

A-561-03

2004 FCA 285

A-561-03

2004 CAF 285

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*Respondent*)**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*défendeur*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GEORGIAN  
COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (F.C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GEORGIAN  
COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.F.)**Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Sexton  
JJ.A.—Ottawa, August 31 and September 8, 2004.Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et  
Sexton, J.C.A.—Ottawa, 31 août et 8 septembre 2004.

*Internal Trade — Judicial review of Canadian International Trade Tribunal's (CITT) refusal to grant Crown costs, though successful, in defence of procurement complaint — Tribunal's policy not to grant Crown costs based on power under Canadian International Trade Tribunal Act, s. 30.16 — Argued discouraging bidders from challenging procurement process would defeat NAFTA purpose of ensuring government gets best value for money — Also relied on American, Mexican practice — Applicable review standard — CITT lacking statutory authority to implement measures to encourage complaints — Not conferred by Act, s. 30.16 — NAFTA, Art. 1017 not providing Canada, CITT have duty to encourage complaints — American, Mexican practice not to be taken into account as their legislation different from Canadian — When appropriate to deny Crown costs in procurement matter considered — Matter referred back with direction CITT award applicant costs.*

*Commerce intérieur — Contrôle judiciaire du refus du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) d'accorder à l'État les frais découlant de la défense qu'il a opposée avec succès à une plainte concernant un marché public — Le Tribunal a pour politique de ne pas adjuger les frais à l'État en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 30.16 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur — Il a soutenu que le fait de décourager les soumissionnaires de contester la procédure de passation des marchés publics irait à l'encontre de l'intention de l'ALÉNA qui est d'assurer que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent — Il s'est également appuyé sur la pratique suivie aux États-Unis et au Mexique — Norme de contrôle applicable — Le TCCE n'est pas légalement habilité à mettre en œuvre des mesures pour encourager le dépôt de plaintes — Ce pouvoir n'est pas conféré par l'art. 30.16 de la Loi — L'art. 1017 de l'ALÉNA ne prévoit pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes — La pratique suivie aux États-Unis et au Mexique ne doit pas être prise en considération étant donné que leur législation est différente de la législation canadienne — Examen des circonstances particulières dans lesquelles il convient de refuser à l'État le remboursement de ses frais en matière de marchés publics — Affaire renvoyée au TCCE avec pour instruction d'accorder les frais au demandeur.*

This application for judicial review arose from the Canadian International Trade Tribunal's continuing refusal to award Human Resources Development Canada (HRDC) the costs of its successful defence to a procurement complaint brought by Georgian College of Applied Arts and Technology. This Court had previously set aside CITT's denial of a costs award and sent the matter back to the Tribunal to make a decision based on proper principles governing costs.

La présente demande de contrôle judiciaire découle du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur d'accorder à Développement des ressources humaines Canada (DRHC) les frais découlant de la défense qu'elle a opposée avec succès à une plainte déposée par Georgian College of Applied Arts and Technology concernant un marché public. La Cour avait déjà annulé la décision du TCCE de refuser d'accorder les frais et avait renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il traite la question des frais sur le fondement des principes appropriés.

The College had responded to HRDC's request for submissions for the provision of help to the unemployed. When its response was rejected, the College filed a subsection 30.11(1) *Canadian International Trade Tribunal Act* complaint. Its position was that the HRDC's Expression of Interest (EOI) was subject to the procurement provisions of both the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* (AIT). The CITT dismissed the complaint, holding the NAFTA and AIT procurement provisions inapplicable. The matter of costs was not addressed but the Attorney General subsequently requested an award of costs. This was denied for three reasons: (1) there was little purpose in awarding costs to the Crown, represented as it is by salaried Department of Justice counsel; (2) this would increase the burden on complainants to the CITT; and, (3) most complaints have some merit, and are pursued in a forthright, candid manner. The Federal Court of Appeal held that the CITT had fettered its discretion by adopting a general policy against awarding costs to the Crown. The Court also held that the matters taken into account were irrelevant, and rejected the submission that the CITT had a duty to encourage people to make complaints. The matter was referred back to the CITT for redetermination, and it again refused to award costs on policy grounds and on the facts. The Tribunal defended its policy of denying costs to the Crown by reference to its discretionary power under CITT Act, section 30.16. Its view was that discouraging potential bidders from full participation in the procurement process by imposing costs that would deter them from challenging that process would defeat a purpose of NAFTA: ensuring that government receives the best value for its money. The Tribunal explained that, while in the judicial system costs serve as a useful deterrent against the bringing of weak actions, there is no similar need in the procurement review context since the CITT does not even accept for inquiry any complaint which fails to disclose a reasonable indication that trade agreements have been breached. Less than half of all complaints have been accepted for inquiry. It also noted that under American legislation, only the complainant is allowed costs in a procurement inquiry before the federal government's bid challenge authority. In Mexico, costs are awarded against neither side in a procurement inquiry.

Georgian College avait répondu à une demande de soumissions de DRHC concernant la prestation de services d'aide aux personnes sans emploi. Sa soumission ayant été rejetée, Georgian College a déposé une plainte sur le fondement du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*. Il a allégué que l'expression d'intérêt (EDI) publiée par DRHC était soumise aux dispositions sur les marchés publics de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI). Le TCCE a rejeté la plainte pour le motif que les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI sur les marchés publics ne s'appliquaient pas. La question des frais n'a pas été abordée, mais le procureur général a plus tard demandé que les frais lui soient adjugés. La demande de frais a été rejetée pour trois motifs: 1) il était inutile d'adjuger des frais à l'État parce qu'il était représenté par des conseillers juridiques salariés du ministère de la Justice; 2) cela ne servirait qu'à accroître le fardeau déjà lourd des parties qui portent plainte devant le TCCE; et 3) la plupart des plaintes portées ont un certain fondement et sont déposées de manière franche et honnête. La Cour d'appel fédérale a statué que le TCCE avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique générale consistant à refuser d'adjuger les frais à l'État. La Cour a également conclu que les facteurs dont il a été tenu compte n'étaient pas pertinents et elle a rejeté l'argument suivant lequel le TCCE avait le devoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes. L'affaire a été renvoyée au TCCE afin qu'il rende une nouvelle décision et celui-ci a encore une fois rejeté la demande de frais en se fondant sur la politique applicable et sur les faits particuliers de l'affaire. Le Tribunal a défendu sa politique de refuser les frais à l'État en invoquant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE. Il a estimé que le fait de décourager les soumissionnaires potentiels de participer pleinement à la procédure de passation des marchés publics en imposant des frais qui ont pour effet de les dissuader de contester la procédure irait à l'encontre d'un objectif de l'ALÉNA: assurer que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent. Le Tribunal a expliqué qu'à la différence du système judiciaire où les frais servent de moyen de dissuasion pour éviter des procès pour des motifs faibles, cela n'est pas nécessaire dans le cadre de l'examen des marchés publics étant donné que le TCCE n'accepte même pas d'enquêter sur une plainte qui ne donne pas une indication raisonnable qu'une infraction a été commise aux accords commerciaux. Il n'a pas accepté d'enquêter sur la moitié de toutes les plaintes. Il a également souligné que, suivant la législation américaine, seule la partie plaignante peut se faire rembourser ses frais lors d'une enquête sur les marchés publics auprès de l'organisme fédéral chargé d'examiner les contestations des offres. Au Mexique, des frais ne sont pas accordés contre l'une ou l'autre des parties dans une enquête sur les marchés publics.

Turning to the facts, the CITT found that HRDC had induced the College to respond to the EOI on the basis that it was a public procurement subject to NAFTA and AIT provisions. The language in the EOI along with the absence of any indication in the EOI that it was not a procurement constituted the inducement.

*Held*, the application should be allowed.

In reviewing the CITT's exercise of discretion whether to award costs in a particular case, patent unreasonableness is the applicable review standard. But as to whether a practice or principle relied upon by the CITT is authorized by its Act, the review standard is reasonableness *simpliciter*.

On the policy issue, nothing in the Act justified the CITT in distinguishing between complainants and the Crown in the awarding of costs. This Court has already held that the CITT lacks any statutory authority to implement measures to encourage complainants to come forward. Certainly, it was not conferred by section 30.16, the only statutory reference in the Tribunal's reasons. There is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. As for the argument that section 30.16 should be interpreted in a manner consistent with NAFTA obligations, especially Article 1017, which requires each Party to adopt and maintain bid challenge procedures for procurements, that Article does not provide that either Canada or the CITT has a duty to encourage complaints. It simply provides that contracting states must allow the making of complaints, ensure complaints are dealt with fairly and in a timely manner and not prevent the initiating of challenges. Awarding the Crown costs is not inconsistent with NAFTA. The CITT also erred in considering the fact that both the U.S.A. and Mexico do not award costs to government when successful in a procurement complaint. The legislation in those countries is different. The broad policy principles advanced by the Tribunal in support of its decision failed to meet the reasonableness *simpliciter* review standard.

In *Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, Evans J.A. suggested circumstances in which it would be appropriate to deny the Crown costs, though successful, in procurement matters. The general principle of awarding a successful party costs could be departed from if the Crown is somehow responsible for complainant's failure to submit a compliant bid

Après avoir examiné les faits, le TCCE a conclu que DRHC avait incité Georgian College à répondre à l'EDI en se fondant sur le fait qu'il s'agissait d'un marché public pour lequel s'appliqueraient les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI. Le texte de l'EDI ainsi que l'absence de toute indication qu'il ne s'agissait pas d'un marché ont constitué une incitation à présenter des soumissions.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

Dans l'examen de l'exercice par le TCCE de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder les frais dans un cas donné, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, c'est la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* qui s'applique pour décider si une pratique ou un principe invoqué par le TCCE est permis par les dispositions de la Loi.

En ce qui concerne la question de la politique applicable, rien dans la Loi ne justifiait que le TCCE fasse une distinction entre les parties plaignantes et l'État lorsqu'il rend une décision sur les frais. Notre Cour a déjà statué que le TCCE n'est pas légalement habilité à mettre en œuvre des mesures visant à encourager les intéressés à déposer des plaintes. Ce pouvoir ne lui est certes pas conféré par l'article 30.16, la seule disposition législative citée dans les motifs du TCCE. Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Pour ce qui est de l'argument suivant lequel l'article 30.16 devrait être interprété d'une manière conciliable avec les obligations prévues par l'ALÉNA, notamment avec l'article 1017 qui exige que chacune des Parties adopte et maintienne des procédures de contestation des offres pour les marchés, cet article ne prévoit toutefois pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes. Il précise simplement que les États contractants doivent permettre le dépôt de plaintes, s'assurer que les plaintes sont examinées de façon impartiale et en temps opportun, et ne pas empêcher la présentation de contestations. L'adjudication de frais à l'État n'est pas incompatible avec l'ALÉNA. Le TCCE a également commis une erreur en tenant compte du fait que les É.-U. et le Mexique n'accordent pas le remboursement des frais aux gouvernements qui ont gain de cause à l'égard des plaintes portées en matière de passation des marchés. La législation dans ces pays est différente. Les principes de politique générale formulés par le TCCE au soutien de sa décision ne satisfont pas à la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, le juge Evans, J.C.A. a indiqué les circonstances dans lesquelles il conviendrait de refuser à l'État le remboursement de ses frais même s'il a obtenu gain de cause. Il est possible de s'écarter du principe général suivant lequel les dépens sont accordés à la partie qui a gain de cause si les agissements de

or for inducing the complainant to file a complaint with the Tribunal. It is not reasonable for anyone to suppose that whenever the word “contract” is used, that any agreement contemplated would be subject to international trade agreements. No blame could be assigned to HRDC for the College’s decision to persist with its complaint.

While, upon judicial review, the Court lacked power to order the College to pay costs, it could refer the matter back with a direction that CITT award costs to applicant in the amount of \$3,327.05.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I*, vol. 129, No. 17 (29 April 1995).  
*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.11 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), 30.16 (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(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1017.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, 2004 FCA 130; [2004] F.C.J. No. 574 (QL).

##### REFERRED TO:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 49 (QL); *Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 73 (QL).

APPLICATION for judicial review of the Canadian International Trade Tribunal’s continuing refusal to

l’État ont contribué jusqu’à un certain point au défaut du plaignant de présenter une soumission conforme ou s’ils ont incité celui-ci à porter plainte devant le Tribunal. Il n’est pas raisonnable de conclure que chaque fois que le mot «marché» est utilisé, l’entente envisagée sera assujettie aux accords commerciaux internationaux. On ne peut pas reprocher à DRHC la décision de Georgian College de poursuivre sa plainte.

Même si, dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour n’était pas habilitée à ordonner à Georgian College de payer les frais de l’appel, elle pouvait renvoyer l’affaire au TCCE et lui ordonner d’accorder au demandeur les frais qui s’élevaient à 3 327,05 \$.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1017.  
*Accord sur le commerce intérieur, Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995).  
*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 30.11 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), 30.16 (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(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, 2004 CAF 130; [2004] A.C.F. n° 574 (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 49 (QL); *Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 73 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur d’accorder

award costs to the Crown, although successful, in a procurement complaint (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2003] C.I.T.T. No. 29 (QL)). Application allowed; CITT directed to pay Crown's costs of fixed amount.

le remboursement des frais à l'État même s'il a eu gain de cause dans une plainte concernant un marché public (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2003] T.C.C.E. n° 29 (QL)). Demande accueillie; il est ordonné au TCCE d'accorder le remboursement à l'État des frais dont le montant a été établi.

APPEARANCES:

*Derek Rasmussen* for applicant.  
No one appearing for respondent.

ONT COMPARU:

*Derek Rasmussen* pour le demandeur.  
Personne n'a comparu pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

No one appearing for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

Personne n'a comparu pour le défendeur.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

SEXTON J.A.:

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] This application for judicial review arises out of the continuing refusal by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) to award costs to Human Resources Development Canada (HRDC) arising out of its successful defence to a procurement complaint brought by Georgian College of Applied Arts and Technology (Georgian). This Court had earlier set aside the decision of the CITT refusing to award costs to HRDC and referred the matter back to the CITT so that it could address the issue of costs based upon proper principles. The issue in the application is whether the CITT has done so.

INTRODUCTION

[1] La présente demande de contrôle judiciaire découle du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) d'accorder à Développement des ressources humaines Canada (DRHC) les frais découlant de la défense qu'elle a opposée avec succès à une plainte déposée par Georgian College of Applied Arts and Technology (Georgian College) concernant un marché public. Notre Cour avait déjà annulé la décision du TCCE de refuser d'accorder les frais à DRHC et avait renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il traite la question des frais sur le fondement des principes appropriés. La question en litige dans la présente demande est celle de savoir si le TCCE l'a fait.

FACTS

[2] In 2001, Georgian responded to an Expression of Interest (EOI) published by HRDC which invited submissions regarding the provision of help to unemployed people. The approach by Georgian was rejected so it indicated it intended to file a complaint against HRDC pursuant to subsection 30.11(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian*

FAITS

[2] En 2001, Georgian College a répondu à une expression d'intérêt (EDI) publiée par DRHC qui invitait à présenter des soumissions concernant la prestation de services d'aide aux personnes sans emploi. Sa soumission ayant été rejetée, Georgian College a indiqué qu'il avait l'intention de déposer une plainte contre DRHC sur le fondement du paragraphe 30.11(1)

*International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the Act) arguing that the EOI was subject to the procurement provisions of the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette, Part I*, Vol. 129, No. 17 (29 avril 1995)] (AIT) and that HRDC had failed to comply with these agreements.

[3] As a result, representatives of HRDC met with Georgian on January 9, 2002 and explained why Georgian was not the successful candidate.

[4] On February 14, 2002, HRDC wrote to Georgian advising that the EOI was not subject to trade agreements and that a competitive bid type process was not required. Nevertheless, Georgian persisted in pursuing its complaint, filing it on February 28, 2002.

[5] On May 29, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 49 (QL)], the CITT dismissed Georgian's complaint on the basis that the procurement provisions of NAFTA and AIT did not apply. The issue of costs was not addressed.

[6] On July 17, 2002, the Attorney General of Canada (AGC) requested the CITT award costs to it.

[7] On August 9, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)], the CITT denied the AGC's request for costs. Factors upon which the CITT relied in so deciding included:

(a) little purpose is served by awarding costs to the Crown because it is represented by salaried counsel from the Department of Justice;

(b) awarding costs to the Crown would increase the already significant burden on complainants to the CITT;

[édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47 (la Loi) alléguant que l'EDI était soumise aux dispositions sur les marchés publics de l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA) et de l'Accord sur le commerce intérieur [*Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)] (ACI) et que DRHC ne s'était pas conformé à ces accords.

[3] C'est pourquoi des représentants de DRHC ont rencontré des représentants de Georgian College le 9 janvier 2002 et leur ont expliqué pourquoi la soumission de Georgian College n'avait pas été retenue.

[4] Le 14 février 2002, DRHC a écrit à Georgian College pour l'informer que l'EDI n'était pas visée par les accords commerciaux et qu'un processus d'appel d'offres n'était pas nécessaire. Georgian College a néanmoins persisté dans son désir de déposer une plainte, ce qu'il a fait le 28 février 2002.

[5] Le 29 mai 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 49 (QL)], le TCCE a rejeté la plainte de Georgian College pour le motif que les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI sur les marchés publics ne s'appliquaient pas. La question des frais n'a pas été abordée.

[6] Le 17 juillet 2002, le procureur général du Canada (PGC) a demandé au TCCE de lui adjuger les frais.

[7] Le 9 août 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)], le TCCE a rejeté la demande de frais du procureur général du Canada. Les facteurs dont le TCCE a notamment tenu compte dans sa décision sont les suivants:

a) il est inutile d'adjuger des frais à l'État parce qu'il est représenté par des conseillers juridiques salariés du ministère de la Justice;

b) adjuger les frais à l'État ne servirait qu'à accroître le fardeau déjà lourd des parties qui portent plainte devant le TCCE;

(c) most complaints before the CITT have some merit and are pursued by complainants in a forthright and candid manner.

[8] On May 2, 2003, this Court allowed the application for judicial review by the AGC on the grounds that the CITT had fettered its discretion by adhering to a general policy against awarding costs to the Crown (*Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525 (C.A.)).

[9] The Court also found that the factors considered by the CITT were irrelevant and further the Court rejected submissions made to the Court that the CITT had a duty to ensure Canada's compliance with international obligations arising under NAFTA and AIT relating to procurement matters, and that such duty entailed encouraging people to make complaints.

[10] The Court referred the matter back to the CITT for redetermination in accordance with proper principles governing costs. In particular, the Court alluded to the principle that, in the absence of exceptional circumstances, costs are normally awarded to the successful party.

[11] On November 3, 2003 [[2003] C.I.T.T. No. 29 (QL)], the CITT, upon reconsidering the issue of costs, again rejected the claim for costs by the AGC. The CITT based its decision on two main grounds, the first on the basis of policy and the second on the basis of the particular facts of this case.

#### A. Policy Grounds

[12] The Tribunal said [at paragraphs 11-15]:

In its decision, the Court concluded that the Tribunal had fettered its discretion, in this instance, by adhering to a predetermined practice of denying costs to the Crown in procurement inquiries despite the latter's success. The Tribunal's discretionary authority is derived from section 30.16 of the CITT Act, which reads as follows:

30.16(1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceedings before

c) la plupart des plaintes portées devant le TCCE ont un certain fondement et sont présentées par les plaignants de manière franche et honnête.

[8] Le 2 mai 2003, notre Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le PGC pour le motif que le TCCE avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant une politique générale de ne pas adjuger les frais à l'État (*Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525 (C.A.)).

[9] La Cour a également conclu que les facteurs dont a tenu compte le TCCE n'étaient pas pertinents et elle a en outre rejeté les arguments qui lui avaient été soumis et selon lesquels le TCCE avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l'ALÉNA et de l'ACI en matière de marchés publics et qu'un tel devoir comportait celui d'encourager les intéressés à déposer des plaintes.

[10] La Cour a renvoyé l'affaire au TCCE afin qu'il rende une nouvelle décision en se conformant aux principes appropriés concernant les frais. Elle a notamment rappelé le principe suivant lequel en l'absence de circonstances exceptionnelles, les frais sont habituellement accordés à la partie qui a gain de cause.

[11] Le 3 novembre 2003 [[2003] T.C.C.E. n° 29 (QL)], après avoir réexaminé la question des frais, le TCCE a encore une fois rejeté la demande de frais du PGC. Il a fondé sa décision sur deux principaux motifs, le premier étant la politique applicable et le deuxième, les faits particuliers de l'affaire.

#### A. Motif fondé sur la politique applicable

[12] Le tribunal a dit [aux paragraphes 11 à 15]:

Dans sa décision, la Cour a conclu qu'en l'espèce, le Tribunal avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant une pratique préétablie de refuser le remboursement de frais à l'État en matière de marché public malgré le fait qu'il ait gain de cause. Le pouvoir discrétionnaire du Tribunal découle de l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE, qui stipule ce qui suit:

30.16(1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés

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.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed.

The above provision was added by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, which came into effect on January 1, 1994. Before that time, the Tribunal's predecessor, the Procurement Review Board, had no discretion to award costs against a complainant, even when the complainant acted in a way that amounted to an abuse of the complaint process.

The above-quoted provision, which corrected the last-mentioned defect, must be interpreted in its proper context, i.e. the establishment of a bid challenge system that would promote "fair, open and impartial procurement procedures", in accordance with Canada's NAFTA obligations. The Tribunal believes that the intent of the above provision was to ensure that Canada's bid challenge authority would act as a "court" of easy access for the purpose of assuring, via the trade agreements, the integrity of the public procurement process.

Transparency and efficiency in the procurement process are advanced when there is a bid challenge system in place that allows suppliers to question procurement decisions that were made *sub rosa* or otherwise unfairly. Such a system makes a large pool of competitive bidders available to government buyers, thereby ensuring that the government receives the best value for its money. To discourage potential bidders from full participation in the procurement process by imposing costs that would deter them from challenging that process would defeat the above purpose of the NAFTA chapter on procurement.

Unlike the judicial system, where costs serve as a deterrent against bringing actions based on weak or incredible grounds, there is no need for costs to serve as such a deterrent in procurement review. Under section 30.13 of the CITT Act, upon receipt of a complaint, the Tribunal has discretion to conduct an inquiry. Moreover, it cannot accept for inquiry any complaint that fails to disclose a reasonable indication of a breach of the trade agreements. Historically, the Tribunal has not accepted half of all complaints for inquiry. Adding a further deterrent in the form of costs where cases have already passed this vetting procedure would risk creating an access

à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation.

Cette disposition a été ajoutée par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Avant cette date, le prédécesseur du Tribunal, la Commission de révision des marchés publics, n'avait pas le pouvoir d'accorder le remboursement des frais contre une partie plaignante, même quand le comportement de la partie plaignante équivalait à un abus de la procédure de plainte.

La disposition citée ci-dessus, qui corrigeait le défaut mentionné en dernier, doit être interprétée dans son propre contexte, c'est-à-dire l'établissement d'un système de contestation des offres qui favoriserait des «procédures équitables, ouvertes et impartiales» conformément aux obligations du Canada découlant de l'ALÉNA. Selon le Tribunal, la disposition ci-dessus avait pour but d'assurer que l'organisme canadien chargé d'examiner les contestations des offres agirait en tant que «cour» facilement accessible afin d'assurer, par l'intermédiaire des accords commerciaux, l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics.

La transparence et l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics sont servies lorsqu'il existe un système de contestation des offres qui permet aux fournisseurs de contester les décisions en matière de marchés publics qui ont été prises *sub rosa* ou d'une façon autrement injuste. Un tel système met à la disposition des acheteurs du gouvernement un vaste réservoir de soumissionnaires concurrentiels, assurant ainsi que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent. Le fait de décourager les soumissionnaires potentiels de participer pleinement à la procédure de passation des marchés publics en imposant des frais qui ont pour effet de les dissuader de contester la procédure irait à l'encontre de l'intention susmentionnée du chapitre de l'ALÉNA sur les marchés publics.

À la différence du système judiciaire, où les frais servent de moyens de dissuasion pour éviter des procès pour des motifs faibles ou non crédibles, il n'est pas nécessaire que les frais servent ainsi de moyens de dissuasion dans le cadre de l'examen de marchés publics. Aux termes de l'article 30.13 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal peut, à la réception d'une plainte, décider d'enquêter sur cette plainte. De plus, il ne peut pas accepter d'enquêter sur toute plainte qui ne donne pas une indication raisonnable d'une infraction aux accords commerciaux. Par le passé, le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter sur la moitié de toutes les plaintes. Le fait d'ajouter

barrier to procurement review.

It further said [at paragraphs 20-25]:

In the Tribunal's opinion, section 30.16 of the CITT Act is similar to SIMA in this respect, in that the Tribunal must give consideration to the terms of Canada's obligations under the AGP, the AIT, and NAFTA in interpreting the procurement provisions of the CITT Act. As mentioned, this section was part of the NAFTA implementation legislation and should be interpreted with this context in mind.

Such an approach would indicate that the Tribunal's discretion to award costs against complainants should be exercised sparingly in the course of a dispute. As stated previously, the express purpose of the trade agreements is to promote the transparency and efficiency of the procurement process by, among other things, making independent bid challenge available and accessible. This approach has been consistent with the practice of the other parties to NAFTA.

Under U.S. legislation, only the complainant is allowed its costs in a procurement inquiry before the federal government's bid challenge authority, i.e. the General Accounting Office (GAO). As stated in relevant U.S. legislation:

#### 21.8 Remedies.

...

(d) if GAO determines that a solicitation, proposed award, or award does not comply with statute or regulation, it may recommend that the contracting agency pay the protester the costs of:

(1) Filing and pursuing the protest, including attorneys' fees and consultant and expert witness fees; and

(2) Bid and proposal preparation.

(e) If the contracting agency decides to take corrective action in response to a protest, GAO may recommend that the agency pay the protester the reasonable costs of filing and pursuing the protest, including attorneys' fees and consultant and expert witness fees.

un moyen de dissuasion supplémentaire sous la forme de frais, alors que ces cas ont déjà passé cette procédure de validation, risquerait de créer un obstacle à l'examen des marchés publics.

Il a ajouté [aux paragraphes 20 à 25]:

De l'avis du Tribunal, l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE est semblable à la LMSI à cet égard, du fait que le Tribunal doit tenir compte des termes des obligations du Canada découlant de l'AMP, de l'ACI et de l'ALÉNA pour interpréter les dispositions sur les marchés publics de la Loi sur le TCCE. Comme il a été indiqué, cet article faisait partie de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA et doit être interprété en tenant compte de ce contexte.

Une telle approche indiquerait que le pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder le remboursement des frais contre les parties plaignantes doit être utilisé avec modération durant un conflit. Comme indiqué précédemment, l'intention expresse des accords commerciaux est, entre autres choses, de faciliter la transparence et l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics, rendant la contestation indépendante des offres disponible et accessible. Cette approche correspond à la pratique des autres parties de l'ALÉNA.

Dans la législation des États-Unis, seule la partie plaignante peut se faire rembourser ses frais lors d'une enquête sur les marchés publics auprès de l'organisme fédéral chargé d'examiner les contestations des offres, c.-à-d. le General Accounting Office (GAO). Les dispositions législatives pertinentes des États-Unis se lisent ainsi:

#### 21.8 Recours.

[...]

d) Si le GAO décide qu'une invitation, une adjudication proposée ou une adjudication n'est pas conforme à la loi ou au règlement, il peut recommander que l'organisme contractant rembourse au contestataire les frais:

(1) de dépôt et de traitement de la plainte, y compris les honoraires d'avocat et les frais de consultants et de témoins experts;

(2) de préparation de la soumission et de la proposition.

e) Si l'organisme contractant décide de prendre des mesures correctives en réponse à la contestation, le GAO peut recommander que cet organisme verse au contestataire les frais raisonnables de dépôt et de traitement de la plainte, y compris les honoraires d'avocat et les frais des consultants et des témoins experts.

Similarly, in Mexico, according to the Secretaría de la Función Pública (formerly Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), the national bid challenge authority, consistent with Mexican civil law of not imposing costs against either party in a procurement inquiry, the practice is followed.

The fact that all three NAFTA bid challenge authorities have followed a similar practice, in the sense of not imposing costs on complainants, is no accident. All three member states have an obligation to make a bid challenge mechanism accessible to suppliers from each other's territories.

The Tribunal does not read the Court's decision as prohibiting it from having regard to these broader trade policy concerns when exercising its discretion in individual procurement inquiries, provided that the discretion is actively exercised each time and not merely pre-empted by a predetermined outcome through some policy or practice. [Emphasis added.]

## B. Factual Grounds

[13] The CITT found that HRDC had induced Georgian to reply to the EOI on the basis that it was a public procurement subject to the provisions of NAFTA and AIT. In reaching this conclusion, the CITT relied on the fact that the final sentence of the EOI stated as follows: "Not all submissions will proceed to the proposal or contract stage". The CITT found that this language in the EOI and the lack of any indication in the EOI that it was not a procurement constituted the inducement. Accordingly, it found that the EOI was misleading to Georgian and that even HRDC was not completely certain that it had followed the appropriate process for the EOI. Given this lack of clarity, it was reasonable for Georgian to infer that the EOI was subject to the trade agreements.

[14] The applicant sought judicial review of the second decision denying costs arguing that the decision does not accord with the directive given by this Court on the first judicial review application. The applicant argues

## [TRADUCTION]

De même, au Mexique, selon la Secretaría de la Función Pública (auparavant le Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), l'organisme national chargé d'examiner les contestations des offres, conformément au droit civil mexicain de ne pas imposer de frais contre l'une ou l'autre des parties dans une enquête sur les marchés publics, cette pratique est suivie.

Le fait que tous les trois organismes chargés d'examiner les contestations des offres de l'ALÉNA ont suivi une pratique semblable, dans le sens de ne pas imposer de frais aux parties plaignantes, n'est pas accidentel. Les trois états membres ont une obligation de rendre le mécanisme de contestation des offres accessible aux fournisseurs sur les territoires respectifs, entre eux.

Le Tribunal n'interprète pas la décision de la Cour comme lui interdisant de tenir compte de ces grandes considérations de politiques commerciales lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire lors d'une enquête individuelle sur les marchés publics, à condition que son pouvoir discrétionnaire soit exercé activement chaque fois, et non pas simplement écarté par un résultat préétabli du fait d'une politique ou d'une pratique quelconque.

## B. Motif fondé sur les faits particuliers de l'affaire

[13] Le TCCE a conclu que DRHC avait incité Georgian College à répondre à l'EDI en se fondant sur le fait qu'il s'agissait d'un marché public pour lequel s'appliqueraient les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI. Pour tirer cette conclusion, le TCCE s'est appuyé sur la dernière phrase de l'EDI: «les soumissions ne se rendront pas toutes à l'étape de la proposition ou du marché». Le TCCE a estimé que cette phrase dans l'EDI ainsi que l'absence de toute indication qu'il ne s'agissait pas d'un marché avaient constitué une incitation à présenter des soumissions. Il a donc conclu que l'EDI avait induit Georgian College en erreur et que même DRHC n'était pas tout à fait certain d'avoir suivi la bonne procédure pour l'EDI. Étant donné ce manque de clarté, il était raisonnable pour Georgian College de conclure que les règles des accords commerciaux s'appliquaient à l'EDI.

[14] Le demandeur a sollicité le contrôle judiciaire de la deuxième décision lui refusant les frais en faisant valoir que cette décision n'est pas conforme à la directive donnée par notre Cour lors de la première

that the broad policy grounds on which the CITT relied to again deny costs were specifically found by this Court not to justify such a denial and that the facts do not justify a denial either.

#### STANDARD OF REVIEW

[15] In *Georgian College*, this Court articulated two different standards to apply when reviewing a decision of the CITT regarding costs. When reviewing the CITT's simple exercise of discretion whether or not to award costs in a particular case, the standard of review is patent unreasonableness. However, when the Court is deciding whether a practice or principle relied upon by the CITT is authorized by the provisions of the Act, the standard of review is reasonableness *simpliciter*.

[16] Accordingly, the CITT's consideration of the particular facts of this case and its decision whether or not to award costs based on these facts should be reviewed on the standard of patent unreasonableness. However, to the extent that the CITT relied on general principles applicable to all costs decisions, these principles should be reviewed on the reasonableness standard.

#### POLICY ANALYSIS

[17] In my view, there is nothing in the Act which would justify the CITT in distinguishing between complainants and the Crown when making costs awards. Section 30.16 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] provides as follows:

**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.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed. [Emphasis added.]

[18] The CITT has a practice of awarding costs to successful complainants. There is no justification for

demande de contrôle judiciaire. Il prétend que notre Cour a conclu que les raisons de principe invoquées par le TCCE pour refuser encore une fois le remboursement des frais ne justifiaient pas un tel refus, pas plus que les faits d'ailleurs.

#### NORME DE CONTRÔLE

[15] Dans la décision *Georgian College*, notre Cour a formulé deux normes différentes applicables au contrôle d'une décision du TCCE concernant les frais. Dans l'examen du simple exercice par le TCCE de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder les frais dans un cas donné, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, lorsque la Cour décide si une pratique ou un principe invoqué par le TCCE est permis par les dispositions de la Loi, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[16] Par conséquent, il convient d'appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'examen par le TCCE des faits particuliers de la présente espèce ainsi qu'à sa décision quant à savoir si, compte tenu de ces faits, il y avait lieu ou non d'accorder des frais. Toutefois, dans la mesure où le TCCE s'est appuyé sur des principes généraux applicables à toutes les décisions portant sur les frais, il convient d'examiner ces principes eu égard à la norme de la décision raisonnable.

#### ANALYSE DE LA POLITIQUE APPLICABLE

[17] À mon avis, rien dans la Loi ne justifierait que le TCCE fasse une distinction entre les parties plaignantes et l'État lorsqu'il rend une décision sur les frais. L'article 30.16 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] prévoit ce qui suit:

**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.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation. [Non souligné dans l'original.]

[18] Le TCCE a pour pratique d'accorder les frais aux parties plaignantes qui ont gain de cause. Rien ne justifie

adopting a policy of depriving the Crown of costs when it is successful.

[19] Furthermore, in *Georgian College*, this Court expressly found that it was not appropriate for the CITT to refuse to award the Crown costs on the grounds that it wanted to encourage complaints in order to ensure Canada's compliance with international obligations arising under trade agreements. Noël J.A. stated at paragraphs 36-37:

Although it seems clear that the practice of denying costs to the Crown despite its success has the effect of encouraging complaints to come forward, the Tribunal has alluded to no provision which would authorize it to implement measures towards that end. Indeed, the only statutory reference contained in the reasons is to section 30.16 which, as we have seen, provides for no such authority. The respondent has been unable to point to any other provision which could be construed as authorizing the Tribunal to assume a pro-active role in encouraging complaints.

I accept that Parliament has designated the Tribunal as the competent forum for adjudicating procurement complaints and that, in fulfilling this function, the Tribunal is called upon to give effect to the international obligations which bind Canada in relation to procurement matters. But there is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. I can find nothing in the Act which would give the Tribunal authority to encourage or invite litigation in the area of procurement by adhering to a practice of denying costs to the Crown despite its success. [Emphasis added.]

Accordingly, it was inappropriate for the CITT to consider this principle when deciding whether to award costs in this case. The CITT did not point to any provision of the Act which would give it the authority to refuse costs in order to encourage complaints.

[20] The CITT did, however, try to argue that section 30.16 of the Act should be interpreted in a way that is consistent with its obligations under NAFTA, and in particular Article 1017. The relevant portions of 1017 provide:

#### Article 1017: Bid Challenge

1. In order to promote fair, open and impartial procurement procedures, each Party shall adopt and maintain bid challenge

d'adopter une politique consistant à priver l'État des frais lorsqu'il a gain de cause.

[19] De plus, dans l'arrêt *Georgian College*, notre Cour a expressément conclu qu'il ne convenait pas pour le TCCE de refuser les frais à l'État parce qu'il souhaitait encourager ainsi le dépôt de plaintes afin d'assurer que le Canada se conforme aux obligations internationales découlant des accords commerciaux. Le juge Noël, J.C.A. a dit aux paragraphes 36 et 37:

S'il semble clair que la pratique de refuser les frais à l'État malgré qu'il ait gain de cause a l'effet d'encourager les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à mettre en œuvre des mesures à cette fin. En fait, la seule disposition législative citée dans les motifs est l'article 30.16, lequel, comme nous l'avons vu, ne confère pas un tel pouvoir. Le défendeur n'a cité aucune autre disposition que l'on pourrait interpréter comme conférant au Tribunal le pouvoir de jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

J'accepte que le législateur a désigné le Tribunal comme la juridiction compétente pour juger les plaintes relatives aux marchés publics et que le Tribunal, en s'acquittant de cette fonction, est appelé à donner effet aux obligations internationales qui lient le Canada en matière de marchés publics. Mais il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Je ne trouve aucune disposition dans la Loi qui donnerait au Tribunal le pouvoir d'encourager ou d'inviter les litiges en matière de marchés publics en suivant une pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause. [Non souligné dans l'original.]

Par conséquent, le TCCE ne peut pas légitimement examiner ce principe lorsqu'il a décidé s'il y avait lieu d'accorder des frais en l'espèce. Il n'a invoqué aucune disposition de la Loi qui lui conférerait le pouvoir de refuser des frais afin d'encourager le dépôt de plaintes.

[20] Le TCCE a toutefois tenté de faire valoir que l'article 30.16 de la Loi devrait être interprété d'une manière conciliable avec ses obligations en vertu de l'ALÉNA, notamment avec l'article 1017. Les dispositions pertinentes de l'article 1017 sont les suivantes:

#### Article 1017: Contestation des offres

1. Afin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, chacune des Parties

procedures for procurements covered by this Chapter in accordance with the following:

(a) each Party shall allow suppliers to submit bid challenges concerning any aspect of the procurement process, which for purposes of this Article begins after an entity has decided on its procurement requirement, leading up to and including the contract award;

...

(c) each Party shall ensure that its entities accord fair and timely consideration to any complaint regarding procurement covered by this Chapter;

(d) whether or not a supplier has attempted to resolve its complaint with the entity, or upon an unsuccessful attempt at such a resolution, no Party shall prevent the supplier from initiating a bid challenge or seeking any other relief available to such supplier;

Article 1017, however, does not provide that Canada or the CITT have a duty to encourage complaints. It simply provides that contracting states must allow people to make complaints regarding the procurement process, must ensure that complaints are treated on a fair and timely basis, and must not prevent persons from initiating challenges. Awarding costs to the Crown when it successfully defends against a complaint does not constitute preventing a supplier from initiating a complaint. Accordingly, awarding costs to the Crown is not inconsistent with NAFTA. Suppliers are free to initiate complaints; however, if a complaint is ultimately unsuccessful, the Crown should be compensated for its costs. Overall, the fact that Canada has a duty to allow people to make certain complaints does not mean that it has a duty to encourage those complaints by refusing to award costs to the Crown when it is successful.

[21] It was also clearly an error for the CITT to consider the fact that the United States and Mexico do not award costs to successful governments in procurement complaints. The legislation in these countries is different, and accordingly, is not relevant to the CITT. In Canada—unlike the U.S. and Mexico—the Act contemplates that costs may be

adoptera et maintiendra des procédures de contestation des offres pour les marchés visés par le présent chapitre, en conformité avec les points suivants:

a) chacune des Parties permettra aux fournisseurs de présenter des contestations des offres portant sur tout aspect du processus de passation des marchés, lequel, pour l'application du présent article, débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du marché;

[...]

c) chaque Partie fera en sorte que ses entités examinent de façon impartiale et en temps opportun toute plainte relative à un marché visé par le présent chapitre;

d) qu'un fournisseur ait ou non cherché à régler sa plainte à l'amiable avec l'entité, ou que sa tentative se soit soldée par un échec, aucune des Parties ne pourra empêcher ledit fournisseur de présenter une contestation des offres ou d'utiliser toute autre voie de recours possible;

L'article 1017 ne prévoit toutefois pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes. Il précise simplement que les États contractants doivent permettre le dépôt de plaintes concernant le processus de passation des marchés, s'assurer que les plaintes soient examinées de façon impartiale et en temps opportun, et ne pas empêcher des personnes de présenter une contestation. Accorder des frais à l'État lorsqu'il conteste une plainte avec succès n'empêche pas un fournisseur de présenter une plainte. Par conséquent, l'adjudication de frais à l'État n'est pas incompatible avec l'ALÉNA. Les fournisseurs sont libres de présenter des plaintes; toutefois, si une plainte est finalement rejetée, l'État devrait avoir droit au remboursement de ses frais. Dans l'ensemble, le fait que le Canada a l'obligation de permettre à des personnes de déposer des plaintes ne signifie pas qu'il est tenu d'encourager le dépôt de ces plaintes en refusant d'accorder à l'État le remboursement de ses frais lorsqu'il a gain de cause.

[21] Il était également clair que le TCCE a commis une erreur en tenant compte du fait que les États-Unis et le Mexique n'accordent pas le remboursement des frais aux gouvernements qui ont gain de cause à l'égard des plaintes portées en matière de passation des marchés. La législation dans ces pays est différente et, par conséquent, elle n'est pas pertinente pour le TCCE. Au

awarded to any person.

[22] The reasonableness *simpliciter* standard of review requires a determination as to whether the reasons provided by the decision maker are capable of supporting the decision. In my view the broad policy principles articulated by the CITT in support of its decision do not meet this criteria. They are not supported by the legislation and they conflict with the general principle that costs should be awarded to the successful party absent exceptional circumstances.

#### FACTUAL ANALYSIS

[23] In *Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, 2004 FCA 130; [2004] F.C.J. No. 574 (QL) (*Educom*), Evans J.A. elucidated some of the particular circumstances in which it would be appropriate to deny the Crown costs in cases when it is successful. He stated at paragraph 11:

The general principle that costs follow the event applies to the Tribunal's discretion over costs conferred by subsection 30.16(1). The Tribunal may depart from the general principle if the conduct of the successful party was in some way responsible for the failure of the complainant to submit a compliant bid or for inducing the complainant to file a complaint with the Tribunal. However, there must be some evidence rationally capable of supporting such findings: speculation is not sufficient. Merely to identify a minor error in the procurement documentation or process is not sufficient to deny the Crown its costs when a complaint is rejected.

[24] There was no finding by the CITT that Georgian was induced by HRDC to lodge a complaint. Instead the CITT found that the lack of clarity in the EOI induced Georgian to reply to the EOI. Apparently the CITT concluded that because the word "contract" was used in the EOI it was reasonable for Georgian to infer that it was subject to NAFTA. However, not all government contracts are subject to NAFTA and, in any event, it is not reasonable for anyone to conclude that because the word "contract" is used, somehow any agreement

Canada—contrairement aux États-Unis et au Mexique—la Loi prévoit que des frais peuvent être accordés à toute personne.

[22] La norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* suppose que l'on doit déterminer si les motifs fournis par le décideur peuvent justifier la décision. À mon avis, les principes de politique générale formulés par le TCCE au soutien de sa décision ne satisfont pas à ce critère. Ils ne sont pas étayés par la législation et ils contredisent le principe général suivant lequel, en l'absence de circonstances exceptionnelles, les frais devraient être accordés à la partie qui a gain de cause.

#### ANALYSE DES FAITS

[23] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, 2004 CAF 130; [2004] A.C.F. n° 574 (QL) (*Educom*), le juge Evans, J.C.A. a précisé les circonstances particulières dans lesquelles il conviendrait de refuser à l'État le remboursement de ses frais quand il a obtenu gain de cause. Il a dit au paragraphe 11:

Le principe général suivant lequel les dépens suivent le sort du principal s'applique au pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 30.16(1) confère au Tribunal en matière d'attribution de frais. Le Tribunal peut s'écarter de ce principe général si les agissements de la partie qui obtient gain de cause ont contribué jusqu'à un certain point au défaut du plaignant de présenter une soumission conforme ou s'ils ont incité le plaignant à porter plainte devant le Tribunal. Il doit toutefois exister des éléments de preuve qui sont logiquement susceptibles d'appuyer une telle conclusion; de simples spéculations ne suffisent pas. Il ne suffit pas de relever une erreur mineure dans le dossier ou la procédure de passation du marché pour refuser les frais à l'État en cas de rejet de la plainte.

[24] Le TCCE n'a pas conclu que DRHC avait incité Georgian College à déposer une plainte. Au contraire, il a jugé que le manque de clarté de l'EDI avait amené Georgian College à répondre à l'EDI. Apparemment, le TCCE a conclu qu'en raison de la présence du mot «marché» dans l'EDI, il était raisonnable que Georgian College en déduise que l'ALÉNA s'appliquait. Toutefois, ce ne sont pas tous les marchés du gouvernement qui sont assujettis à l'ALÉNA et, de toute façon, il n'est pas raisonnable de conclure qu'en raison

contemplated will be subject to international trade agreements. Such a leap in logic cannot be justified.

[25] In any event, Georgian was told by HRDC that the EOI was not subject to the trade agreements, and Georgian plunged ahead undeterred. No blame can be attached to HRDC for Georgian's actions and there is no causal link between HRDC's action and Georgian's decision to persist with its complaint.

## CONCLUSION

[26] The AGC requested this Court to award costs in its favour in defending the complaint. On application for judicial review this Court's powers are set forth in subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

### 18.1 . . .

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[27] Thus the Court does not have the power to directly order Georgian to pay the costs of the appeal. However, this Court does have the power to refer the matter back to the CITT with a direction that it award costs to the applicant.

[28] Counsel for the applicant has submitted that a reasonable award for its costs for the first CITT hearing would be \$3,327.05. Counsel explained that this figure includes an amount of \$3,182.75 for counsel fees and \$144.30 for disbursements. We were advised that 35.15 hours were spent by counsel for the applicant in

de la présence du mot «marché», toute entente envisagée sera assujettie aux accords commerciaux internationaux. Une telle entorse à la logique ne peut se justifier.

[25] Quoiqu'il en soit, DRHC a dit à Georgian College que l'EDI n'était pas visée par les accords commerciaux, ce qui n'a pas empêché Georgian College d'aller de l'avant. On ne peut pas reprocher à DRHC les actes de Georgian College et il n'y a aucun lien de causalité entre les actes de DRHC et la décision de Georgian College de poursuivre sa plainte.

## CONCLUSION

[26] Le procureur général du Canada a demandé à notre Cour de lui adjuger les frais engagés pour contester la plainte. Les pouvoirs de notre Cour en cas de demande de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

### 18.1 [ . . ]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[27] Ainsi, la Cour n'est pas habilitée à ordonner directement à Georgian College de payer les frais de l'appel. Toutefois, elle peut renvoyer l'affaire au TCCE et lui ordonner d'accorder les frais au demandeur.

[28] L'avocat du demandeur a fait valoir que le montant raisonnable des frais pour la première audience devant le TCCE serait de 3 327,05 \$. Il a expliqué que ce montant inclut une somme de 3 182,75 \$ pour les honoraires de l'avocat et de 144,30 \$ pour les débours. Nous avons été informés que l'avocat du demandeur a

responding to the complaint. In my view this request is reasonable.

[29] Accordingly, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and refer the matter back to the Tribunal with the direction that the Tribunal award costs in favour of the applicant in the amount of \$33,27.05.

[30] On the hearing of this application, counsel for the applicant indicated that the applicant was not seeking costs against Georgian for the second hearing before the CITT nor the costs of this application because Georgian did not appear on either of those hearings and made no submissions.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

consacré 35,15 heures à la contestation de la plainte. À mon avis, cette demande est raisonnable.

[29] Par conséquent, je ferais droit à la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du Tribunal et je lui renverrais l'affaire en lui ordonnant d'accorder des frais de 3 327,05 \$ au demandeur.

[30] À l'audience portant sur la présente demande, l'avocat du demandeur a indiqué que le demandeur ne sollicitait pas les frais contre Georgian College lors de la deuxième audience devant le TCCE ni les frais de la présente demande parce que Georgian College n'a pas comparu à l'une ou l'autre de ces audiences et n'a pas non plus présenté d'observations.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.