout autre organisme, le premier dirigeant en titre ou en fonction.

Je suis d’avis que, dans les circonstances, il aurait été nettement préférable que le Tribunal exprime ses préoccupations à l’égard du manquement, par TPSGC, à la procédure de passation de marchés publics en recourant à la voie prévue à l’article 30.19, plutôt que

awarding an amount to Envoy as compensation for a loss that it did not suffer as a result of that breach.

[67] The action taken by the Tribunal is unfair to other unsuccessful bidders who participated in the same process as Envoy. Moreover, such action may well serve to encourage litigation on the part of unsuccessful bidders who will be motivated to try to demonstrate some slight imperfection in the procurement process, in an attempt to salvage some or all of the costs incurred in the preparation of their unsuccessful bids.

[68] I agree with Evans J.A. that the amount awarded by the Tribunal to Envoy was not an amount determined under subsection 30.15(4). This is apparent from paragraph 32 of the Tribunal's decision in which the Tribunal states its recommendation "as a remedy, that PWGSC compensate Envoy" [emphasis added] for one half of its bid preparation costs. Accordingly, the proper interpretation of subsection 30.15(4) is not a matter that is relevant to this judicial review. However, in my view, the power that is conferred upon the Tribunal under that particular provision does not provide a justification for an interpretation of the term "compensation" that is inconsistent with the ordinary legal meaning of that term that is discernible from the jurisprudence under the applicable provisions of the CITT Act, the relevant administrative practices of the Tribunal and the common-law principles with respect to damages for breach of contract.

Conclusion

[69] By awarding Envoy half of its bid preparation costs, the Tribunal erred in law and exceeded the discretion granted to it under paragraph 30.15(2)(e). Moreover, if the standard of review of the decision of the Tribunal is not correctness, I conclude that the decision of the Tribunal to award Envoy half of its bid preparation costs is patently unreasonable. Accordingly, I would set aside the decision of the Tribunal and refer the matter back to the Tribunal for a new determination

d'attribuer un montant à Envoy à titre d'indemnisation d'une perte que celle-ci n'a pas subie à cause de ce manquement.

[67] La mesure que le Tribunal a prise est injuste pour les autres soumissionnaires non retenus qui ont pris part au même processus qu'Envoy. En outre, une telle mesure peut fort bien avoir pour effet d'encourager ces soumissionnaires à engager une poursuite pour tenter de démontrer que le processus de passation de marchés publics est entachée d'une légère imperfection et, ainsi, récupérer en tout ou en partie la totalité des frais engagés dans la préparation de leurs propositions infructueuses.

[68] Je conviens, avec le juge Evans, que le montant que le Tribunal a accordé à Envoy n'était pas un montant fixé en vertu du paragraphe 30.15(4). C'est ce qui ressort du paragraphe 32 de la décision du Tribunal, où il indique qu'il recommande « à titre de mesure corrective, que TPSGC verse à Envoy une indemnisation » [non souligné dans l'original] égale à la moitié des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions. C'est donc dire que la juste interprétation du paragraphe 30.15(4) n'est pas une question qui s'avère pertinente à l'égard du présent contrôle judiciaire. Cependant, je suis d'avis que le pouvoir que cette disposition particulière confère au Tribunal ne justifie pas que l'on interprète le terme « indemnité » d'une manière qui soit incompatible avec son sens juridique ordinaire consacré par la jurisprudence relative aux dispositions pertinentes de la Loi sur le TCCE, les méthodes administratives pertinentes du Tribunal et les principes de common law qui ont trait aux dommages-intérêts pour rupture de contrat.

Conclusion

[69] En accordant à Envoy la moitié des frais que celle-ci a engagés pour la préparation de ses propositions, le Tribunal a commis une erreur de droit et a excédé la compétence que lui confère l'alinéa 30.15(2)(e). Par ailleurs, si la norme de contrôle de la décision du Tribunal n'est pas la décision correcte, je conclus que la décision du Tribunal d'accorder à Envoy la moitié des frais qu'elle a engagés pour préparer ses propositions est manifestement déraisonnable. De ce

on the basis of these reasons, that is to say, that Envoy should only be awarded the amount of \$500 for costs incurred in relation to the submissions made to the Tribunal after the decision of this Court in *Envoy 2006*.

fait, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire à ce dernier pour qu'il rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs, à savoir qu'il ne faut accorder à Envoy que la somme de 500 \$ pour les frais engagés en rapport avec les observations faites au Tribunal après la décision que la présente Cour a rendue dans *Envoy 2006*.

APPENDIX "A"

[s. 30.1 "complaint" (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), "government institution" (as enacted *idem*)]

30.1 In this section and in sections 30.11 to 30.19,

"complaint" means a complaint filed with the Tribunal under subsection 30.11(1);

"designated contract" means a contract for the supply of goods or services that has been or is proposed to be awarded by a government institution and that is designated or of a class of contracts designated by the regulations;"

"government institution" means any department or ministry of state of the Government of Canada, or any other body or office, that is designated by the regulations.

...

30.11 (1) Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.

...

30.15 (1) . . .

(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:

- (a) that a new solicitation for the designated contract be issued;
- (b) that the bids be re-evaluated;
- (c) that the designated contract be terminated;

ANNEXE « A »

[art. 30.1 « institution fédérale » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « plainte » (édicte, *idem*)]

30.1 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 30.11 à 30.19.

« contrat spécifique » Contrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale—ou pourrait l'être—, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire.

« institution fédérale » Ministère ou département d'État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement.

« plainte » Plainte déposée auprès du Tribunal en vertu du paragraphe 30.11(1).

[. . .]

30.11 (1) Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte.

[. . .]

30.15 (1) [. . .]

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;

(d) that the designated contract be awarded to the complainant; or

(e) that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal.

(3) The Tribunal shall, in recommending an appropriate remedy under subsection (2), consider all the circumstances relevant to the procurement of the goods or services to which the designated contract relates, including

(a) the seriousness of any deficiency in the procurement process found by the Tribunal;

(b) the degree to which the complainant and all other interested parties were prejudiced;

(c) the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced;

(d) whether the parties acted in good faith; and

(e) the extent to which the contract was performed. [Emphasis added.]

d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;

e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;

b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;

d) la bonne foi des parties;

e) le degré d'exécution du contrat. [Non souligné dans l'original.]