

M.J.B. Enterprises Ltd. *Appellant*

v.

Defence Construction (1951) Limited and the said Defence Construction (1951) Limited carrying on business as Defence Construction Canada and the said Defence Construction Canada *Respondent*

INDEXED AS: M.J.B. ENTERPRISES LTD. v. DEFENCE CONSTRUCTION (1951) LTD.

File No.: 25975.

1998: November 6; 1999: April 22.

Present: Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Tendering process — Tender documents defining material to be included in valid tender — Privilege clause providing that lowest or any tender would not necessarily be accepted — Lowest bid accepted but that bid not in conformity with tender requirements — Whether inclusion of a “privilege clause” in the tender documents allows the person calling for tenders to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

The respondent invited tenders and awarded the contract to the lowest tenderer of the four received notwithstanding the fact that the bid did not comply with the tender specifications. The tender documents included a “privilege clause” that stated that the lowest or any tender would not necessarily be accepted. The winning bid included a hand-written note outlining a schedule of final costs even though amendments to the tender documents required tenderers to submit only one price. The other tenderers complained that this note constituted a qualification that invalidated the tender. The respondent nevertheless determined that the note was merely a clarification and accepted the bid. The appellant, who had submitted the second lowest tender, brought an action for breach of contract claiming that the winning tender

M.J.B. Enterprises Ltd. *Appelante*

c.

Construction de Défense (1951) Limitée et ladite Construction de Défense (1951) Limitée faisant affaire sous l'appellation Construction de Défense Canada et ladite Construction de Défense Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: M.J.B. ENTERPRISES LTD. c. CONSTRUCTION DE DÉFENSE (1951) LTÉE

N° du greffe: 25975.

1998: 6 novembre; 1999: 22 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Contrats — Appel d'offres — Matériaux devant être inclus dans une soumission valide définis dans le dossier d'appel d'offres — Clause de réserve portant que la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission — Soumission la plus basse mais non conforme aux exigences de l'appel d'offres retenue — Inclusion de la «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet-elle à la personne qui lance l'appel d'offres d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

L'intimée a lancé un appel d'offres et a attribué le contrat à l'auteur de la plus basse des quatre soumissions qui ont été présentées en dépit du fait que la soumission n'était pas conforme au devis descriptif. Le dossier d'appel d'offres comportait une «clause de réserve» qui stipulait que la soumission la plus basse ne serait pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission. L'offre retenue contenait une note manuscrite établissant un barème de prix définitifs même si des modifications apportées au dossier d'appel d'offres obligeaient les soumissionnaires à ne spécifier qu'un seul prix dans leurs offres. Les autres soumissionnaires ont objecté que cette note constituait une modification qui invalidait la soumission. L'intimée a néanmoins décidé que la note était une simple clarification et elle a retenu la soumission. L'appelante, qui avait présenté la deuxième soumission la plus basse, a intenté une action pour rupture de contrat en faisant valoir que la soumission retenue

should have been disqualified and that its tender should have been accepted as the lowest valid bid.

The parties agreed on damages prior to trial, subject to the determination of liability. The trial judge found that the note was a qualification but held that, given the presence of the privilege clause, the respondent was under no obligation to award the contract to the appellant as the next lowest bidder. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal. At issue here is whether the inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the respondent to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

Held: The appeal should be allowed.

The submission of a tender in response to an invitation to tender may give rise to contractual obligations (Contract A), quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender (Contract B), depending upon the intentions of the parties.

Contract A arose in this case. At a minimum, the respondent offered, in inviting tenders through a formal tendering process involving complex documentation and terms, to consider bids for Contract B. In submitting its tender, the appellant accepted this offer. The submission of the tender is good consideration for the respondent's promise, as the tender was a benefit to the respondent, prepared at a not insignificant cost to the appellant, and accompanied by the bid security.

The tender documents govern the terms, if any, of Contract A and they include no explicit term imposing an obligation to award Contract B to the lowest valid tender. Terms may be implied, however, (1) based on custom or usage, (2) as the legal incidents of a particular class or kind of contract, or (3) based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the "officious bystander" test as a term which the parties would say that they had obviously assumed. In the circumstances of the present case, it was appropriate to find an implied term according to the presumed intentions of the parties. This obligation

aurait dû être éliminée et que la sienne aurait dû être retenue à titre de soumission valide la plus basse.

Les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts avant le procès, sous réserve d'une déclaration de responsabilité. Le juge de première instance a conclu que la note constituait une modification mais, étant donné la présence de la clause de réserve, il a jugé que l'intimée n'était pas tenue d'attribuer le contrat à l'appelante à titre de soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre la plus basse. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. La question en litige en l'espèce est de savoir si l'insertion par l'intimée d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres lui permet d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles (contrat A) tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission (contrat B), selon l'intention des parties.

Il y a eu formation du contrat A en l'espèce. En sollicitant des soumissions au moyen d'un processus officiel d'appel d'offres comportant de la documentation et des conditions complexes, l'intimée a, à tout le moins, offert d'examiner des soumissions en vue de la conclusion du contrat B. En présentant sa soumission, l'appelante a accepté cette offre. La présentation de la soumission est une contrepartie valable de la promesse de l'intimée, puisque la soumission, préparée à grands frais par l'appelante et accompagnée de la garantie de soumission, représentait un avantage pour l'intimée.

Le dossier d'appel d'offres régit les conditions du contrat A, s'il en est, et il ne contient aucune condition explicite imposant l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission valide la plus basse. Cependant, il peut y avoir introduction, dans un contrat, de conditions implicites: 1) fondées sur la coutume ou l'usage; 2) en tant que particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats; ou 3) fondées sur l'existence d'une intention présumée des parties lorsque l'introduction de la condition implicite est nécessaire pour donner à un contrat l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de «l'observateur objectif», et que les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Dans les circonstances de la présente espèce, il y a lieu

was to accept only a compliant tender, although the respondent need not accept the lowest compliant tender.

A determination of the presumed intentions of the parties focuses on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. The implication of the term must have a certain degree of obviousness to it and may not be found if there is evidence of a contrary intention on the part of either party.

The Instructions to Tenderers and the Tender Form, which were the crucial documents for determining the terms and conditions of Contract A, revealed that the contractor (1) was to submit a compliant bid and (2) could not negotiate over the terms of the tender documents. These documents also indicated that the invitation for tenders may be characterized as an offer to consider a tender if that tender is valid. An invalid tender would be one that, among other things, altered the Tender Form. For the respondent to accept a non-compliant bid would be contrary to the express indication in the Instructions to Tenderers and contrary to the entire tenor of the Tender Form which does not allow for any modification of the plans and specifications in the tender documents. The respondent did not invite negotiations over the terms of either Contract A or Contract B. The tendering process replaces negotiation with competition which entails certain risks for the appellant, such as the effort expended and cost incurred in preparing the bid, and the making of the bid security deposit. Exposure to such risks makes little sense if the respondent is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid. It was reasonable, on the basis of the presumed intentions of the parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted.

The privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties. This clause did not override the obligation to accept only compliant bids because, on the contrary, there is a compatibility between the privilege clause and this obligation. The

de conclure à l'existence d'une condition implicite conformément à l'intention présumée des parties. Cette obligation était de ne retenir qu'une soumission conforme, bien que l'intimée ne soit pas tenue de retenir la soumission conforme la plus basse.

La détermination de l'intention présumée des parties vise essentiellement l'intention des parties elles-mêmes. Lorsqu'il est appelé à se pencher effectivement sur des conditions implicites, le tribunal doit se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. L'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite.

Aux termes des Instructions à l'intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission, qui étaient des documents décisifs pour déterminer les conditions du contrat A, 1) l'entrepreneur devait présenter une soumission valide et 2) il ne lui était pas loisible de négocier les conditions du dossier d'appel d'offres. Il ressort également de ces documents que l'appel d'offres peut être qualifié d'offre d'examiner une soumission si cette soumission est valide. La soumission invalide est notamment celle qui apporte des changements au formulaire de soumission. L'acceptation par l'intimée d'une soumission non conforme serait contraire aux termes exprimés des Instructions à l'intention des soumissionnaires et cela irait à l'encontre de toute la teneur du formulaire de soumission qui ne permet aucune modification des plans ni du devis descriptif du dossier d'appel d'offres. L'intimée n'a pas lancé d'invitation à négocier les conditions du contrat A ni celles du contrat B. L'appel d'offres remplace la négociation par la concurrence ce qui comporte certains risques pour l'appelante qui doit consacrer des efforts et des sommes d'argent à préparer sa soumission et à déposer la garantie de soumission. Il serait déraisonnable de s'exposer à de tels risques si l'intimée peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme. Il était raisonnable, sur le fondement de l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite portant que seule une soumission conforme sera acceptée.

La clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties. Cette clause n'écarte pas l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes puisque, au contraire, il y a compatibilité entre la clause de réserve et cette

decision to reject the “low” bid may in fact be governed by the consideration of factors that impact upon the ultimate cost of the project.

The accepted bid was conceded to be non-compliant. The respondent in awarding the contract to this bidder breached its obligation to the appellant and the other tenderers that it would accept only a compliant tender. Acting in good faith or thinking that one has interpreted the contract correctly are not valid defences to an action for breach of contract.

The general measure of damages for breach of contract is expectation damages. On a balance of probabilities, the record supports the appellant’s contention that as a matter of fact it would have been awarded Contract B had the non-compliant bid been disqualified. The loss of Contract B, although caused by the breach of Contract A, is not too remote. Here, both parties knew that if the respondent awarded Contract B to a non-compliant bid then one of the tenderers who submitted a compliant bid would suffer the loss of Contract B and that this tenderer could be the appellant. The appellant is therefore entitled to damages in the amount of the profits it would have realized had it been awarded Contract B.

Cases Cited

Followed: *Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, aff’d (1979), 115 D.L.R. (3d) 511, [1980] 2 S.C.R. 118; **considered:** *R. in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; **referred to:** *Megatech Contracting Ltd. v. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35; *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161, aff’d (1994), 157 A.R. 274, application for leave to appeal dismissed, [1995] 2 S.C.R. v; *Martselos Services Ltd. v. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73, application for leave to appeal dismissed, [1994] 3 S.C.R. viii; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25; *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1; *Pratt Contractors Ltd. v. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtlinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Cartwright & Crickmore, Ltd. v. MacInnes*, [1931]

obligation. La décision de rejeter la soumission «basse» peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

L’on a concédé que la soumission retenue n’était pas conforme. En attribuant le contrat à l’auteur de cette soumission, l’intimée a manqué à l’obligation à laquelle elle était tenue, envers l’appelante et les autres soumissionnaires, de n’accepter qu’une soumission conforme. Le fait d’agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat.

La base d’évaluation des dommages-intérêts pour rupture de contrat est généralement le profit espéré. Selon la prépondérance des probabilités, le dossier appuie la prétention de l’appelante selon laquelle elle aurait obtenu le contrat B si la soumission non conforme avait été éliminée. La perte du contrat B, bien qu’elle ait été causée par la rupture du contrat A, n’est pas trop indirecte. En l’espèce, les deux parties savaient que si l’intimée attribuait le contrat B à l’auteur d’une soumission non conforme, l’un des soumissionnaires ayant présenté une soumission conforme subirait la perte du contrat B et que ce soumissionnaire pouvait être l’appelante. L’appelante a donc droit à des dommages-intérêts correspondant au montant des profits qu’elle aurait réalisés si elle avait obtenu le contrat B.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Cornwall Gravel Co. Ltd. c. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, conf. par (1979), 115 D.L.R. (3d) 511, [1980] 2 R.C.S. 118; **arrêt examiné:** *R. du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; **arrêts mentionnés:** *Megatech Contracting Ltd. c. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35; *Bate Equipment Ltd. c. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161, conf. par (1994), 157 A.R. 274, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. v; *Martselos Services Ltd. c. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. c. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25; *Hughes Aircraft Systems International c. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1; *Pratt Contractors Ltd. c. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtlinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Cartwright & Crickmore, Ltd. c.*

S.C.R. 425; *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308; *Glenview Corp. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292; *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290, aff'd (1989), 35 C.L.R. 241; *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Fred Welsh Ltd. v. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400; *George Wimpey Canada Ltd. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Thompson Bros. (Const.) Ltd. v. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Riggins v. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66.

Authors Cited

Blom, Joost. "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Fridman, G. H. L. "Tendering Problems" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 582.

Goldsmith, Immanuel. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. By Immanuel Goldsmith and Thomas G. Heintzman. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 1998, release 2).

Nozick, R. S. Comment on *The Province of Ontario and The Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 345.

Swan, John. Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1997), 196 A.R. 124, 141 W.A.C. 124, 33 C.L.R. (2d) 1, [1997] A.J. No. 238 (QL), affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 164 A.R. 399, 18 C.L.R. (2d) 120, [1994] A.J. No. 993 (QL), dismissing the appellant's claim. Appeal allowed.

W. Donald Goodfellow, Q.C., and Eugene Meehan, for the appellant.

MacInnes, [1931] R.C.S. 425; *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308; *Glenview Corp. c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292; *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290, conf. par (1989), 35 C.L.R. 241; *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Fred Welsh Ltd. c. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400; *George Wimpey Canada Ltd. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Thompson Bros. (Const.) Ltd. c. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Riggins c. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66.

Doctrine citée

Blom, Joost. "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Fridman, G. H. L. "Tendering Problems" (1987), 66 *R. du B. can.* 582.

Goldsmith, Immanuel. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. By Immanuel Goldsmith and Thomas G. Heintzman. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 1998, release 2).

Nozick, R. S. Comment on *The Province of Ontario and The Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *R. du B. can.* 345.

Swan, John. Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447.

Waddams, S. M. *Le droit des contrats*, vol. 1. Vanier, Ont.: Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1997), 196 A.R. 124, 141 W.A.C. 124, 33 C.L.R. (2d) 1, [1997] A.J. No. 238 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1994), 164 A.R. 399, 18 C.L.R. (2d) 120, [1994] A.J. No. 993 (QL), rejetant la demande de l'appelante. Pourvoi accueilli.

W. Donald Goodfellow, c.r., et Eugene Meehan, pour l'appelante.

Larry M. Huculak, for the respondent.

Larry M. Huculak, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. —

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

I. Introduction

¹ The central issue in this appeal is whether the inclusion of a “privilege clause” in the tender documents allows the person calling for tenders (the “owner”) to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one. The leading Canadian case on the law of tenders is *R. in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, which concerned the obligations of a contractor who submitted a bid in response to a call for tenders. This Court held that, upon the submission of this tender, a contract arose between the contractor and the owner in that case and imposed certain obligations upon the contractor. The contract, referred to as “Contract A”, was distinguished from the construction contract, “Contract B”, to be entered into if the tender was accepted. Contract A imposed certain obligations upon the contractor. The present appeal instead asks whether Contract A arose in this case and what obligations, if any, it imposes on the owner. It is the contention of M.J.B. Enterprises Ltd. (the “appellant”) that in the circumstances of this case Defence Construction (1951) Limited (the “respondent”) was obligated to accept the lowest valid tender. The respondent argues that the privilege clause precludes the finding of such an obligation.

La question centrale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'insertion d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet à la personne qui lance l'appel d'offres (le «propriétaire») d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme. L'arrêt faisant autorité au Canada en matière d'appels d'offres est *R. du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, qui porte sur les obligations de l'entrepreneur qui présente une soumission en réponse à un appel d'offres. Notre Cour a conclu que, dès la présentation de la soumission dans cette affaire, il y avait eu formation entre l'entrepreneur et le propriétaire d'un contrat aux termes duquel l'entrepreneur était assujéti à certaines obligations. Le contrat, appelé «contrat A», se distinguait du contrat d'entreprise, appelé «contrat B», qui devait être conclu si la soumission était acceptée. Le contrat A imposait certaines obligations à l'entrepreneur. Le présent pourvoi pose plutôt la question de savoir s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce et quelles obligations, s'il en est, il impose au propriétaire. M.J.B. Enterprises Ltd. («l'appelante») prétend que dans les circonstances de la présente espèce, Construction de Défense (1951) Limitée («l'intimée») était tenue d'accepter la soumission valide la plus basse. L'intimée soutient que la clause de réserve empêche de conclure à l'existence d'une telle obligation.

II. Factual Background

II. Les faits

² The respondent invited tenders for the construction of a pump house, the installation of a water distribution system and the dismantling of a water tank on the Canadian Forces Base in Suffield, Alberta. Four tenders were received, including one from the appellant. The contract was awarded to

L'intimée a lancé un appel d'offres pour la construction d'une station de pompage, l'installation d'un réseau de distribution d'eau et la démolition d'un réservoir d'eau à la Base des Forces canadiennes à Suffield, en Alberta. Quatre soumissions ont été reçues, dont celle de l'appelante. Le

Sorochan Enterprises Ltd. (“Sorochan”), the lowest tenderer, and the work was carried out. The appellant was the second lowest tenderer.

The respondent had issued detailed directions to tenderers in the 11 documents which, according to the Tender Form, comprised the tender documents. One of these documents was the Instructions to Tenderers, paragraph 13 of which stated: “The lowest or any tender shall not necessarily be accepted”. The parties have referred to this as the “privilege clause”. In addition, prior to the close of tenders, the respondent issued two amendments to the tender documents.

The original specifications in the tender documents contemplated that the tenderers would provide a lump sum price for the construction of the pump house and demolition of the water tank, but would submit a per lineal metre price for construction of the water system. There were three different types of material in which water pipe might be laid and with which the trenches for the pipes might be backfilled: Type 2 (essentially a large gravel fill), Type 3 (native backfill) or Type 4 (a lean slurry concrete). The site engineer would determine the type of material required at various parts of the distribution system. Since the lineal costs of these different fills varied widely, the specifications originally included a schedule of quantities which allowed the tenderers to submit their bids on a basis which would make the final cost contingent upon the amount of the different fills required, i.e., the tenderer could set out different amounts per lineal metre for each of Types 2, 3 and 4 fill. However, the amendments to the tender documents deleted the schedule of quantities. The effect of this was to require the tenderers to submit only one price per lineal metre for the water distribution system regardless of the type of fill which would ultimately be designated by the engineer during construction. The appellant interpreted this to assign the risk of knowing how much of Type 2,

contrat a été attribué à Sorochan Enterprises Ltd. («Sorochan»), qui a présenté la soumission la plus basse, et les travaux ont été exécutés. L’appelante avait présenté la deuxième soumission la plus basse.

L’intimée avait fourni des directives détaillées aux soumissionnaires dans les 11 documents qui composaient le dossier d’appel d’offres conformément au formulaire de soumission. Y figurait le document intitulé [TRADUCTION] «Instructions à l’intention des soumissionnaires», lequel comportait la clause suivante, au paragraphe 13: [TRADUCTION] «La soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission». Les parties ont appelé cette stipulation la «clause de réserve». L’intimée a en outre apporté deux modifications au dossier avant la clôture de l’appel d’offres.

Selon le devis descriptif original du dossier d’appel d’offres, les soumissionnaires devaient établir un prix forfaitaire pour la construction de la station de pompage et la démolition du réservoir d’eau, mais soumettre un prix au mètre linéaire pour la construction du réseau de distribution d’eau. Trois types différents de matériaux pouvaient servir à l’installation de la canalisation et au remplissage des tranchées pratiquées pour l’installer: le type 2 (essentiellement du gros gravier), le type 3 (déblais) ou le type 4 (béton maigre). L’ingénieur de chantier devait déterminer le type de matériau qui serait nécessaire à divers endroits du réseau de distribution d’eau. Comme les coûts linéaires de ces divers types de matériaux de remplissage différaient considérablement, le devis descriptif comprenait à l’origine un tableau des quantités qui permettait aux soumissionnaires d’établir leurs soumissions de telle façon que le coût final dépende des quantités respectives des différents types de matériaux de remplissage nécessaires; le soumissionnaire pouvait ainsi établir des prix au mètre linéaire différents pour chacun des types 2, 3 et 4. Toutefois, des modifications ont été apportées au dossier d’appel d’offres et le tableau des quantités a été supprimé, ce qui a forcé les soumissionnaires à ne proposer qu’un seul prix au mètre linéaire pour le réseau de distribution d’eau sans

3

4

Type 3, and Type 4 fill would be required to the successful contractor, as the contractor would receive the same cent unit price per lineal metre of measurement regardless of the actual costs incurred by the contractor.

- 5 The tender submitted by Sorochan included a handwritten note stating:

Please note:

Unit Prices per metre are based on native backfill (Type 3). If Type 2 material is required from top of pipe zone to bottom of sub-base, material for gravel or paved areas, add \$60.00 per metre.

Despite complaints by the appellant and other tenderers that this note constituted a qualification by Sorochan that invalidated its tender, the respondent determined the note was merely a clarification and accepted Sorochan's bid. The appellant brought an action for breach of contract, claiming that Sorochan's bid should have been disqualified and that its tender should have been accepted as the lowest valid bid.

- 6 Prior to trial, the parties agreed on damages of \$398,121.27, subject to the determination of liability. However, there were two issues they did not agree on, the cost of a supervisor and the cost of Type 2 backfill that was included in the appellant's tender that, had the appellant been awarded the construction contract, would not have been required by the engineer. The amount in dispute totals \$251,056.89.

- 7 The trial judge found that the note was a qualification but held that, given the presence of the privilege clause, the respondent was under no obligation to award the contract to the appellant as

égard au type de matériau de remplissage qui serait finalement exigé par l'ingénieur au moment de la construction. Selon l'appelante, cette façon de procéder fait supporter à l'entrepreneur attributaire le risque consistant à établir avec exactitude les quantités de matériaux de types 2, 3 et 4 qui seraient requises, puisque l'entrepreneur ne recevrait que ce prix unitaire au mètre linéaire quels que soient les coûts réels qu'il aura dû engager.

La soumission présentée par Sorochan comportait la note manuscrite suivante:

[TRADUCTION] Veuillez prendre note:

Les prix unitaires au mètre sont fondés sur l'utilisation des déblais (type 3). S'il est nécessaire d'utiliser du matériau de type 2 pour la couche entre le dessus de la canalisation et la fondation inférieure des aires revêtues de gravier ou de pavage, il faut ajouter 60 \$ le mètre.

En dépit des protestations de l'appelante et d'autres soumissionnaires qui ont objecté que cette note de Sorochan constituait une modification qui invalidait sa soumission, l'intimée a conclu que la note n'était qu'une clarification et elle a accepté la soumission de Sorochan. L'appelante a intenté une action pour rupture de contrat, en faisant valoir que la soumission de Sorochan aurait dû être éliminée et que la sienne aurait dû être retenue à titre de soumission valide la plus basse.

Avant le procès, les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts qu'elles ont fixé à 398 121,27 \$, sous réserve d'une déclaration de responsabilité. Il subsiste toutefois deux points sur lesquels les parties n'ont pas réussi à s'entendre, à savoir le coût d'un directeur des travaux et le coût du matériau de remplissage de type 2 qui était inclus dans la soumission de l'appelante et qui, si l'appelante avait obtenu le contrat de construction, n'aurait pas été exigé par l'ingénieur. La somme en litige totale est 251 056,89 \$.

Le juge de première instance a conclu que la note constituait une modification, mais, étant donné la présence de la clause de réserve, il a jugé que l'intimée n'était pas tenue d'attribuer le

the next lowest bidder. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal.

III. The Courts Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 164 A.R. 399

Rowbotham J. noted that the appellant sought damages for breach of Contract A as described by Estey J. in *Ron Engineering, supra*. However, relying on *Megatech Contracting Ltd. v. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35 (Ont. H.C.), and *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161 (Q.B.), aff'd (1994), 157 A.R. 274 (C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1995] 2 S.C.R. v, Rowbotham J. held that the submission of a tender does not create a contract and that therefore there could be no breach of contract in this case entitling the appellant to damages.

However, Rowbotham J. held that the note attached to Sorochan's tender was a qualification, rather than a clarification, that invalidated the tender. He observed that, since the tender accepted was not a valid tender, there may have been a "technical" breach of the obligation to treat all tenderers fairly. Consequently, Rowbotham J. stated that the other tenderers should be reimbursed for the expenses incurred in the preparation and submission of their tenders, although he made no formal order to this effect. He dismissed the action and declined to make any findings of fact regarding the issues in dispute with respect to damages.

Subsequently, Rowbotham J. dismissed an application for leave to reargue. However, during the hearing he acknowledged that he had made an error in holding that no Contract A had been formed upon the submission of the tender.

contrat à l'appelante à titre de soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre la plus basse. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1994), 164 A.R. 399

Le juge Rowbotham a noté que l'appelante demandait des dommages-intérêts pour la rupture du contrat A auquel fait allusion le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité. Toutefois, en se fondant sur *Megatech Contracting Ltd. c. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35 (H.C. Ont.), et *Bate Equipment Ltd. c. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161 (B.R.), conf. par (1994), 157 A.R. 274 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. v, le juge Rowbotham a conclu que la présentation d'une soumission ne crée pas un contrat et qu'il ne pouvait donc y avoir en l'espèce rupture de contrat ouvrant à l'appelante un recours en dommages-intérêts.

Le juge Rowbotham a toutefois statué que la note jointe à la soumission de Sorochan constituait une modification, et non une clarification, qui invalidait la soumission. Il a indiqué que puisque la soumission retenue n'était pas une soumission valide, il pouvait y avoir «quasi-manquement» à l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Par conséquent, le juge Rowbotham a déclaré que les autres soumissionnaires devraient être remboursés des dépenses engagées dans la préparation et la présentation de leurs soumissions, sans toutefois rendre une ordonnance en ce sens. Il a rejeté l'action et refusé de tirer quelque conclusion de fait sur les points en litige relatifs aux dommages-intérêts.

Le juge Rowbotham a subséquemment rejeté la demande d'autorisation de présenter de nouvelles observations. Au cours de l'audience, il a toutefois reconnu avoir commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu formation d'un contrat A dès la présentation de la soumission.

8

9

10

B. *Alberta Court of Appeal* (1997), 196 A.R. 124

B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1997), 196 A.R. 124

11 McClung J.A., for the court, held that an express term such as the privilege clause could not be overridden by a term implied by virtue of custom or industry usage to the effect that the lowest valid tender must be accepted: *Martselos Services Ltd. v. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73 (N.W.T.C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1994] 3 S.C.R. viii, and other cases.

Le juge McClung a conclu au nom de la cour qu'une disposition expresse comme la clause de réserve ne pouvait être écartée par une disposition implicite, tirée des coutumes ou des usages commerciaux et portant que la soumission valide la plus basse doit être acceptée: *Martselos Services Ltd. c. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73 (C.A.T.N.-O.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii, et d'autres décisions.

12 McClung J.A. held that the meaning of the privilege clause was not ambiguous, and was placed in the bidding process to protect the expenditure of public funds which are a common property resource of the people of Canada. Although the Alberta Guide to Construction Procedures provides that the construction contract should be awarded to the contractor submitting the lowest proper tender, those rules only apply where they are not inconsistent with the terms of the federal bidding package. In this case, "the privilege clause, section 13, is a complete answer to M.J.B.'s action" (p. 127).

Le juge McClung a statué que le sens de la clause de réserve n'était pas ambigu, et que cette clause avait été incluse dans la procédure d'appel d'offres afin de contrôler les dépenses de fonds publics qui appartiennent collectivement à la population du Canada. Même si le guide des méthodes de la construction de l'Alberta prévoit que le contrat de construction doit être attribué à l'entrepreneur qui présente la soumission conforme la plus basse, ces règles ne s'appliquent que lorsqu'elles n'entrent pas en conflit avec les conditions du dossier d'appel d'offres fédéral. Dans la présente espèce, [TRADUCTION] «la clause de réserve, l'article 13, règle complètement le sort de l'action de M.J.B.» (p. 127).

13 The Court of Appeal therefore dismissed the appeal. However, it affirmed the trial judge's recommendation that fairness dictates that the appellant be reimbursed for the provable costs of preparing its rejected tender, although these costs were not specifically pleaded.

La Cour d'appel a donc rejeté l'appel. Elle a toutefois confirmé la recommandation du juge de première instance qui avait estimé qu'en toute équité, l'appelante devrait être dédommée des frais prouvables exposés pour la préparation de la soumission rejetée, même si la question n'avait pas été soulevée expressément.

IV. Issues

IV. Les questions en litige

14 The major issue in this appeal comes down to the following: does the respondent's inclusion of a "privilege clause" in the tender documents at issue in this case allow the respondent to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one?

La principale question en litige dans le présent pourvoi peut se résumer ainsi: l'insertion par l'intimée d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres en cause en l'espèce permet-elle à l'intimée d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

V. Analysis

A. *General Principles*

As I have already indicated, any discussion of contractual obligations and the law of tendering must begin with this Court's decision in *Ron Engineering, supra*. That case concerned whether the owner had to return the contractor's tender deposit, a sum of \$150,000. The terms and conditions attaching to the call for tenders had included the statement (at pp. 113-14) that:

Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn before the Commission shall have considered the tenders or before or after he has been notified that his tender has been recommended to the Commission for acceptance or that if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days as stipulated and as required herein, the Agreement executed by the tenderer, the Performance Bond and the Payment Bond executed by the tenderer and the surety company and the other documents required herein, the Commission may retain the tender deposit for the use of the Commission and may accept any tender, advertise for new tenders, negotiate a contract or not accept any tender as the Commission may deem advisable.

Other terms and conditions included the ability to withdraw a tender, under seal, until the official closing (p. 120). In rushing to compile its tender, the contractor omitted to add its own labour costs to its bid, but only discovered its error after the close of the tender call. It was the lowest out of eight bids. The contractor did not seek to withdraw its tender, but instead maintained that because it gave notice of this error to the owner prior to the acceptance of its tender by the owner that the owner could not, in law, accept its tender, and therefore had to return the contractor's \$150,000 deposit.

Estey J., for the Court, held that a contract arose upon the contractor's submission of the tender. This contract, which Estey J. termed "Contract A",

V. L'analyse

A. *Principes généraux*

Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, tout examen des obligations contractuelles et des règles de droit régissant les appels d'offres doit commencer par l'arrêt de notre Cour *Ron Engineering*, précité. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si le propriétaire était tenu de remettre à l'entrepreneur une somme de 150 000 \$ versée à titre de dépôt de soumission. Les modalités et conditions applicables à l'appel d'offres comprenaient, aux pp. 113 et 114, la stipulation suivante:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée avant que la Commission ait examiné les soumissions ou avant ou après qu'il ait été avisé que l'acceptation de sa soumission a été recommandée à la Commission ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours mentionnés et prescrits aux présentes, le contrat signé par le soumissionnaire, la garantie d'exécution et la garantie de paiement signées par le soumissionnaire et la société de cautionnement ainsi que les autres documents exigés par les présentes, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission pour son bénéfice et accepter toute offre, faire un nouvel appel d'offres, négocier un contrat ou n'accepter aucune des offres, selon que la Commission le jugera à propos.

D'autres conditions prévoyaient la possibilité de retirer une soumission, portant un sceau, à tout moment avant l'heure limite fixée (p. 120). Dans sa précipitation à établir sa soumission, l'entrepreneur a omis d'ajouter ses propres coûts de main-d'œuvre, erreur qu'il n'a découverte qu'après la clôture de l'appel d'offres. Sa soumission était la plus basse des huit qui avaient été présentées. L'entrepreneur n'a pas cherché à retirer sa soumission; il a plutôt fait valoir que, puisqu'il avait donné avis de cette erreur au propriétaire avant l'acceptation de sa soumission, le propriétaire ne pouvait pas, en droit, accepter sa soumission et devait donc lui remettre le dépôt de 150 000 \$ qu'il avait versé.

Dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour, le juge Estey a conclu qu'il y avait eu naissance d'un contrat dès la présentation de la

was to be distinguished from the construction contract to be entered into upon the acceptance of one of the tenders, which Estey J. termed “Contract B”. The terms of Contract A were governed by the terms and conditions of the tender call, which included that the contractor submit a deposit that could only be recovered under certain conditions. Estey J., at p. 119, stated:

The revocability of the offer must, in my view, be determined in accordance with the “General Conditions” and “Information for Tenderers” and the related documents upon which the tender was submitted. There is no question when one reviews the terms and conditions under which the tender was made that a contract arose upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a period of sixty days after the date of the opening of the tenders. Later in these reasons this initial contract is referred to as contract A to distinguish it from the construction contract itself which would arise on the acceptance of a tender, and which I refer to as contract B. Other terms and conditions of this unilateral contract which arose by the filing of a tender in response to the call therefor under the aforementioned terms and conditions, included the right to recover the tender deposit sixty days after the opening of tenders if the tender was not accepted by the owner. This contract is brought into being automatically upon the submission of a tender. [Emphasis added.]

As the tender call conditions were not met, the deposit was not recoverable by the contractor.

soumission de l’entrepreneur. Ce contrat, que le juge Estey a appelé «contrat A», était distinct du contrat d’entreprise, appelé «contrat B» par le juge Estey, qui devait être conclu dès l’acceptation de l’une des soumissions. Les conditions du contrat A étaient régies par les conditions de l’appel d’offres, qui prévoyaient notamment le versement par l’entrepreneur d’un dépôt qui ne pouvait être recouvré qu’à certaines conditions. Le juge Estey a dit, à la p. 119:

À mon avis, il faut déterminer la révocabilité de l’offre d’après les «Conditions générales» et les «Renseignements à l’usage des soumissionnaires» et les pièces accessoires en vertu desquelles la soumission a été faite. Il ressort manifestement de l’examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l’entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d’ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j’appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d’entreprise lui-même qui résulte de l’acceptation de la soumission et que j’appellerai le contrat B. Parmi les autres conditions de ce contrat unilatéral qui découle de la présentation d’une soumission en réponse à l’appel d’offres aux conditions susmentionnées, se trouve le droit de recouvrer le dépôt de soumission soixante jours après l’ouverture des soumissions si la propriétaire n’a pas accepté la soumission. Ce contrat prend naissance automatiquement par la présentation d’une soumission. [Je souligne.]

Comme les conditions de l’appel d’offres n’avaient pas été remplies, le dépôt ne pouvait être recouvré par l’entrepreneur.

17 This Court therefore held that it is possible for a contract to arise upon the submission of a tender and that the terms of such a contract are specified in the tender documents. The submissions of the parties in the present appeal appear to suggest that *Ron Engineering* stands for the proposition that Contract A is always formed upon the submission of a tender and that a term of this contract is the irrevocability of the tender; indeed, most lower courts have interpreted *Ron Engineering* in this manner. There are certainly many statements in *Ron Engineering* that support this view. However, other passages suggest that Estey J. did not hold that a bid is irrevocable in all tendering contexts

Notre Cour a par conséquent conclu qu’il est possible qu’un contrat prenne naissance dès la présentation d’une soumission et que les conditions de ce contrat sont prévues dans le dossier d’appel d’offres. Les prétentions des parties dans le présent pourvoi semblent laisser entendre que l’arrêt *Ron Engineering* permet d’affirmer que la présentation d’une soumission entraîne toujours la formation d’un contrat A et qu’une des conditions de ce contrat est l’irrévocabilité de la soumission. En effet, la plupart des tribunaux de juridiction inférieure ont interprété l’arrêt *Ron Engineering* dans ce sens. À n’en pas douter, bien des passages de l’arrêt *Ron Engineering* appuient ce point de vue. Certains

and that his analysis was in fact rooted in the terms and conditions of the tender call at issue in that case. As he stated, at pp. 122-23:

The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders. [Emphasis added.]

Therefore it is always possible that Contract A does not arise upon the submission of a tender, or that Contract A arises but the irrevocability of the tender is not one of its terms, all of this depending upon the terms and conditions of the tender call. To the extent that *Ron Engineering* suggests otherwise, I decline to follow it.

I also do not wish to be taken to endorse Estey J.'s characterization of Contract A as a unilateral contract in *Ron Engineering*. His analysis has been strongly criticized: see R. S. Nozick, Comment on *The Province of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 345, at p. 350; J. Swan, Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447, at p. 455; G. H. L. Fridman, "Tendering Problems" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 582, at p. 591; J. Blom, "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80, at p. 91; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 159. However, each case turns on

autres permettent toutefois d'affirmer que le juge Estey n'a pas dit qu'une soumission est irrévocable dans tous les appels d'offres et que son analyse reposait en fait sur les modalités et les conditions de l'appel d'offres en cause dans cette affaire. Voici ce qu'il a dit, aux pp. 122 et 123:

L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres. [Je souligne.]

Par conséquent, il est toujours possible que le contrat A ne soit pas formé dès la présentation d'une soumission, ou qu'il y ait formation du contrat A mais que l'irrévocabilité de la soumission n'en soit pas une condition; cela dépend des conditions de l'appel d'offres. Dans la mesure où l'arrêt *Ron Engineering* donne à penser le contraire, je m'abstiens de le suivre.

Je ne veux pas que l'on pense que je fais mienne la qualification de contrat unilatéral donnée au contrat A par le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*. Son analyse a été critiquée sévèrement: voir R. S. Nozick, Comment on *The Province of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *R. du B. can.* 345, à la p. 350; J. Swan, Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447, à la p. 455; G. H. L. Fridman, «Tendering Problems» (1987), 66 *R. du B. can.* 582, à la p. 591; J. Blom, «Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd.» (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80, à la p. 91; S. M. Waddams, *Le droit des contrats* (1992), vol. 1, aux pp. 118 et 119.

its facts and since the revocability of the tender is not at issue in the present appeal, I see no reason to revisit the analysis of the facts in *Ron Engineering*.

Toutefois, chaque cas est un cas d'espèce et puisque la question de la révocabilité de la soumission n'est pas soulevée dans le présent pourvoi, je ne vois aucune raison de réexaminer l'analyse des faits effectuée dans l'arrêt *Ron Engineering*.

19 What is important, therefore, is that the submission of a tender in response to an invitation to tender may give rise to contractual obligations, quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender, depending upon whether the parties intend to initiate contractual relations by the submission of a bid. If such a contract arises, its terms are governed by the terms and conditions of the tender call.

L'important, donc, c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres.

20 I note that the jurisprudence in other common law jurisdictions supports the approach that, depending upon the intentions of the parties, an invitation to tender can give rise to contractual obligations upon the submission of a bid: see *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25 (C.A.); *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1 (F.C.); and *Pratt Contractors Ltd. v. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469 (H.C.).

Je note que la jurisprudence d'autres ressorts de common law appuie l'idée que, selon l'intention des parties, l'appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles dès la présentation d'une soumission: voir *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. c. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25 (C.A.); *Hughes Aircraft Systems International c. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1 (F.C.); et *Pratt Contractors Ltd. c. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469 (H.C.).

21 So this brings us to ask whether Contract A arose in this case and, if so, what were its terms?

Cela nous amène à la question de savoir s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce et dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?

B. *Contract A*

B. *Le contrat A*

22 Both parties in the present appeal agree with the Contract A/Contract B analysis outlined in *Ron Engineering* and that the terms of Contract A, if any, are to be determined through an examination of the terms and conditions of the tender call. In particular, they agree that Contract A arose, but disagree as to its terms. However, this agreement is influenced by an interpretation of *Ron Engineering* that I have rejected. Because of this, it is important to discuss whether Contract A arose in this case.

Les deux parties au présent pourvoi sont d'accord avec l'analyse contrat A/ contrat B énoncée dans l'arrêt *Ron Engineering* et reconnaissent que les conditions du contrat A, s'il en est, doivent être déterminées par l'examen des conditions de l'appel d'offres. Plus particulièrement, elles s'entendent pour dire qu'il y a eu formation du contrat A, mais elles diffèrent sur ses conditions. Toutefois, comme cet accord prend appui sur une interprétation de *Ron Engineering* que j'ai rejetée, il est important de se demander s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce.

As I have already mentioned, whether or not Contract A arose depends upon whether the parties intended to initiate contractual relations by the submission of a bid in response to the invitation to tender. In the present case I am persuaded that this was the intention of the parties. At a minimum, the respondent offered, in inviting tenders through a formal tendering process involving complex documentation and terms, to consider bids for Contract B. In submitting its tender, the appellant accepted this offer. The submission of the tender is good consideration for the respondent's promise, as the tender was a benefit to the respondent, prepared at a not insignificant cost to the appellant, and accompanied by the Bid Security. The question to be answered next is the precise nature of the respondent's contractual obligations.

The main contention of the appellant is that the respondent was under an obligation to award Contract B to the lowest compliant tender. As the Sorochan bid was invalid, Contract B should have been awarded to the appellant. In this regard, the appellant makes two arguments: first, that it was an explicit term of Contract A that the construction contract be awarded to the lowest compliant bid and second, that even if such a term was not expressly incorporated into the tender package it was an implied term of Contract A.

1. Explicit Term of Contract A

With respect to the first argument, the appellant submitted that the notice to the construction industry of the call for tenders advised that the Federal Standard Rules of Practice for Bid Depositories would apply and that these Federal Standard Rules incorporate local rules where these local rules are not in conflict with the Federal Standard Rules. The appellant argued that the respondent had confirmed that the Alberta Guide to Construction Procedures and the Canadian Construction Documents Committee Guide to Calling Bids and Awarding Contracts (CCDC 23) were part of the local rules, that they applied to the project in question, and

Comme je l'ai déjà dit, la naissance du contrat A est subordonnée à la volonté des parties d'établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres. En l'espèce, je suis convaincu que c'était bien l'intention des parties. En sollicitant des soumissions au moyen d'un processus officiel d'appel d'offres comportant de la documentation et des conditions complexes, l'intimée a, à tout le moins, offert d'examiner des soumissions en vue de la conclusion du contrat B. En présentant sa soumission, l'appelante a accepté cette offre. La présentation de la soumission est une contrepartie valable de la promesse de l'intimée, puisque la soumission, préparée à grands frais par l'appelante et accompagnée de la garantie de soumission, représentait un avantage pour l'intimée. La question qu'il faut résoudre ensuite est celle de la nature précise des obligations contractuelles de l'intimée.

La prétention principale de l'appelante est que l'intimée avait l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission conforme la plus basse. Comme la soumission de Sorochan était invalide, le contrat B aurait dû être attribué à l'appelante. L'appelante présente deux arguments à ce sujet: premièrement, l'attribution du contrat de construction à l'auteur de la soumission conforme la plus basse constitue une condition explicite du contrat A, et deuxièmement, même en supposant qu'une telle condition ne soit pas expressément incorporée dans le dossier d'appel d'offres, elle constitue une condition implicite du contrat A.

1. Condition explicite du contrat A

En ce qui a trait au premier argument, l'appelante fait valoir que l'avis annonçant l'appel d'offres au secteur de la construction indiquait que les Règles normatives fédérales des bureaux de dépôt des soumissions s'appliquaient et que ces Règles normatives fédérales incorporaient les règles locales lorsque celles-ci n'entraient pas en conflit avec les Règles normatives fédérales. L'appelante fait valoir que l'intimée a confirmé que le guide des méthodes de la construction de l'Alberta et le guide décrivant le processus d'obtention de soumissions et d'attribution des contrats de construction du Comité canadien des documents de

23

24

25

that these local rules indicated that the contract should be awarded to the lowest proper tender.

construction (CCDC 23) faisaient partie des règles locales, qu'ils s'appliquaient au projet en cause et que ces règles locales prévoyaient que le contrat serait attribué à l'auteur de la soumission conforme la plus basse.

26 I find this argument unpersuasive. The notice to the profession is ambiguous as to whether the Federal Standard Rules of Practice for Bid Depositories would apply to the general contractors or to the trade sub-contractors submitting their bids to the general contractors through the Alberta Construction Tendering System. This ambiguity is, to my mind, resolved by the Tender Form that tenderers were required to submit, which stated:

Cet argument ne me convainc pas. L'avis au secteur de la construction est ambigu en ce qui a trait à la question de savoir si les Règles normatives fédérales des bureaux de dépôt des soumissions s'appliquent aux entrepreneurs généraux ou aux gens de métier sous-traitants qui présentent leurs soumissions aux entrepreneurs généraux par l'intermédiaire du système de soumissions de la construction de l'Alberta. Selon moi, cette ambiguïté est levée par le formulaire de soumission que les soumissionnaires étaient tenus de présenter, lequel comporte la mention suivante:

We certify that Tenders for trades named under (a) and (b) below were received through the Alberta Bid Depository Ltd., . . . in accordance with the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) as required by this Tender.

[TRADUCTION] Nous certifions que les soumissions pour les métiers nommés aux alinéas *a*) et *b*) plus bas ont été reçues par l'intermédiaire d'Alberta Bid Depository Ltd., [. . .] conformément aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale) ainsi que l'exige la présente soumission.

The tender documents do not include the notice to the profession and do not make any other reference to the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects). As it is the tender documents that govern the terms, if any, of Contract A, I do not take the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) to be binding upon the respondent with respect to the tenderers; they are binding upon the tenderers with respect to the sub-contractors. Thus I find that there is no explicit term in Contract A imposing an obligation to award contract B to the lowest valid tender.

Le dossier d'appel d'offres ne comprend pas l'avis au secteur de la construction et ne fait aucun renvoi aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale). Puisque c'est le dossier d'appel d'offres qui régit les conditions du contrat A, s'il en est, je conclus que les Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale) ne lient pas l'intimée envers les soumissionnaires; elles lient les soumissionnaires à l'égard des sous-traitants. Je conclus donc qu'il n'existe dans le contrat A aucune condition explicite imposant l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission valide la plus basse.

2. Implied Term of Contract A

2. Condition implicite du contrat A

27 The second argument of the appellant is that there is an implied term in Contract A such that the lowest compliant bid must be accepted. The general principles for finding an implied contractual term were outlined by this Court in *Canadian*

Selon le deuxième argument de l'appelante, le contrat A comporte une condition implicite prévoyant que la soumission conforme la plus basse doit être retenue. Les principes généraux permettant de déterminer l'existence de conditions

Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal, [1987] 1 S.C.R. 711. Le Dain J., for the majority, held that terms may be implied in a contract: (1) based on custom or usage; (2) as the legal incidents of a particular class or kind of contract; or (3) based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary “to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the ‘officious bystander’ test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed” (p. 775). See also *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 137, per McLachlin J., and *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1008, per McLachlin J.

While in the case of a contract arising in the context of a standardized tendering process there may be substantial overlap involving custom or usage, the requirements of the tendering process, and the presumed intentions of the party, I conclude that, in the circumstances of the present case, it is appropriate to find an implied term according to the presumed intentions of the parties.

As mentioned, LeDain J. stated in *Canadian Pacific Hotels Ltd.*, *supra*, that a contractual term may be implied on the basis of presumed intentions of the parties where necessary to give business efficacy to the contract or where it meets the “officious bystander” test. It is unclear whether these are to be understood as two separate tests but I need not determine that here. What is important in both formulations is a focus on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. This is why the implication of the term must have a certain degree of obviousness to it, and why, if there is evidence of a contrary intention, on

contractuelles implicites ont été énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711. Le juge Le Dain a conclu, au nom de la majorité, qu’il pouvait y avoir introduction, dans un contrat, de conditions implicites: 1) fondées sur la coutume ou l’usage; 2) en tant que particularités juridiques d’une catégorie ou d’un type particuliers de contrats; ou 3) fondées sur l’existence d’une intention présumée des parties, soit la condition implicite dont l’introduction est nécessaire «pour donner à un contrat de l’efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de “l’observateur objectif”, [condition] dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise» (p. 775). Voir également les arrêts *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, au par. 137, motifs du juge McLachlin, et *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1008, motifs du juge McLachlin.

Bien que dans une affaire de contrat ayant pris naissance dans le cadre d’un processus normalisé d’appel d’offres il puisse y avoir un important chevauchement entre des éléments comme la coutume ou l’usage, les exigences du processus d’appel d’offres et l’intention présumée des parties, dans les circonstances de la présente espèce, il y a lieu de conclure à l’existence d’une condition implicite conformément à l’intention présumée des parties.

Ainsi qu’il a été mentionné plus haut, le juge Le Dain a dit, dans l’arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée*, précité, qu’il est possible d’introduire dans un contrat des conditions implicites fondées sur l’intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner au contrat l’efficacité commerciale ou que cela satisfait au critère de «l’observateur objectif». Il ne ressort pas clairement qu’on doive comprendre ces éléments comme deux critères distincts, mais c’est là une question que je n’ai pas à trancher en l’espèce. Ce qui importe dans l’une et l’autre des formulations, c’est l’accent mis sur l’intention des parties elles-mêmes. Lorsqu’elle est appelée à se pencher effectivement sur des conditions implicites, la Cour doit

28

29

the part of either party, an implied term may not be found on this basis. As G. H. L. Fridman states in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 476:

In determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract in order to see whether the suggested implication is necessary and fits in with what has clearly been agreed upon, and the precise nature of what, if anything, should be implied.

30 In this respect, I find it difficult to accept that the appellant, or any of the other contractors, would have submitted a tender unless it was understood by all involved that only a compliant tender would be accepted. However, I find no support for the proposition that, in the face of a privilege clause such as the one at issue in this case, the lowest compliant tender was to be accepted. A review of the tender documents, including the privilege clause, and the testimony of the respondent's witnesses at trial, indicates that, on the basis of the presumed intentions of the parties, it is reasonable to find an implied obligation to accept only a compliant tender. It is to a discussion of the tender documents, the effect of the privilege clause, and the testimony at trial to which I now turn.

(a) *Tender documents*

31 The tender documents contain, as already noted, paragraph 13, which states: "The lowest or any tender shall not necessarily be accepted". I will deal with the effect of this privilege clause after discussing the tender documents more generally, as it must be interpreted in its context.

se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. C'est pourquoi l'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et qu'en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite sur ce fondement. Comme le note G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 476:

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'établir l'intention des parties, il faut porter attention aux conditions expresses du contrat afin de déterminer si la condition implicite proposée est nécessaire et si elle s'harmonise avec ce qui a clairement été convenu, ainsi qu'à la nature exacte de ce qui devrait, le cas échéant, être ainsi introduit.

À cet égard, il m'est difficile d'admettre que l'appelante, ou que l'un des autres entrepreneurs, aurait décidé de présenter une soumission s'il n'avait pas été entendu que seule une soumission conforme serait acceptée. Je ne vois toutefois aucun fondement à la prétention selon laquelle, eu égard à une clause de réserve comme celle qui est en cause dans la présente espèce, il fallait que la soumission la plus basse soit acceptée. Un examen du dossier d'appel d'offres, y compris la clause de réserve, et de la déposition des témoins de l'intimée au procès indique qu'il est raisonnable de conclure, sur le fondement de l'intention présumée des parties, à l'existence d'une obligation implicite de n'accepter que les soumissions conformes. Je passe maintenant à l'examen du dossier d'appel d'offres, de l'effet de la clause de réserve et des dépositions au procès.

a) *Dossier d'appel d'offres*

Le dossier d'appel d'offres comprend, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le paragraphe 13, qui est ainsi libellé: [TRADUCTION] «La soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission». J'aborderai l'effet de cette clause après avoir examiné de façon générale le dossier d'appel d'offres, puisque cette clause doit être interprétée dans son contexte.

In the present appeal, the tender documents are enumerated in the Tender Form and include:

- (a) Instructions to Tenderers — Form DCL 193 (R-7-90)
- (b) Tender — Form DCL 150
- (c) Articles of Agreement — Form DCL 24 (R-7-90)
- (d) Terms of Payment “B” — Form DCL 25 (R-7-90)
- (e) General Conditions “C” — Form DCL 32 (R-7-90)
- (f) Drawings, Specifications and Addenda thereto — Job No. C-S380-9304/4
- (g) Special Conditions and Instructions — File: SD16310
- (h) Labour Conditions 180 (Rev. 01/88) 7540-21-900-0766
- (j) Insurance Conditions “E” File: SD16310
- (k) Insurers Certificate of Insurance — DCL 232
- (l) Contract Security Conditions “F” — Form DCL 32-F (R-7-90)

Most of these documents detail the terms and conditions of the construction contract to be entered into, or Contract B. However, the Instructions to Tenderers and the Tender Form are the crucial documents for determining the terms and conditions of Contract A. The salient features of the parties’ agreement revealed by an examination of these documents are twofold: the contractor must submit a compliant bid and the contractor cannot negotiate over the terms of the tender documents.

The Instructions to Tenderers include important provisions outlining the conditions under which a tender may be found to be invalid. For example, paragraph 1(a) provides that tenders received after the specified closing time are invalid. Paragraph 2 provides that, *inter alia*, “[a]ll tenders must be submitted on Tender Form DCL 150(S)” and paragraph 7(b) requires that only the Tender Form and

Dans le présent pourvoi, les documents du dossier d’appel d’offres sont énumérés dans le formulaire de soumission:

[TRADUCTION]

- a) Instructions à l’intention des soumissionnaires — Formulaire CDL 193 (R-7-90)
- b) Soumission — Formulaire CDL 150
- c) Articles de convention — Formulaire CDL 24 (R-7-90)
- d) Modalités de paiement «B» — Formulaire CDL 25 (R-7-90)
- e) Conditions générales «C» — Formulaire CDL 32 (R-7-90)
- f) Dessins, devis descriptif, et leurs addenda — Projet n° C-S380-9304/4
- g) Conditions et instructions spéciales — Dossier: SD16310
- h) Conditions de travail 180 (rév. 01/88) 7540-21-900-0766
- j) Conditions d’assurance «E» Dossier: SD16310
- k) Attestation d’assurance — CDL 232
- l) Conditions de garantie du contrat «F» — Formulaire CDL 32-F (R-7-90)

La plupart de ces documents énoncent les conditions du contrat de construction qui sera passé, à savoir le contrat B. Toutefois, les Instructions à l’intention des soumissionnaires et le formulaire de soumission constituent les documents décisifs pour ce qui est de déterminer les conditions du contrat A. Les traits saillants de l’accord des parties qui ressortent de l’examen de ces documents se résument en deux points: l’entrepreneur doit fournir une soumission conforme et il ne peut négocier les conditions du dossier d’appel d’offres.

Les Instructions à l’intention des soumissionnaires comportent d’importantes dispositions sur les cas susceptibles d’entraîner l’invalidité d’une soumission. Par exemple, l’alinéa 1a) stipule que les soumissions reçues après la date et l’heure de clôture sont invalides. Le paragraphe 2 prévoit notamment que [TRADUCTION] «[t]outes les soumissions doivent être présentées sur le Formulaire CDL 150(S)» et l’alinéa 7b) exige que seuls le formulaire de soumission et la garantie de soumission

the bid security be submitted with the tender. Paragraph 4 states:

Any alterations in the printed part of the Tender Form DCL 150(S) or failure to provide the information requested therein, may render the tender invalid.

Paragraph 6(a) states:

Tenders must be based on the plans, specifications and tender documents provided. . . . For a tender to be valid, the tendered price must be based on materials established as acceptable for the project prior to the tender closing date.

Paragraph 9 states that the tender is invalid unless accompanied by the required bid security.

34

The Tender Form, which, as stated above, is the only document required to be submitted along with the bid security, requires that the tenderer agree to the following statement:

We [name] having informed ourselves fully of the conditions relating to the work to be performed, having inspected the site and having carefully examined the plans and specifications and all the terms and covenants of the Tender documents (IT BEING UNDERSTOOD AND AGREED THAT FAILURE TO HAVE DONE SO WILL NOT RELIEVE US OF OUR OBLIGATION TO ENTER INTO A CONTRACT AND CARRY OUT THE WORK FOR THE CONSIDERATION SET OUT HEREAFTER) do tender and offer to perform the said work in strict accordance with the said documents and such further details, plans and instructions as may be supplied from time to time and to furnish to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all materials, plant, machinery, tools, labour and things necessary for the construction or carrying out and proper completion of the said work for the following sums of lawful money of Canada

This certificate underscores the significance of tenderers adhering to the terms and conditions as found in the tender documents. In other words, the

soient présentés avec la soumission. Le paragraphe 4 porte:

[TRADUCTION] Tout changement apporté au texte imprimé du formulaire CDL 150(S) ou toute omission de fournir les renseignements demandés dans le formulaire peut invalider la soumission.

L'alinéa 6a) stipule ce qui suit:

[TRADUCTION] Les soumissions doivent être fondées sur les plans, le devis descriptif et les documents d'appel d'offres qui sont fournis. [. . .] Pour qu'une soumission soit valable, il faut que le prix fixé dans la soumission soit fondé sur des matériaux reconnus comme acceptables pour le projet avant la date et l'heure de clôture de l'appel d'offres.

Le paragraphe 9 stipule que la soumission est invalide si elle n'est pas accompagnée de la garantie de soumission prescrite.

Le formulaire de soumission qui, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, est le seul document qui doit être présenté avec la garantie de soumission, oblige le soumissionnaire à faire la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Nous [nom] possédant tous les renseignements sur les conditions relatives aux travaux à exécuter, ayant fait une inspection de l'emplacement et ayant examiné attentivement les plans, le devis descriptif ainsi que toutes les conditions et conventions du dossier d'appel d'offres (ÉTANT ENTENDU ET CONVENU QUE L'OMISSION D'AGIR AINSI NE NOUS LIBÉRERA PAS DE NOTRE OBLIGATION DE CONCLURE UN MARCHÉ ET D'EXÉCUTER LES TRAVAUX, MOYENNANT LA CONTREPARTIE INDIQUÉE CI-DESSOUS) soumissionnons par les présentes et offrons d'exécuter lesdits travaux en nous conformant strictement aux dispositions desdits documents et à tous les autres détails, plans et instructions qui pourront nous être fournis et de fournir à Sa Majesté la Reine du chef du Canada tous les matériaux, l'équipement de chantier, la machinerie, les outils, la main-d'œuvre et autres articles nécessaires à la construction (ou à l'exécution) et à l'achèvement approprié desdits travaux pour les sommes indiquées ci-après en monnaie légale du Canada. . .

Ce certificat souligne l'importance que revêt l'obligation des soumissionnaires de respecter les conditions figurant dans le dossier d'appel

certificate is further evidence of the necessity to ensure bids are compliant.

The Tender Form sets out additional circumstances that could render a bid invalid. It requires that the tenderer agree that an imbalance between unit and lump sum prices or between individual unit prices “would be considered cause to render our Tender invalid” (para. 3). The tenderer must certify that the sub-trades it lists in its Tender Form were received through the Alberta Bid Depository in accordance with the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) and that failure to comply with these Rules of Practice may disqualify the tender (para. 8).

It is clear from the foregoing description of the Instructions to Tenderers and the Tender Form that the invitation for tenders may be characterized as an offer to consider a tender if that tender is valid. An invalid tender would be, as outlined in these documents, one that either was submitted too late, was not submitted on the required Tender Form, altered the Tender Form or did not provide the information requested, did not include the required bid security, had an imbalance in prices, did not comply with the Rules of Practice for sub-trades, or did not conform to the plans and specifications.

A tender, in addition to responding to an invitation for tenders, is also an offer to perform the work outlined in the plans and specifications for a particular price. The invitation for tenders is therefore an invitation for offers to enter into Contract B on the terms specified by the owner and for a price specified by the contractor. The goal for contractors is to make their bid as competitive as possible while still complying with the plans and specifications outlined in the tender documents.

d’offres. En d’autres termes, le certificat est une preuve de plus de la nécessité de s’assurer que les soumissions sont conformes.

Le formulaire de soumission fait mention d’autres circonstances susceptibles d’entraîner l’invalidité de la soumission. Il oblige le soumissionnaire à convenir qu’un écart entre les prix unitaires et les prix forfaitaires ou entre des prix unitaires particuliers [TRADUCTION] «serait considéré comme une cause d’invalidité de la soumission» (par. 3). Le soumissionnaire doit certifier que les soumissions des gens de métier sous-traitants qu’il énumère sur son formulaire de soumission ont été reçues par l’intermédiaire d’Alberta Bid Depository Ltd., conformément aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l’administration fédérale) et que le défaut de respecter ces règles peut invalider la soumission (par. 8).

Il ressort clairement de cet examen des Instructions à l’intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission que l’appel d’offres peut être qualifié d’offre d’examiner une soumission si cette soumission est valide. Ainsi que l’énoncent ces documents, la soumission invalide est la soumission tardive, celle qui n’est pas présentée sur le formulaire de soumission prescrit, qui apporte des changements au formulaire de soumission ou ne fournit pas les renseignements demandés, n’est pas accompagnée de la garantie de soumission, comporte un écart entre les prix, ne respecte pas les règles applicables à l’égard des sous-contrats conclus avec les gens de métier ou n’est pas conforme aux plans et au devis descriptif.

Outre le fait d’être une réponse à un appel d’offres, la soumission est aussi une offre d’exécuter les travaux décrits dans les plans et le devis descriptif en contrepartie d’un prix donné. L’appel d’offres est par conséquent une invitation lancée afin d’obtenir des offres de conclure le contrat B, selon les conditions stipulées par le propriétaire et à un prix établi par l’entrepreneur. Le but visé par les entrepreneurs est de présenter la soumission la plus concurrentielle possible tout en respectant les plans et le devis descriptif stipulés dans le dossier d’appel d’offres.

35

36

37

38

In this regard, it is important to note that the respondent did not invite negotiations over the terms of either Contract A or Contract B. The only items to be added to the Tender Form by the tenderer, in addition to the tenderer's name and its prices are: GST registration number, the names of sub-contractors, its structural steel fabricator and erector, the number of days it will start work after notification of the contract award, signature, witness to signature and address, date, telephone and fax number. Furthermore, paragraph 12(b) of the Instructions to Tenderers provides:

Tenderers are advised that requests for suggested amendments to the tender documents should be received by the Manager, Tender Call Section, at least fourteen calendar days before the specified tender closing time.

This request indicates that any negotiations are to follow a special procedure, presumably so that if a suggested amendment is accepted, all tenderers may be notified so that they may also enter an alternate bid.

39

This interpretation is supported by the testimony at trial of Mr. Enders, Director of Contract Services for the respondent, regarding alternate bids:

A We follow industry practice. As long as there is a valid bid it can be accompanied by an alternate price and if it happens before tender close and it is judged that it — it's worthwhile entertaining, we would issue an amendment asking all bidders to price that alternative. If it happened afterwards we would award the contract and deal with the alternative after the fact.

Q Why don't you — after the tenders closed when you receive what you consider an alternate bid, why don't

À cet égard, il importe de souligner que l'intimée n'a pas lancé d'invitation à négocier les conditions du contrat A ni celles du contrat B. Les seuls éléments qui pouvaient être ajoutés au formulaire de soumission par le soumissionnaire, en plus de son nom et de ses prix étaient les suivants: le numéro d'enregistrement de la TPS, les noms des sous-traitants, celui de son fabricant d'acier de charpente et de son monteur de charpentes, le nombre de jours nécessaires pour entreprendre les travaux après la notification de l'attribution du contrat, la signature, les témoins de la signature et l'adresse ainsi que la date et les numéros de téléphone et de télécopieur. De plus, l'alinéa 12b) des Instructions à l'intention des soumissionnaires prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] Avis est donné aux soumissionnaires que les modifications qu'ils proposent d'apporter au dossier d'appel d'offres doivent parvenir au gestionnaire, Section des appels d'offres, au moins quatorze jours civils avant la date et l'heure limites de réception des soumissions.

Cette directive indique que toute négociation doit suivre une procédure spéciale, probablement pour faire en sorte que si la modification proposée est acceptée, tous les soumissionnaires puissent en être avisés de façon à être en mesure de présenter une soumission de remplacement.

Cette interprétation est appuyée par la déposition au procès de M. Enders, directeur du Service des marchés pour l'intimée, au sujet des soumissions de remplacement:

[TRADUCTION]

R Nous suivons la pratique du secteur. Tant qu'elle est valide, la soumission peut être accompagnée d'un prix de remplacement, et si cela se produit avant la clôture de l'appel d'offres et que l'on juge que c'est — que c'est intéressant, nous rédigeons une modification demandant à tous les soumissionnaires d'établir un prix pour cette variante. Si cela se produit plus tard, nous attribuons le contrat puis traitons de la variante après le fait.

Q Pourquoi ne faites-vous pas — après la clôture de l'appel d'offres, lorsque vous recevez ce que vous considérez comme une soumission de remplacement, pourquoi ne communiquez-vous pas avec les entre-

you then go to the contractors and say, Somebody submitted this. What's your price?

A Again that would put the low bidder at a disadvantage and it might be considered bid shopping.

Therefore, according to the Instructions to Tenderers and the Tender Form, a contractor submitting a tender must submit a valid tender and, in submitting its tender, is not at liberty to negotiate over the terms of the tender documents. Given this, it is reasonable to infer that the respondent would only consider valid tenders. For the respondent to accept a non-compliant bid would be contrary to the express indication in the Instructions to Tenderers that any negotiation of an amendment would have to take place according to the provisions of paragraph 12(b). It is also contrary to the entire tenor of the Tender Form, which was the only form required to be submitted in addition to the bid security, and which does not allow for any modification of the plans and specifications in the tender documents.

The rationale for the tendering process, as can be seen from these documents, is to replace negotiation with competition. This competition entails certain risks for the appellant. The appellant must expend effort and incur expense in preparing its tender in accordance with strict specifications and may nonetheless not be awarded Contract B. It must submit its bid security which, although it is returned if the tender is not accepted, is a significant amount of money to raise and have tied up for the period of time between the submission of the tender and the decision regarding Contract B. As Bingham L.J. stated in *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd.*, *supra*, at p. 30, with respect to a similar tendering process, this procedure is "heavily weighted in favour of the invitor". It appears obvious to me that exposing oneself to such risks makes little sense if the respondent is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid. Therefore I find it reasonable, on the basis of the presumed intentions of the

preneurs pour leur dire: quelqu'un nous a présenté ceci. Quel est votre prix?

R Encore une fois, cela défavoriserait le soumissionnaire le plus bas et cela pourrait être perçu comme du marchandage de soumissions.

Par conséquent, aux termes des Instructions à l'intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission, l'entrepreneur qui présente une soumission doit présenter une soumission valide, et, dans la présentation de cette soumission, il ne lui est pas loisible de négocier les conditions du dossier d'appel d'offres. Compte tenu de ce fait, il est raisonnable de déduire que l'intimée n'aurait examiné que les soumissions valides. L'acceptation par l'intimée d'une soumission non conforme serait contraire aux Instructions à l'intention des soumissionnaires qui mentionnent expressément que toute négociation en vue de faire apporter une modification doit se faire conformément aux dispositions de l'alinéa 12b). Cela irait aussi à l'encontre de toute la teneur du formulaire de soumission, qui est le seul formulaire qu'il faut présenter en plus de la garantie de soumission et qui ne permet aucune modification des plans ni du devis descriptif du dossier d'appel d'offres.

L'idée qui sous-tend l'appel d'offres, ainsi qu'il ressort de ces documents, c'est de remplacer la négociation par la concurrence. Cette concurrence comporte certains risques pour l'appelante. L'appelante doit consacrer des efforts et des sommes d'argent à préparer sa soumission conformément à un devis descriptif strict sans être certaine de se voir attribuer le contrat B. Elle doit déposer sa garantie de soumission qui, même si elle lui sera remise si la soumission n'est pas acceptée, représente une somme importante à réunir et à immobiliser pour la période entre la présentation de la soumission et la décision prise au sujet du contrat B. Le lord juge Bingham a dit dans *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd.*, précité, à l'égard d'un appel d'offres semblable, que cette procédure [TRADUCTION] «favorise grandement celui qui lance l'appel d'offres» (p. 30). Il me semble évident qu'il serait déraisonnable de s'exposer à de tels risques si l'intimée peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une

40

41

parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted.

soumission non conforme. J'estime donc qu'il est raisonnable, en se fondant sur l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite portant que seule une soumission conforme sera acceptée.

42 Having found that there was an implied term in Contract A that the respondent was to accept only compliant bids, I must now deal with the argument that the privilege clause overrode this implied term.

Après avoir conclu à l'existence, dans le contrat A, d'une condition implicite exigeant que l'intimée n'accepte que les soumissions conformes, il me faut examiner l'argument selon lequel la clause de réserve écarte cette condition implicite.

(b) *Effect of the Privilege Clause*

b) *Effet de la clause de réserve*

43 Although the respondent has not disputed the trial judge's finding that the Sorochan tender was non-compliant, the respondent argues that the privilege clause gave it the discretion to award the contract to anyone, including a non-compliant bid, or to not award the contract at all, subject only to a duty to treat all tenderers fairly. It argues that because it accepted the Sorochan tender with the good faith belief that it was a compliant bid, it did not breach its duty of fairness.

Même si l'intimée n'a pas attaqué la conclusion du juge de première instance selon laquelle la soumission de Sorochan n'était pas conforme, l'intimée prétend que la clause de réserve lui donne le pouvoir discrétionnaire d'attribuer le contrat à n'importe qui, y compris l'auteur d'une soumission non conforme, voire de ne pas attribuer le contrat, à la seule charge de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Elle soutient que parce qu'elle a retenu la soumission de Sorochan en croyant de bonne foi qu'il s'agissait d'une soumission conforme, elle n'a pas manqué à son devoir d'équité.

44 The words of the privilege clause are clear and unambiguous. As this Court stated in *Cartwright & Crickmore, Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425, at p. 431, "there can be no recognized custom in opposition to an actual contract, and the special agreement of the parties must prevail". However, the privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties.

Le libellé de la clause de réserve est clair et non équivoque. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Cartwright & Crickmore, Ltd. c. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425, à la p. 431, [TRADUCTION] «aucune coutume reconnue ne saurait être opposée à un contrat véritable, et l'entente particulière intervenue entre les parties doit l'emporter». Toutefois, la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties.

45 I do not find that the privilege clause overrode the obligation to accept only compliant bids, because on the contrary, there is a compatibility between the privilege clause and this obligation. I believe that the comments of I. Goldsmith, in *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 1-20, regarding the impor-

Je ne conclus pas que la clause de réserve écarte l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes, puisque, au contraire, il y a compatibilité entre la clause de réserve et cette obligation. Je crois que les commentaires de I. Goldsmith dans son ouvrage intitulé *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4^e éd. (feuilles mobiles)), à la

tance of discretion in accepting a tender are particularly helpful in elucidating this compatibility:

The purpose of the [tender] system is to provide competition, and thereby to reduce costs, although it by no means follows that the lowest tender will necessarily result in the cheapest job. Many a “low” bidder has found that his prices have been too low and has ended up in financial difficulties, which have inevitably resulted in additional costs to the owner, whose right to recover them from the defaulting contractor is usually academic. Accordingly, the prudent owner will consider not only the amount of the bid, but also the experience and capability of the contractor, and whether the bid is realistic in the circumstances of the case. In order to eliminate unrealistic tenders, some public authorities and corporate owners require tenderers to be prequalified.

In other words, the decision to reject the “low” bid may in fact be governed by the consideration of factors that impact upon the ultimate cost of the project.

Therefore even where, as in this case, almost nothing separates the tenderers except the different prices they submit, the rejection of the lowest bid would not imply that a tender could be accepted on the basis of some undisclosed criterion. The discretion to accept not necessarily the lowest bid, retained by the owner through the privilege clause, is a discretion to take a more nuanced view of “cost” than the prices quoted in the tenders. In this respect, I agree with the result in *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.). In that case, Contract B was awarded to the second lowest bidder because it would complete the project in a shorter period than the lowest bid, resulting in a large cost saving and less disruption to business, and all tendering contractors had been asked to stipulate a completion date in their bids. It may also be the case that the owner may include other criteria in the tender package that will be weighed in addition to cost. However, needing to consider “cost” in this manner does not require or indicate that there

p. 1-20, au sujet de l’importance du pouvoir discrétionnaire dans l’acceptation d’une soumission sont particulièrement utiles pour expliquer cette compatibilité:

[TRADUCTION] Le système [d’appel d’offres] a pour objet d’assurer la concurrence, et partant, de réduire les coûts, même si cela ne signifie aucunement que la soumission la plus basse mènera nécessairement aux travaux les moins chers. Il arrive souvent que l’auteur d’une soumission «basse» s’aperçoive qu’il a fixé ses prix trop bas et qu’il éprouve des difficultés financières, ce qui entraîne inévitablement des coûts additionnels pour le propriétaire, qui ne dispose que de droits bien souvent théoriques pour se faire rembourser par l’entrepreneur en défaut. Par conséquent, le propriétaire prudent tiendra compte non seulement du prix de la soumission, mais aussi de l’expérience et de la capacité de l’entrepreneur, et déterminera si la soumission est réaliste dans les circonstances en cause. Afin d’éliminer les soumissions irréalistes, certaines autorités publiques et certaines sociétés propriétaires exigent que les soumissionnaires aient fait l’objet d’une sélection préalable.

En d’autres termes, la décision de rejeter la soumission «basse» peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

Par conséquent, même dans les cas où, comme en l’espèce, presque rien d’autre que les prix respectifs proposés ne distingue les soumissionnaires, le rejet de la soumission la plus basse ne voudrait pas nécessairement dire que la décision de retenir une soumission peut être fondée sur un critère de sélection non divulgué. Le pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir nécessairement la soumission la plus basse que s’est ménagé le propriétaire grâce à la clause de réserve, est un pouvoir qui lui permet d’avoir une vision plus nuancée des «coûts» qui ne s’arrête pas aux prix établis dans les soumissions. À cet égard, je suis d’accord avec le résultat auquel la cour est arrivée dans l’arrêt *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, le contrat B a été attribué au deuxième soumissionnaire le plus bas parce qu’il pouvait achever le projet dans un délai plus court que le soumissionnaire le plus bas, ce qui permettait de faire d’importantes économies et de réduire les inconvénients pour les commerces, tous les entrepreneurs ayant été invités

needs to be a discretion to accept a non-compliant bid.

à préciser une date d'achèvement des travaux dans leurs soumissions. Il se peut aussi que le propriétaire inclue d'autres critères que le coût dans le dossier d'appel d'offres. Toutefois, la nécessité d'envisager les «coûts» de cette manière n'exige pas et ne signifie pas qu'on doive être investi du pouvoir discrétionnaire d'accepter une soumission non conforme.

47 The additional discretion not to award a contract is presumably important to cover unforeseen circumstances, which is not at issue in this appeal. For example, *Glenview Corp. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292, concerned an invitation to tender whose specifications were found to be inadequate after the bids were submitted and opened by the Department of Public Works. Instead of awarding a contract on the basis of inadequate specifications, the department re-tendered on the basis of improved specifications. Nonetheless, this discretion is not affected by holding that, in so far as the respondent decides to accept a tender, it must accept a compliant tender.

Le pouvoir discrétionnaire supplémentaire de ne pas attribuer le contrat est vraisemblablement important pour couvrir les imprévus, mais ce point n'est pas soulevé dans le présent pourvoi. Dans l'affaire *Glenview Corp. c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292, par exemple, il y avait eu lancement d'un appel d'offres dont le devis descriptif a été jugé inadéquat après la présentation des soumissions et leur examen par le ministère des Travaux publics. Plutôt que d'attribuer un contrat en se fondant sur un devis descriptif inadéquat, le ministère a repris le processus d'appel d'offres avec un devis descriptif amélioré. Néanmoins, le fait de conclure que dans la mesure où l'intimée décide de retenir une soumission, ce doit être une soumission conforme n'a pas d'incidence sur ce pouvoir discrétionnaire.

48 Therefore, I conclude that the privilege clause is compatible with the obligation to accept only a compliant bid. As should be clear from this discussion, however, the privilege clause is incompatible with an obligation to accept only the lowest compliant bid. With respect to this latter proposition, the privilege clause must prevail.

Je conclus donc que la clause de réserve est compatible avec l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme. Par contre, ainsi qu'il devrait ressortir clairement du présent examen, la clause de réserve est incompatible avec l'obligation de ne retenir que la soumission la plus basse. Eu égard à cette dernière affirmation, c'est la clause de réserve qui doit l'emporter.

49 The appellant disagrees with this conclusion and submits that the majority of Canadian jurisprudence supports the proposition that the person calling for tenders should award Contract B to the lowest valid tender despite the presence of a privilege clause like the one in issue in this appeal. To the extent that these decisions are incompatible with the analysis just outlined, I decline to follow them. Nonetheless, I have reviewed the cases submitted to this Court and find that they do not stand for the proposition that the lowest valid tender must be accepted. Those cases that in fact deal with the interpretation of the privilege clause in the

L'appelante conteste cette conclusion et fait valoir que la jurisprudence canadienne appuie majoritairement la reconnaissance de l'obligation pour la personne qui lance l'appel d'offres d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission la plus basse malgré la présence d'une clause de réserve semblable à celle qui est en cause dans le présent pourvoi. Dans la mesure où ces décisions ne correspondent pas à l'analyse qui vient d'être exposée, je m'abstiendrai de les suivre. J'ai néanmoins examiné les décisions soumises à notre Cour et je conclus qu'elles n'appuient pas la proposition selon laquelle la soumission la plus basse doit être

context of a finding that Contract A arose between the parties are instead generally consistent with the analysis outlined above.

For example, a number of lower court decisions have held that an owner cannot rely on a privilege clause when it has not made express all the operative terms of the invitation to tender: see *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290 (B.C. Co. Ct.), aff'd (1989), 35 C.L.R. 241 (B.C.C.A.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.); *Fred Welsh Ltd. v. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400 (B.C.S.C.); *George Wimpey Canada Ltd. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123 (Ont. H.C.); *Martselos Services Ltd.*, supra. Similarly, a privilege clause has been held not to allow bid shopping or procedures akin to bid shopping: see *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), and *Thompson Bros. (Const.) Ltd. v. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197 (Alta. Q.B.).

(c) *Testimony at Trial*

Finally, I note that my conclusion regarding the intention of the parties supporting an obligation to accept only a compliant bid is supported by the trial testimony of the respondent's own witnesses. The aforementioned Mr. Enders answered the following questions of the appellant's counsel:

Q What I'm suggesting to you, sir, is that when Defence Construction Canada put out the tender package, there were no undisclosed terms that Defence Construction Canada was going to follow in awarding the tender that were not included in the tender package. In other words, the tender package was all inclusive?

A That's correct.

retenue. Les décisions qui portent effectivement sur l'interprétation de la clause de réserve dans les cas où il y a eu naissance d'un contrat A entre les parties sont plutôt généralement compatibles avec l'analyse exposée plus haut.

Ainsi, un certain nombre des décisions rendues par des tribunaux d'instance inférieure concluent que le propriétaire ne peut invoquer une clause de réserve lorsqu'il n'a pas énoncé expressément toutes les conditions essentielles de l'appel d'offres: voir *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté C.-B.), conf. par (1989), 35 C.L.R. 241 (C.A.C.-B.); *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.); *Fred Welsh Ltd. c. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400 (C.S.C.-B.); *George Wimpey Canada Ltd. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123 (H.C. Ont.); *Martselos Services Ltd.*, précité. De même, il a été décidé qu'une clause de réserve ne permet ni le marchandage de soumissions ni les procédés qui s'y apparentent: voir *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), et *Thompson Bros. (Const.) Ltd. c. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197 (B.R. Alb.).

c) *Dépositions au procès*

Je note enfin que ma conclusion quant à l'intention des parties, qui allait dans le sens d'une obligation de n'accepter que les soumissions conformes, trouve appui dans la déposition des témoins mêmes de l'intimée. M. Enders, susmentionné, a répondu de la façon suivante aux questions de l'avocat de l'appelante:

[TRADUCTION]

Q Ce que je dis, Monsieur, c'est que, au moment où Construction de Défense Canada a communiqué son dossier d'appel d'offres, il n'y avait aucune condition non divulguée, que Construction de Défense Canada entendait suivre pour l'adjudication, qui n'était pas comprise dans le dossier d'appel d'offres. En d'autres termes, le dossier d'appel d'offres était exhaustif?

R C'est exact.

Q And you would agree with me if I suggested to you that it would be improper to have undisclosed terms that the tenderers would not know about?

A That's correct.

Q My question quite simply is this, sir. If you, Defence Construction Canada, decided that the note on Sorochan's tender was a qualification, would you agree with me that Defence Construction would have rejected the Sorochan tender and not considered it?

A Had we concluded that it was a qualification, yes, and Sorochan would have continued to refuse to withdraw it, yes, we would have rejected it.

Therefore, at trial, the respondent's own witnesses revealed that it was always the respondent's intention to accept only compliant tenders, assessed in accordance with the terms disclosed in the tender package.

C. Breach of Contract A

52 Applying the foregoing analysis to the case at bar, I find that the respondent was under no contractual obligation to award the contract to the appellant, who the parties agree was the lowest compliant bid. However, this does not mean that Contract A was not breached.

53 Sorochan was only the lowest bidder because it failed to accept, and incorporate into its bid, the risk of knowing how much of Type 2, Type 3 and Type 4 fill would be required. As the Court of Appeal outlined, this risk was assigned to the contractor. Therefore Sorochan's bid was based upon different specifications. Indeed, it is conceded that the Sorochan bid was non-compliant. Therefore, in awarding the contract to Sorochan, the respondent breached its obligation to the appellant and the other tenderers that it would accept only a compliant tender.

54 The respondent's argument of good faith in considering the Sorochan bid to be compliant is no

Q Et vous conviendrez avec moi qu'il serait inéquitable de maintenir des conditions non divulguées à l'insu des soumissionnaires?

R C'est exact.

Q Ma question est tout simplement la suivante, Monsieur. Si vous, Construction de Défense Canada, aviez conclu que la note jointe à la soumission de Sorochan était une modification, reconnaissez-vous avec moi que Construction de Défense Canada aurait rejeté la soumission de Sorochan sans la prendre en considération?

R Si nous avons conclu qu'il s'agissait d'une modification, oui, et si Sorochan avait continué à refuser de la retirer, oui, nous l'aurions rejetée.

Donc, au procès, les propres témoins de l'intimée ont révélé que l'intention de l'intimée avait toujours été de n'accepter que les soumissions conformes, évaluées selon les conditions énoncées dans le dossier d'appel d'offres.

C. Rupture du contrat A

Lorsque j'applique l'analyse qui précède à la présente espèce, je conclus que l'intimée n'était aucunement soumise à l'obligation contractuelle d'attribuer le contrat à l'appelante, que toutes les parties reconnaissent comme l'auteur de la soumission conforme la plus basse. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas eu rupture du contrat A.

Sorochan n'était le soumissionnaire le plus bas que parce qu'elle avait omis d'accepter et d'intégrer dans sa soumission le risque relatif à la quantité de matériaux de types 2, 3 et 4 qui serait nécessaire. Comme la Cour d'appel l'a souligné, ce risque incombait à l'entrepreneur. Par conséquent, la soumission de Sorochan était fondée sur un devis descriptif différent. En effet, l'on a concédé que la soumission de Sorochan n'était pas conforme. Par conséquent, en attribuant le contrat à Sorochan, l'intimée a manqué à l'obligation à laquelle elle était tenue, envers l'appelante et les autres soumissionnaires, de n'accepter que des soumissions conformes.

L'intimée allègue qu'elle était de bonne foi lorsqu'elle a considéré la soumission de Sorochan

defence to a claim for breach of contract: it amounts to an argument that, because it thought it had interpreted the contract properly, it cannot be in breach. Acting in good faith or thinking that one has interpreted the contract correctly are not valid defences to an action for breach of contract.

D. Damages

Given that Contract A was breached, the next question for the Court to determine is the question of damages. The general measure of damages for breach of contract is, of course, expectation damages. In the present appeal, we know that the respondent intended to award Contract B, as it in fact awarded this contract, albeit improperly, to Sorochan. Therefore, there is no uncertainty as to whether the respondent would have exercised its discretion not to award Contract B. Moreover, the award of the contract to Sorochan was made on the basis that it was the lowest bid. The question is whether the appellant can claim that, had Contract B not been awarded to Sorochan, it would have been awarded to the appellant for submitting the lowest valid bid.

In my opinion, on a balance of probabilities, the record supports the appellant's contention that, as a matter of fact, it would have been awarded Contract B had the Sorochan bid been disqualified. The testimony of Mr. Enders on this point at Discovery on April 1, 1992 is as follows:

Q Would you agree with me, sir, that if you had arrived at the conclusion that the Sorochan Enterprises Limited tender, in fact, contained a qualification, would you agree with me that you would have ruled that tender as invalid?

A Had we determine that —

Q The note was a qualification.

A Yes. I think we would have disqualified them.

comme conforme, mais ce n'est pas une défense dans une action pour rupture de contrat: cela revient à dire que parce qu'elle a pensé qu'elle avait interprété correctement le contrat, elle ne peut commettre de manquement. Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat.

D. Dommages-intérêts

Comme il y a eu rupture du contrat A, la Cour doit maintenant se pencher sur la question des dommages-intérêts. La base d'évaluation des dommages-intérêts pour rupture de contrat est généralement le profit espéré. Dans le présent pourvoi, nous savons que l'intimée avait l'intention d'attribuer le contrat B, ce qu'elle a d'ailleurs fait, bien qu'irrégulièrement, à Sorochan. Il n'existe donc aucune incertitude quant à la question de savoir si l'intimée aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas attribuer le contrat B. De plus, l'attribution du contrat à Sorochan était fondée sur le fait qu'il s'agissait de la soumission la plus basse. Il reste à savoir si l'appelante peut à bon droit prétendre que, n'eût été de l'attribution du contrat B à Sorochan, ce contrat lui aurait été attribué parce qu'elle a présenté la deuxième soumission la plus basse.

À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, le dossier appuie la prétention de l'appelante selon laquelle elle aurait obtenu le contrat B si la soumission de Sorochan avait été éliminée. Le témoignage de M. Enders sur ce point lors de l'interrogatoire préalable du 1^{er} avril 1992 est le suivant:

[TRADUCTION]

Q Convenez-vous avec moi, Monsieur, que si vous étiez arrivé à la conclusion que la soumission de Sorochan Enterprises Limited comprenait en fait une modification, convenez-vous avec moi que vous auriez jugé cette soumission invalide?

R Si nous avons conclu que —

Q La note était une modification.

R Oui. Je pense que nous les aurions éliminés.

55

56

Q And by disqualify, that means that you disregard the tender and don't consider it in the deliberations as to who would receive the contract?

A That's correct.

Q And you then would have awarded the contract to the next lowest tenderer?

A Subject to verification.

Q And by this time and by verification, you are talking about who their site superintendent would be and whether their experience record was acceptable.

A I think in the case of M.J.B., that is right, because they are known to us, I think, so that the verification — but I would have had to look to see whether their trades named in the tender form bid through the bid depository.

Q I take [*sic*] you never came to the conclusion that there was anything wrong with the M.J.B. tender, other than the price wasn't the lowest?

A I — until I had finished dealing with Sorochan, I didn't think about the M.J.B. tender at all. I — our approach is we deal with the low bidder, if we award, we award. If we don't, we disqualify or whatever action needs to be taken before proceeding to deal with the second bidder.

Q I take it in preparation for this examination for discovery you have had a fair opportunity to review all the documentation regarding this project, especially the tender matters. Is that a fair statement?

A Yeah. That's right.

Q And has anything come to your attention to date, today, that the M.J.B. tender was improper or qualified or invalid?

A No.

Q And I take it that you had, in July of 1991, come to the conclusion that M.J.B. had worked for Defence Construction Canada before, so you were not concerned that they weren't a qualified contractor — by "qualified," I mean a contractor qualified to do the work?

A I understand what you are saying.

Q Et par éliminer, vous voulez dire ne pas tenir compte de la soumission et ne pas l'examiner dans les délibérations destinées à établir qui recevrait le contrat?

R C'est exact.

Q Et vous auriez ensuite attribué le contrat au deuxième soumissionnaire le plus bas?

R Sous réserve de vérification.

Q Et à cette étape, lorsque vous parlez de vérification, vous parlez de la personne qu'ils ont nommée comme directeur des travaux et du caractère acceptable de leur dossier en ce qui concerne l'expérience.

R Je pense que dans le cas de M.J.B., c'est juste, parce que nous les connaissions déjà, je pense, de sorte que la vérification — mais il m'aurait fallu vérifier si les gens de métier sous-traitants qui sont nommés dans la soumission ont soumissionné par l'intermédiaire du système de soumissions.

Q Si je comprends bien, vous n'êtes jamais arrivé à la conclusion que quelque chose n'allait pas dans la soumission de M.J.B. si ce n'est que le prix n'était pas le plus bas?

R Je — tant que je n'en avais pas fini avec Sorochan, je n'ai pas pensé du tout à la soumission de M.J.B. Je — notre méthode consiste à examiner la soumission la plus basse, si nous attribuons, nous attribuons. Si nous ne le faisons pas, nous éliminons la soumission ou nous prenons toute mesure appropriée avant de commencer à examiner la deuxième soumission.

Q Je suppose que lors de la préparation du présent interrogatoire préalable, vous avez eu amplement l'occasion de passer en revue toute la documentation relative à ce projet, tout spécialement en ce qui a trait à la question des soumissions. Est-ce le cas?

R Oui. C'est juste.

Q Et êtes-vous tombé sur quelque chose à ce jour, jusqu'à aujourd'hui, qui indique que la soumission de M.J.B. était non conforme, comportait une modification ou était invalide?

R Non.

Q Et je comprends qu'en juillet 1991, vous êtes arrivé à la conclusion que M.J.B. avait déjà fait des travaux pour Construction de Défense Canada, de sorte que vous ne vous demandiez pas s'il s'agissait d'un entrepreneur qualifié — par «qualifié» j'entends un entrepreneur qualifié pour exécuter les travaux?

R Je comprends ce que vous voulez dire.

Q But you would agree with me they were qualified to do the work?

A Yes, sir.

Even if the evidence supports that, on a balance of probabilities, Contract B would have been awarded to the appellant, it still must be determined whether the loss of Contract B, although caused by the breach of Contract A, is nonetheless too remote. The classical test regarding the remoteness of damages is that provided in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at p. 151, *per* Alderson B.:

Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.

In this case, the respondent may be taken to know that if it decided to award Contract B and awarded it to a non-compliant bid, then one of the tenderers who submitted a compliant bid would suffer the loss of Contract B. In this context, it is sufficient that the respondent knew that this tenderer could be the appellant.

This finding is consistent with the decision of *Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267 (Ont. H.C.), *aff'd* (1979), 115 D.L.R. (3d) 511 (Ont. C.A.), and [1980] 2 S.C.R. 118. In that decision, Cornwall Gravel was awarded damages for breach of contract against Purolator owing to the late delivery of a tender prepared by the plaintiff. It was admitted that had the tender been delivered in time, Cornwall Gravel would have been awarded a contract for which it would have realized a profit of \$70,000. R. E. Holland J. held at p. 274 that since Purolator knew that it was delivering a tender which had to be delivered by a particular time, it “must have realized that if delivered late the tender would be worthless and a contract could well be

Q Mais vous conviendrez avec moi qu'ils étaient qualifiés pour exécuter les travaux?

R Oui, Monsieur.

Même si la preuve établit, selon la prépondérance des probabilités, que le contrat B aurait été attribué à l'appelante, il faut encore déterminer si la perte du contrat B, même si elle a été causée par la rupture du contrat A, ne demeure pas malgré tout trop indirecte. Le critère classique pour apprécier le caractère indirect des dommages est celui qui a été énoncé par le baron Alderson dans la décision *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, à la p. 151:

[TRADUCTION] Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elles a rompu, les dommages doivent être envisagés comme étant ceux qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme ceux découlant naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme ceux que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture.

Dans la présente affaire, l'on peut supposer que l'intimée savait que si elle décidait d'attribuer le contrat B et qu'elle l'accordait à l'auteur d'une soumission non conforme, l'un des soumissionnaires ayant présenté une soumission conforme subirait la perte du contrat B. Dans ce contexte, il suffit que l'intimée ait su que ce soumissionnaire pouvait être l'appelante.

Cette conclusion est compatible avec la décision *Cornwall Gravel Co. Ltd. c. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267 (H.C. Ont.), *conf. par* (1979), 115 D.L.R. (3d) 511 (C.A. Ont.), et [1980] 2 R.C.S. 118. Dans cette décision, Cornwall Gravel a obtenu des dommages-intérêts pour rupture de contrat par Purolator en raison de la livraison tardive d'une soumission préparée par la demanderesse. L'on avait admis que si la soumission avait été livrée à temps, Cornwall Gravel aurait obtenu un contrat qui lui aurait permis de réaliser un profit de 70 000 \$. Le juge R. E. Holland a statué à la p. 274 que puisque Purolator savait qu'elle avait pour mission de livrer une soumission qui devait parvenir à destination dans un délai précis, elle [TRADUCTION]

57

58

59

lost” (emphasis added). The lost profits on the contract therefore fell within the rule laid out in *Hadley v. Baxendale*. Appeal to this Court was dismissed from the bench, with Laskin C.J. stating at p. 118 that “[w]e are not persuaded that there was any error in the disposition made by the Courts below”. If the lost profits were reasonably foreseeable to the courier delivering the tender, then I believe that lost profits must be found to be reasonably foreseeable in the present instance.

«devait se rendre compte que si elle était livrée en retard, la soumission serait sans valeur et qu’il se pourrait bien qu’il y ait perte d’un contrat» (je souligne). Le manque à gagner relatif au contrat était par conséquent visé par la règle énoncée dans l’affaire *Hadley c. Baxendale*. Le pourvoi devant notre Cour a été rejeté à l’audience, au motif suivant, prononcé par le juge en chef Laskin: «[n]ous ne sommes pas persuadés qu’il y a eu une erreur dans la décision prise par les cours d’instance inférieure» (p. 118). Si le manque à gagner était raisonnablement prévisible pour la messagerie chargée de livrer la soumission, je pense qu’il faut conclure que le manque à gagner était raisonnablement prévisible dans la présente espèce.

60 The appellant is therefore entitled to damages in the amount of the profits it would have realized had it been awarded Contract B. Subject to the determination of liability, the parties have agreed to damages in the amount of \$398,121.27, with two further amounts in dispute. The first issue in dispute is whether the appellant is entitled to \$21,600.00 for the cost of a supervisor and the second issue is whether the appellant is entitled to \$229,456.89, being the amount of money that the appellant states that it included in its tender to purchase Type 2 backfill that, had it been awarded the construction contract, it would not have been required by the engineer to purchase and place. The respondent submits that the entire issue of damages should be referred back to the Court of Queen’s Bench of Alberta for assessment.

L’appelante a par conséquent droit à des dommages-intérêts correspondant au montant des profits qu’elle aurait réalisés si elle avait obtenu le contrat B. Sous réserve d’une déclaration de responsabilité, les parties se sont entendues sur la somme de 398 121,27 \$ au titre des dommages-intérêts, laissant deux montants en litige. Il s’agit de savoir, en ce qui a trait au premier point litigieux, si l’appelante a droit à la somme de 21 600 \$ pour le coût d’un directeur des travaux et, en ce qui a trait au deuxième point litigieux, si l’appelante a droit à la somme de 229 456,89 \$, soit la somme qu’elle prétend avoir incluse dans sa soumission pour l’achat de matériaux de type 2 qu’elle n’aurait pas été obligée d’acheter et d’utiliser à la demande de l’ingénieur si elle avait obtenu le contrat de construction. L’intimée prétend que toute la question des dommages-intérêts devrait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta pour évaluation.

61 I would enforce the agreement of the parties and remit only the two issues in dispute to trial for assessment. In coming to this conclusion, I agree with the following statement by Major J.A., then of the Alberta Court of Appeal, in *Riggins v. Alberta (Workers’ Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66, at p. 77:

Je suis d’avis de confirmer l’entente entre les parties et de renvoyer uniquement les deux points en litige pour évaluation devant la cour de première instance. Pour tirer cette conclusion, je fais mienne la remarque suivante faite par le juge Major, alors juge de la Cour d’appel de l’Alberta, dans l’arrêt *Riggins c. Alberta (Workers’ Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66, à la p. 77:

It is regrettable when agreements between counsel made to a trial judge later become clouded. The trial

[TRADUCTION] Il est regrettable que les ententes conclues entre avocats devant le juge de première instance

judge is entitled to rely on these agreements; such agreements are common and assist the trial process. Counsel's understandings and agreements ought not to be given lightly because they are binding.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, set aside the order of Rowbotham J. at trial, and substitute judgment for the appellant in the amount of \$398,121.27. The appellant shall have its costs here and in the courts below. The matter of the two remaining issues in dispute regarding damages, described above, is remanded to the Court of Queen's Bench of Alberta for determination.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: W. Donald Goodfellow, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice Canada, Edmonton.

s'obscurcissent par la suite. Le juge de première instance a le droit de se fonder sur de telles ententes. Elles sont courantes et aident le processus judiciaire. Les engagements et les ententes des avocats ne devraient pas être souscrits à la légère car ils ont force obligatoire.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que l'ordonnance du juge Rowbotham au procès et d'y substituer jugement en faveur de l'appelante pour la somme de 398 121,27 \$. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours. La question des deux derniers points litigieux relatifs aux dommages-intérêts est renvoyée devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour qu'elle la tranche.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: W. Donald Goodfellow, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice Canada, Edmonton.