

**Double N Earthmovers Ltd.** *Appellant*

v.

**City of Edmonton and Sureway Construction of Alberta Ltd.** *Respondents*

**INDEXED AS: DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. v. EDMONTON (CITY)**

**Neutral citation: 2007 SCC 3.**

File No.: 30915.

2006: June 16; 2007: January 25.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Contracts — Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".*

Edmonton's call for tenders for the supply of equipment and operators stipulated that all equipment be 1980 or newer. The Conditions of Tender provided that the serial number and the City's licence registration number were to be provided for every piece of equipment, that "failure to [comply] either in whole or in

**Double N Earthmovers Ltd.** *Appelante*

c.

**Ville d'Edmonton et Sureway Construction of Alberta Ltd.** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. c. EDMONTON (VILLE)**

**Référence neutre : 2007 CSC 3.**

N° du greffe : 30915.

2006 : 16 juin; 2007 : 25 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?*

L'appel d'offres lancé par la ville d'Edmonton pour la fourniture de machines et de conducteurs stipule que les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents. Les Conditions de l'appel d'offres précisent qu'il faut fournir, pour chaque machine, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville,

part may invalidate the bid” and that the “City reserves the right to reject any and all Tenders, and to waive any informality”. In its bid, Sureway Construction of Alberta Ltd. listed a 1980 unit as Item 1 and a “1977 or 1980 Rental Unit” as Item 2. The City awarded the contract (Contract B) to Sureway and insisted on compliance with the 1980 requirement. When Sureway subsequently indicated that it would be supplying a 1979 unit, the City did not pursue the matter further. Although Sureway eventually replaced this unit, some of the work was performed by pre-1980 equipment through the duration of the 30-month contract. Double N Earthmovers Ltd., a rival bidder, claimed that the City breached the duties owed to it under the bidding contract (Contract A) and sued for the profits it would have realized had it been awarded Contract B. Double N had informed the City that Sureway did not own 1980 or newer equipment before Contract B was awarded but the City did not investigate. It was conceded that Contract A arose between the City and Double N. The trial judge dismissed the action and the Court of Appeal upheld that decision.

*Held* (McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The City did not accept a non-compliant bid. Although Unit 1 was manufactured in 1979, Sureway promised on the face of its bid to supply a 1980 unit as Item 1, and this is what the City accepted when it issued its Purchase Order. Sureway was obliged under the terms of its bid to supply a 1980 unit and that obligation was enforceable by the City. With respect to Item 2, the Conditions of Tender made bidders aware that not every failure to comply with the tender requirements would invalidate a bid. The absence of licence and serial numbers for the 1980 rental unit in Sureway’s bid was precisely the sort of informality which would not materially affect the price or performance of Contract B. Since the provision of licence and serial numbers was not an essential term of the tender documents in this case, they were capable of being waived by the City. The bidding process represents a commitment to comply with what is bid. The tender documents did not prevent the City from accepting a promise to provide rental equipment or equipment not previously registered with the City. Where an owner accepts only a compliant option offered by a bidder, as the City did in its Purchase Order, there is no breach of any

que « tout manquement, même partiel, peut entraîner le rejet de la soumission » et que la « Ville se réserve le droit de rejeter toute soumission et d’accepter tout vice de forme ». Dans sa soumission, Sureway Construction of Alberta Ltd. a indiqué comme machine 1 une machine de 1980 et comme machine 2 une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». La Ville a adjugé le contrat (contrat B) à Sureway et a souligné que les machines devaient être des modèles 1980. Lorsque Sureway a fait savoir par la suite qu’elle fournirait une machine de 1979, la Ville n’a pas insisté. Bien que Sureway ait finalement remplacé cette machine, elle a effectué certains des travaux avec des machines antérieures à 1980 pendant la durée du contrat de 30 mois. Double N Earthmovers Ltd., soumissionnaire rival, a soutenu que la Ville avait manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat d’appel d’offres (contrat A) et l’a poursuivie pour les profits qu’elle aurait réalisés si le contrat B lui avait été adjugé. Double N avait informé la Ville que Sureway ne possédait aucune machine de modèle 1980 ou plus récent avant l’adjudication du contrat B, mais la Ville n’a procédé à aucune vérification. Il a été reconnu qu’il y a eu formation du contrat A entre la Ville et Double N. Le juge du procès a rejeté l’action et la Cour d’appel a confirmé cette décision.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein : La Ville n’a pas accepté une soumission non conforme. Même si la machine 1 est de 1979, Sureway s’est engagée dans sa soumission à fournir comme machine 1 une machine de 1980, et c’est ce que la Ville a accepté lorsqu’elle lui a délivré le bon de commande. Sureway était tenue, selon les modalités de sa soumission, de fournir une machine de 1980, et la Ville pouvait exiger l’exécution de cette obligation. Pour ce qui est de la machine 2, les soumissionnaires savaient d’après les Conditions de l’appel d’offres que les manquements aux exigences de l’appel d’offres n’entraîneraient pas tous le rejet de leur soumission. L’absence, dans la soumission de Sureway, de numéros de série et d’enregistrement pour la machine de location de 1980 indiquée constitue précisément le type de vice de forme qui n’aurait pas d’incidence importante sur le prix ou l’exécution du contrat B. Étant donné que l’obligation de fournir les numéros de série et d’enregistrement ne constituait pas, en l’espèce, une condition essentielle des documents d’appel d’offres, elle pouvait faire l’objet d’une dispense de la part de la Ville. Le mécanisme d’appel d’offres représente l’engagement de se conformer aux modalités de la soumission. Les documents

obligation of fairness owed to other bidders. [35] [39] [41-43]

The City did not breach any duties owed to Double N by failing to investigate Sureway's bid. Since each bidder is legally obliged to comply if its bid is accepted, there is no reason why bidders would expect an owner to investigate whether a bidder will comply. There was also neither an express nor an implied obligation in the tender documents to investigate the equipment bid prior to the acceptance. To imply such a duty would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties. All bids must receive equal treatment to protect the bidding process and, to that end, an owner must weigh bids on the basis of what is actually in the bid and not on the basis of subsequently discovered information. Allegations raised by rival bidders do not compel owners to investigate the bids made by others. [49-54]

The City's pre-award negotiations did not amount to "bid shopping". The City was specifically entitled by its conditions of tender to negotiate with the lowest compliant bidder after its initial evaluation and its exercising this right was no breach of its Contract A with Double N. The relevant time in the specific condition was any time after the tenders had been opened and the context was the tendering period, not the period after acceptance. [59-60]

The City did not enter into a contract on terms other than on terms as set out in the bidding documents and accordingly did not violate any duties owed to Double N. At the moment the City communicated its acceptance of Sureway's bid to Sureway, a 1980 unit was what Sureway promised and was obliged to supply. Although Sureway was subsequently found to be deceitful with respect to Item 1, it was its intentions at the time its bid was accepted that were relevant. Further, since the City did not know of the deceit until after it had accepted Sureway's tender, there was no collusion between the City and Sureway to disregard tender terms. [65-67]

d'appel d'offres n'empêchaient pas la Ville d'accepter la promesse de fournir une machine de location ou une machine qui n'a pas encore été enregistrée auprès de la Ville. Le propriétaire qui accepte seulement une option conforme offerte par un soumissionnaire, comme la Ville l'a fait dans son bon de commande, ne manque pas à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. [35] [39] [41-43]

La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway. Les parties n'ont aucune raison de s'attendre à ce que le propriétaire vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d'acceptation de sa soumission. Il n'y avait pas non plus d'obligation expresse ou implicite dans les documents d'appel d'offres de vérifier, avant l'acceptation de la soumission, les machines proposées. Imposer une telle obligation aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses. Il faut traiter toutes les soumissions équitablement afin de protéger ce mécanisme et, à cet égard, le propriétaire doit les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. Les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les propriétaires à vérifier les autres soumissions. [49-54]

Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat ne constituent pas du marchandage de soumissions. Les conditions de l'appel d'offres confèrent expressément à la Ville le droit de négocier, après son évaluation initiale, avec le soumissionnaire conforme le moins-disant, et l'exercice de ce droit n'est pas une violation du contrat A avec Double N. La clause en question précise le moment pertinent, soit après l'ouverture des soumissions, et le contexte, soit la période de soumission et non la période ultérieure à leur acceptation. [59-60]

La Ville n'a pas passé un contrat comportant des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres et n'a donc pas manqué à ses obligations envers Double N. Au moment où sa soumission a été acceptée par la Ville, Sureway s'était engagée à fournir une machine de 1980 et c'est ce qu'elle était tenue de fournir. Même si par la suite on a conclu qu'elle avait recouru à la tromperie en ce qui concerne la machine 1, ce sont ses intentions au moment de l'acceptation de sa soumission qui sont pertinentes. Par ailleurs, comme la Ville ne s'est rendu compte de la tromperie qu'après avoir accepté la soumission de Sureway, il n'y a pas eu de collusion entre la Ville et celle-ci pour passer outre aux conditions de l'appel d'offres. [65-67]

The City did not violate its duties owed to Double N under Contract A by permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980. The owner's obligation to unsuccessful bidders, and its implied obligation to treat bidders fairly, does not survive the creation of Contract B with the successful bidder. The conduct Double N complained of — the waiver by the City of the 1980 requirement — occurred after the award of Contract B. Where an owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents, Contract A is fully performed and any obligations on the part of the owner to unsuccessful bidders have been fully discharged. Contract B is a distinct contract; the unsuccessful bidders are not privy to it. [69] [71]

*Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. (dissenting):* The City breached its obligations to Double N to accept only a compliant bid and to treat all bidders fairly and equally. [126]

The requirement that all units bid be 1980 or newer was a material term of the tender. While there is much merit to the contention that an owner should be entitled to take a submitted bid at face value, the tender documents must be carefully reviewed and considered in their totality. Here, in addition to the year of the unit, the bidder had to provide the serial number and the City registration number for that unit. Given the circumstances of this case, it was not open to the City to ignore these specifications. The City's casual approach to Sureway's bid, particularly in light of the warning it received about the bid's likely non-compliance, was unfair to other bidders who provided accurate information in accordance with the tender specifications. The obligation to accept only a compliant bid would be meaningless if it did not include the duty to take reasonable steps to ensure that the bid is compliant. Checking the equipment particulars — particulars which the City itself called for — against its own records was one such reasonable step the City was obliged to take in evaluating the bids for compliance. Had it done so, it would have readily uncovered Sureway's deceit in respect of Unit 1. [111] [114] [116]

La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N au titre du contrat A en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980. La formation du contrat B entre le soumissionnaire retenu et le propriétaire libère ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus et de son obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Ce dont se plaint Double N — la levée par la Ville de l'exigence de fournir un modèle 1980 — est survenu après la formation du contrat B. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. [69] [71]

*La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron (dissidents) :* La Ville a manqué à ses obligations envers Double N d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. [126]

L'exigence que toutes les machines soient des modèles 1980 ou plus récents est une condition essentielle de l'appel d'offres. La prétention que le propriétaire devrait pouvoir se fier aux renseignements fournis dans la soumission est certainement fondée. Toutefois, il faut examiner et évaluer attentivement les documents de soumission dans leur totalité. Ici, outre l'année de fabrication, le soumissionnaire devait fournir pour la machine le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville. Vu les circonstances de l'espèce, il n'était pas loisible à la Ville d'écarter ces renseignements. En traitant de façon désinvolte la soumission de Sureway, surtout qu'elle avait été prévenue de sa non-conformité probable, la Ville n'a pas traité équitablement les autres soumissionnaires qui ont fourni des renseignements exacts suivant les exigences précisées dans l'appel d'offres. L'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission. La vérification des renseignements concernant les machines — que la Ville avait elle-même demandés — en les comparant aux données figurant dans ses propres dossiers constitue l'une de ces mesures raisonnables qu'elle avait l'obligation de prendre lors de l'évaluation de la conformité des soumissions. Si elle avait procédé à une vérification, elle aurait rapidement découvert la tromperie de Sureway au sujet de la machine 1. [111] [114] [116]

With respect to Unit 2, Sureway's bid was, at best, ambiguous. On its face, it offered to supply a particular 1977 unit or an unidentified 1980 rental unit. The absence of any information about the proposed 1980 rental unit concerned a material condition of the tender and was not a mere informality which the City had the right to waive. The City's right to insist on compliance could not turn what was on its face a non-compliant bid into a compliant one. The integrity of the bidding process is not protected by allowing a bidder to submit a bid that is either ambiguous or deliberately misleading but compliant on its face in some respects to get rid of the competition unfairly, and then hash it out with the owner after it has been awarded the contract. By failing to insist on compliance with an essential term of the tender, the City breached its duty under Contract A to treat all bidders fairly and equally. The City cannot escape this fundamental obligation by postponing the fulfilment of its duty under Contract A to a time after Contract B has been entered into and then argue that Contract A is at an end. A variation from the essential requirements of the tender call at the time of awarding Contract B is unfair to the other bidders who could have benefited from such variation earlier in the process. [120-125]

### Cases Cited

By Abella and Rothstein JJ.

**Applied:** *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; **referred to:** *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, 2001 SCC 58; *Stanco Projects Ltd. v. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, aff'd (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

By Charron J. (dissenting)

*The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *British Columbia v. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89; *Silex Restorations Ltd. v. Strata Plan VR 2096*

En ce qui concerne la machine 2, la soumission de Sureway était pour le moins ambiguë. Elle proposait un engin de 1977 ou une machine de location de 1980 non identifiée. L'absence de tout renseignement sur la machine de location de 1980 touche à une condition essentielle de l'appel d'offres; il ne s'agissait pas d'un simple vice de forme auquel la Ville pouvait passer outre. Le droit de la Ville d'exiger le respect des conditions ne pouvait transformer une soumission à première vue non conforme en soumission conforme. On ne peut préserver l'intégrité de l'appel d'offres en permettant à un soumissionnaire de présenter une soumission soit ambiguë, soit délibérément trompeuse, mais à première vue conforme à certains égards, de se débarrasser de manière déloyale de ses concurrents, puis de discuter point par point avec le propriétaire après avoir obtenu le contrat. En n'exigeant pas le respect d'une condition essentielle de l'appel d'offres, la Ville a manqué à son obligation au titre du contrat A de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle ne peut échapper à cette obligation fondamentale en choisissant de s'acquitter de son obligation au titre du contrat A seulement après avoir formé le contrat B, puis de soutenir que le contrat A a pris fin. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui auraient pu en bénéficier au début du mécanisme. [120-125]

### Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rothstein

**Arrêts appliqués :** *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; **arrêts mentionnés :** *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, 2001 CSC 58; *Stanco Projects Ltd. c. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, conf. par (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

Citée par la juge Charron (dissidente)

*La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *British Columbia c. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89; *Silex Restorations Ltd. c. Strata Plan*

(2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376; *Graham Industrial Services Ltd. v. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5.

### Authors Cited

Goldsmith, Immanuel, and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Russell and Berger J.J.A.) (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 363 A.R. 201, 6 M.P.L.R. (4th) 25, [2005] 10 W.W.R. 1, [2005] A.J. No. 221 (QL), 2005 ABCA 104, affirming a decision of Marceau J. (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 213 A.R. 81, [1998] 6 W.W.R. 486, [1998] A.J. No. 51 (QL), 1998 ABQB 31. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron J.J. dissenting.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *I. Samuel Kravinchuk*, for the appellant.

*Darrell Lopushinsky* and *David Woo*, for the respondent the City of Edmonton.

*Shauna Miller, Q.C.*, and *Peter D. Banks*, for the respondent Sureway Construction of Alberta Ltd.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein J.J. was delivered by

ABELLA AND ROTHSTEIN J.J. —

### I. Overview

This appeal raises a number of issues relating to the “Contract A/Contract B” framework that has governed the tendering process in Canada since the decision of this Court in *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111.

A call for tenders involves a party’s (often referred to as the “owner”) requesting the submission of bids to complete a particular project. Where the parties intend to initiate contractual relations, a

VR 2096 (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376; *Graham Industrial Services Ltd. c. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5.

### Doctrine citée

Goldsmith, Immanuel, and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2006, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges McFadyen, Russell et Berger) (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 363 A.R. 201, 6 M.P.L.R. (4th) 25, [2005] 10 W.W.R. 1, [2005] A.J. No. 221 (QL), 2005 ABCA 104, qui a confirmé une décision du juge Marceau (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 213 A.R. 81, [1998] 6 W.W.R. 486, [1998] A.J. No. 51 (QL), 1998 ABQB 31. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron sont dissidents.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *I. Samuel Kravinchuk*, pour l’appelante.

*Darrell Lopushinsky* et *David Woo*, pour l’intimée la Ville d’Edmonton.

*Shauna Miller, c.r.*, et *Peter D. Banks*, pour l’intimée Sureway Construction of Alberta Ltd.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN —

### I. Survol

Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions se rapportant aux principes directeurs qui régissent au Canada la formation des contrats A et B dans le cadre des appels d’offres depuis l’arrêt *La Reine du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111.

L’appel d’offres est un mécanisme par lequel une partie (souvent le « propriétaire ») lance une invitation à présenter des soumissions en vue de la réalisation d’un projet donné. Si les parties veulent

submission in response to a call for tenders can lead to the formation of Contract A. The call for tenders is the offer by the owner to consider the bids it receives and to enter into the contract to complete the project where a bid is accepted. A bidder accepts that offer by submitting a bid that complies with the requirements set out in the tender documents. The contractual rights and obligations of the parties to Contract A are governed by the express or implied terms of the tender documents.

établir des liens contractuels, la soumission présentée en réponse à l'appel d'offres peut donner lieu à la formation d'un contrat A. En sollicitant des soumissions, le propriétaire offre d'examiner les soumissions qu'il reçoit et, s'il en accepte une, de conclure un contrat pour la réalisation du projet. Le soumissionnaire accepte cette offre en déposant une soumission conforme aux exigences formulées dans les documents d'appel d'offres. Les obligations et droits contractuels des parties au contrat A sont dictés par les conditions prévues expressément ou implicitement dans les documents d'appel d'offres.

3 A bid also constitutes an offer to enter into Contract B. This is the contract to complete the project for which bids were sought. Where a bid is accepted, the terms of the tender and bid documents become the terms and conditions of Contract B.

La soumission constitue également une offre en vue de la formation du contrat B, c'est-à-dire le contrat portant sur la réalisation du projet visé par l'appel d'offres. Si elle est acceptée, les conditions de l'appel d'offres et les modalités de la soumission deviennent les conditions du contrat B.

4 The dispute in this case arises out of circumstances that unfolded 20 years ago following a call for tenders issued by the City of Edmonton. The City sought bids on a 30-month contract to supply equipment and operators to move refuse at a waste disposal site. The tender documents issued by the City required that all equipment be 1980 or newer.

En l'espèce, le litige découle de circonstances survenues il y a 20 ans à la suite d'un appel d'offres que la ville d'Edmonton (« Ville ») a lancé en vue de l'adjudication d'un contrat de 30 mois pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à la décharge. Selon les documents d'appel d'offres de la Ville, les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents.

5 The City awarded the contract to Sureway Construction of Alberta Ltd., but permitted Sureway to supply equipment that was manufactured prior to 1980. As a result, Double N Earthmovers Ltd., a rival bidder, sued the City. It argued that the City breached the duties owed to Double N under Contract A in a number of ways and as a result, Double N is entitled to the profits it would have realized had it been awarded the contract.

La Ville a adjugé le contrat à Sureway Construction of Alberta Ltd., mais elle lui a permis d'utiliser des machines antérieures à 1980. De ce fait, Double N Earthmovers Ltd., soumissionnaire rival, a poursuivi la Ville, soutenant que celle-ci avait manqué, à plusieurs égards, à ses obligations envers elle au titre du contrat A et qu'elle avait donc droit aux profits qu'elle aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé.

6 Like the trial and appeal courts below, we find Double N's arguments unpersuasive.

Comme les tribunaux de première instance et d'appel, nous ne jugeons pas convaincants les arguments de Double N.

## II. Facts

## II. Faits

7 In June 1986, the City issued a call for tenders on a 30-month contract to supply equipment and

En juin 1986, la Ville a lancé un appel d'offres en vue de l'adjudication d'un contrat de 30 mois

operators to move refuse at a landfill site. Four pieces of equipment were initially sought; however, ultimately the City only made an award of the contract in respect of the first three pieces of equipment.

The tender documents included a four-page Tender Form, dated June 9, 1986, and three pages of equipment requirements, which were referred to in the Tender Form as the “attached specifications”.

On the face of the Tender Form, a number of requirements were set out, which may be summarized as follows:

- (1) All units had to be 1980 or newer.
- (2) Items 1 and 2 had to be a “Caterpillar D8K/D8L and Dozer or equivalent”.
- (3) Item 3 had to be a “Caterpillar 627B Motor Scraper or equivalent”.
- (4) All equipment had to comply with attached specifications.
- (5) Only local City of Edmonton contractors would be considered.
- (6) A bid bond of \$100,000 was required.

The back of the Tender Form set out certain “Conditions of Tender”. The relevant conditions will be referred to later in the analysis.

In addition, the attached specifications set out various equipment requirements. The requirement that all equipment be 1980 or newer was repeated. The equipment requirements also required that bids include:

pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à la décharge. Au départ, elle a demandé quatre machines, mais elle a finalement adjugé le contrat pour les trois premières seulement.

Les documents d’appel d’offres comprennent un formulaire de soumission de quatre pages, daté du 9 juin 1986, ainsi que trois pages qui, dans le formulaire de soumission, sont appelées « cahier des charges ci-joint » et dans lesquelles sont stipulées les exigences relatives aux machines.

Le formulaire de soumission fait état d’un certain nombre d’exigences, qui peuvent être résumées ainsi :

- (1) Toutes les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents.
- (2) Les machines 1 et 2 doivent être des « bouteurs Caterpillar D8K/D8L ou l’équivalent ».
- (3) La machine 3 doit être une « décapeuse automotrice Caterpillar 627B ou l’équivalent ».
- (4) Toutes les machines doivent être conformes au « cahier des charges ci-joint ».
- (5) Seules les soumissions des entrepreneurs locaux de la Ville seront prises en considération.
- (6) Il faut joindre un cautionnement de soumission de 100 000 \$.

Au verso du formulaire de soumission figurent certaines des « Conditions de l’appel d’offres », dont nous mentionnerons les clauses pertinentes dans l’analyse qui suit.

De plus, le « cahier des charges ci-joint » précise les diverses exigences applicables au titre des machines. Il y est répété que celles-ci doivent être des modèles 1980 ou plus récents. Les exigences susmentionnées requéraient également que les soumissionnaires donnent :

8

9

10

11

... all of the following for EACH and EVERY proposed unit:

- a. Make
- b. Model
- c. Serial Number
- d. Year of Manufacture
- e. City of Edmonton Registration License Number
- f. Cost Per Hour

12 Six bids were submitted. Bids were opened by the City on June 25, 1986. Each proposed an hourly rate for each piece of equipment described in the bid.

13 Sureway's bid for the first three items was as follows:

Item 1	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [a bulldozer]</li> <li>b) D8K</li> <li>c) 77V11997</li> <li>d) 1980</li> <li>e) D0-0060</li> </ol>	\$85.84/HR
Item 2	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [a bulldozer]</li> <li>b) D8K</li> <li>c) 77V7369</li> <li>d) 1977 or 1980 Rental Unit</li> <li>e) D0-261</li> </ol>	\$85.84/HR
Item 3	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [a motor scraper]</li> <li>b) 627B</li> <li>c) 15S1373</li> <li>d) 1980</li> <li>e) MS-030</li> </ol>	\$124.12/HR

14 With respect to Item 1, although Sureway indicated its Caterpillar bulldozer had a manufacture year of 1980, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed in fact corresponded with a Caterpillar bulldozer manufactured in 1979. With respect to Item 2, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed in fact corresponded only to a Caterpillar bulldozer manufactured in 1977.

15 After bids were opened, the City assessed the total price of each bid by multiplying the estimated hours each piece of equipment would be

[TRADUCTION] ... tous les renseignements suivants pour CHACUNE des machines :

- a. Marque
- b. Modèle
- c. Numéro de série
- d. Année de fabrication
- e. Numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton
- f. Tarif horaire

Six soumissions ont été présentées. Elles ont été ouvertes par la Ville le 25 juin 1986. Chacune proposait un tarif horaire pour chaque machine indiquée dans la soumission.

Dans sa soumission, Sureway a donné les renseignements suivants pour les trois premières machines :

[TRADUCTION]

Machine 1	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [bouteur]</li> <li>b) D8K</li> <li>c) 77V11997</li> <li>d) 1980</li> <li>e) D0-0060</li> </ol>	85,84 \$ l'heure
Machine 2	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [bouteur]</li> <li>b) D8K</li> <li>c) 77V7369</li> <li>d) 1977 ou machine de location de 1980</li> <li>e) D0-261</li> </ol>	85,84 \$ l'heure
Machine 3	<ol style="list-style-type: none"> <li>a) Caterpillar [décapeuse automotrice]</li> <li>b) 627B</li> <li>c) 15S1373</li> <li>d) 1980</li> <li>e) MS-030</li> </ol>	124,12 \$ l'heure

Pour la machine 1, Sureway a indiqué 1980 comme année de fabrication; or, selon le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville qui ont été fournis, il s'agirait en fait d'un bouteur Caterpillar de 1979. Quant à la machine 2, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville qui ont été fournis correspondent en fait à ceux d'un bouteur Caterpillar de 1977.

Après l'ouverture des soumissions, la Ville a évalué le prix total de chacune en multipliant le nombre estimatif d'heures d'utilisation de chaque

used over the life of the contract by the rates set out in the bids. Using this methodology, the four lowest bids, from the lowest to the highest, were Kerna Construction Ltd., Twin City Equipment Ltd., Sureway, and Double N. Kerna was disqualified shortly after the bids were opened because it was not a City of Edmonton contractor.

On or about July 7, 1986, the City entered into separate negotiations with each of Double N, Sureway, and Twin City. As Twin City's bid was not accompanied by a bid bond, however, it too was disqualified shortly thereafter.

This left the bids of Sureway and Double N. Sureway's bid was lower.

Sureway was told by the City that it "would probably" get the contract if it could supply Item 3, the motor scraper, at the rate bid by Twin City. As a result, Sureway reduced its rate for Item 3.

In its meeting with the City, Double N also agreed to lower its bid; however, the evidence of a City official was that even with the revisions it had made, Double N's bid was higher than Sureway's.

Double N's principal believed that Sureway did not own any 1980 or newer equipment and told the City of his suspicions on July 7, 1986, and on several prior occasions. The response of City officials was that since Sureway had bid 1980 equipment, the City would be entitled to insist that Sureway supply 1980 equipment.

On August 18, 1986, the City Executive Committee approved awarding the contract to Sureway. A Purchase Order was issued to Sureway the same day. Work was to commence on September 1, 1986.

Sureway was required to register its equipment with the City prior to the September 1 start date so that the City could set up an account for Sureway.

machine pendant la durée du contrat par les tarifs horaires indiqués dans les soumissions. C'est ainsi qu'elle a dressé la liste des quatre soumissionnaires les moins-disants : par ordre croissant, Kerna Construction Ltd., Twin City Equipment Ltd., Sureway et Double N. Peu après l'ouverture des soumissions, Kerna a été écartée, car ce n'était pas un entrepreneur de la Ville.

Le 7 juillet 1986 ou vers cette date, la Ville a entamé des négociations distinctes avec Double N, Sureway et Twin City. Toutefois, comme Twin City n'avait pas joint à sa soumission un cautionnement de soumission, elle a été également écartée peu après.

Il restait donc les soumissions de Sureway et de Double N. Celle de Sureway était plus basse.

Sureway a été informée par la Ville qu'elle obtiendrait « probablement » le contrat si elle pouvait fournir la machine 3, la décapeuse automotrice, au même tarif que Twin City. C'est ainsi que Sureway a réduit son tarif pour cette machine.

Lors de sa rencontre avec les représentants de la Ville, Double N a également accepté de réduire son tarif. Toutefois, selon le témoignage d'un représentant de la Ville, sa soumission, même une fois révisée, était quand même plus élevée que celle de Sureway.

Selon le représentant de Double N, Sureway ne possédait aucune machine de modèle 1980 ou plus récent. Il a fait part de ses soupçons à la Ville le 7 juillet 1986 et à plusieurs occasions auparavant. Les représentants de la Ville ont répondu que, comme Sureway avait proposé des machines de 1980 dans sa soumission, la Ville serait en droit d'exiger qu'elle fournisse des machines de 1980.

Le 18 août 1986, le comité exécutif de la Ville a approuvé l'adjudication du contrat à Sureway. Un bon de commande lui a été délivré le jour même. Les travaux devaient commencer le 1<sup>er</sup> septembre 1986.

Sureway devait enregistrer ses machines auprès de la Ville avant la date de début des travaux fixée au 1<sup>er</sup> septembre pour que celle-ci puisse ouvrir un

16

17

18

19

20

21

22

On August 28, Sureway's representatives attempted to register bulldozers manufactured in 1979 and 1977 as Items 1 and 2 of the contract.

23 As a result, City officials called a meeting with Sureway on August 29. The evidence showed that the City officials were angered that Sureway intended to register equipment manufactured prior to 1980. As the trial judge stated, the "reaction of [the City officials] recorded at the August 29th meeting is ample evidence that in the mind of those from the City . . . a contract had been entered into for 1980 units or newer" ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, at para. 53).

24 At the August 29th meeting, the City insisted on compliance with the 1980 requirement and Sureway agreed that its equipment would be upgraded to 1980 equipment within 30 days. This was documented in memoranda prepared by City officials.

25 In a subsequent letter dated September 5, however, Sureway said that it had "explored all avenues", and that it would be supplying the 1979 unit specified in its bid documents. The City did not pursue the matter further. As reflected in an internal memorandum dated September 9, City officials decided that "this file to be allowed to lie peacefully".

26 A 1980 bulldozer was purchased by Sureway by October 1986. Nevertheless, some of the work was performed by pre-1980 equipment through the duration of the 30-month contract.

27 Double N sued the City for breach of contract. The City brought Sureway into the action by way of a third party notice.

28 At trial, Marceau J. dismissed Double N's claim. He found that Sureway's bid was compliant, and that Contract B came into being when the City accepted Sureway's tender on August 18, 1986. He found no duty on the part of the City to investigate Sureway's tender. Nor did he find that the City

compte pour elle. Le 28 août, les représentants de Sureway ont tenté d'enregistrer comme machines 1 et 2 du contrat des boteurs de 1979 et 1977.

Les représentants de la Ville ont alors convoqué Sureway à une rencontre le 29 août. Selon la preuve, ils étaient très mécontents que Sureway ait voulu enregistrer des machines antérieures à 1980. Comme l'a déclaré le juge de première instance, [TRADUCTION] « les propos tenus [par les représentants de la Ville] et enregistrés à la rencontre du 29 août montrent clairement que ceux-ci [. . .] croyaient avoir conclu un contrat portant sur des modèles 1980 ou plus récents » ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, par. 53).

À la rencontre du 29 août, les représentants de la Ville ont souligné que les machines devaient être des modèles 1980, et Sureway a accepté de remplacer les siennes par des modèles 1980 dans un délai de 30 jours. Ces renseignements sont consignés dans des notes de service des représentants de la Ville.

Toutefois, dans une lettre ultérieure du 5 septembre, Sureway a fait savoir qu'elle avait [TRADUCTION] « examiné toutes les possibilités » et qu'elle fournirait la machine de 1979 indiquée dans ses documents de soumission. La Ville n'a pas insisté. Il ressort d'une note interne du 9 septembre que les représentants de la Ville ont décidé de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ».

En octobre 1986, Sureway a fait l'acquisition d'un boteur de 1980. Elle a cependant effectué certains des travaux avec des machines antérieures à 1980 pendant la durée du contrat de 30 mois.

Double N a poursuivi la Ville pour rupture de contrat. Celle-ci a alors impliqué Sureway dans la poursuite par voie d'avis de mise en cause.

Au procès, le juge Marceau a rejeté les allégations de Double N. À son avis, la soumission de Sureway était conforme et le contrat B a été formé lorsque la Ville a accepté la soumission de Sureway le 18 août 1986. Selon lui, la Ville n'avait aucunement l'obligation de vérifier la soumission

was in breach of Double N's Contract A by deciding, after accepting Sureway's bid, to let Sureway use equipment older than 1980. In the trial judge's view, all the Contract A's came to an end upon the valid formation of Contract B with Sureway, and the City could not be liable to Double N for its post-Contract B dealings with Sureway.

Double N appealed to the Court of Appeal of Alberta. Its appeal was dismissed unanimously: (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104. Russell J.A., on behalf of the court, agreed with the trial judge that Sureway's bid was compliant on its face, and that an owner is not subject to a duty to investigate suspicions of potential non-compliance. Russell J.A. also rejected Double N's argument that the City's Contract A obligations with an unsuccessful bidder could survive the formation of Contract B with a compliant bidder.

### III. Analysis

As was reiterated by this Court in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, the express terms set out in the tender documents govern Contract A. However, Contract A may also contain certain implied terms if they meet the test for implied terms set out by this Court in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711: para. 27 of *M.J.B. Enterprises*. Implied terms can be based on the existence of any of: (1) custom; (2) the legal incidents of a particular class or kind of contract; or (3) the presumed intentions of the parties, where the term is necessary to give business efficacy to a contract.

In *M.J.B. Enterprises*, Iacobucci J. discussed the application of the third branch of that test to the tendering context:

de Sureway et elle n'a pas enfreint le contrat A avec Double N en permettant à Sureway, après avoir accepté la soumission de celle-ci, d'utiliser des machines antérieures à 1980. De l'avis du juge de première instance, tous les contrats A se sont éteints au moment de la formation en bonne et due forme du contrat B avec Sureway, et la Ville ne saurait être tenue responsable envers Double N pour ses transactions avec Sureway après la formation du contrat B.

Double N a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté son appel à l'unanimité : (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104. Le juge Russell, au nom de la cour, convient avec le juge de première instance que la soumission de Sureway était conforme à première vue et que le propriétaire n'a pas l'obligation de vérifier des soupçons de non-conformité. Il a également rejeté l'argument de Double N que la conclusion du contrat B entre la Ville et le soumissionnaire conforme peut ne pas libérer la Ville de ses obligations au titre du contrat A envers un soumissionnaire non retenu.

### III. Analyse

Comme la Cour l'a réitéré dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, les conditions stipulées expressément dans les documents d'appel d'offres régissent le contrat A. Toutefois, le contrat A peut aussi contenir des conditions implicites si elles satisfont au critère énoncé à cet égard par la Cour dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711 (par. 27 de *M.J.B. Enterprises*). Les conditions implicites peuvent être fondées sur l'existence de l'un des éléments suivants : (1) la coutume; (2) les particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrats; (3) l'existence d'une intention présumée des parties, lorsque la condition est nécessaire pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale.

Dans *M.J.B. Enterprises*, le juge Iacobucci a examiné l'application du troisième volet de ce critère à l'appel d'offres :

29

30

31

What is important . . . 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 the part of either party, an implied term may not be found on this basis. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 29.]

Applying those principles, this Court in *M.J.B. Enterprises* recognized an implied term in Contract A that an owner will only accept a compliant bid.

32 In *Martel*, this Court recognized an additional implied obligation on the part of owners to treat all bids “fairly and equally”. This had the necessary “obviousness” to meet the threshold in *Canadian Pacific Hotels*, since contractors would not likely spend the requisite time and money on a bid without expecting that each bid would be treated fairly: *Martel*, at para. 88.

33 Sureway and the City concede that Double N submitted a bid that complied with the tender requirements, and thus Contract A arose between the City and Double N.

34 Before this Court, Double N asserted that the City breached the duties it owed to Double N under Contract A by:

- (1) accepting Sureway’s non-compliant bid;
- (2) failing to investigate Sureway’s bid;
- (3) engaging in impermissible “bid shopping”;
- (4) awarding the contract to Sureway on terms other than those set out in the tender documents; and
- (5) permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980.

Ce qui importe [. . .] 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 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. [Nous soulignons; soulignement dans l’original omis; par. 29.]

Appliquant ces principes, la Cour a reconnu dans *M.J.B. Enterprises* que le contrat A comportait la condition implicite que le propriétaire accepterait uniquement une soumission conforme.

Dans *Martel*, la Cour a reconnu qu’il y avait aussi une obligation implicite de la part des propriétaires de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d’égalité ». Cette obligation implicite comportait le degré d’« évidence » jugé nécessaire dans *Société hôtelière Canadien Pacifique*, puisqu’il est peu probable que des entrepreneurs investissent temps et argent dans une soumission s’ils ne s’attendent pas à ce que toutes les soumissions soient traitées équitablement : *Martel*, par. 88.

Sureway et la Ville reconnaissent que Double N a présenté une soumission conforme aux exigences de l’appel d’offres et qu’il y a donc eu formation du contrat A entre la Ville et Double N.

Devant la Cour, Double N a soutenu que la Ville avait manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat A :

- (1) en acceptant la soumission non conforme de Sureway;
- (2) en ne vérifiant pas la soumission de Sureway;
- (3) en se livrant à un marchandage de soumission inadmissible;
- (4) en adjugeant le contrat à Sureway à des conditions autres que celles figurant dans les documents d’appel d’offres;
- (5) en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980.

A. *Did the City Accept a Non-Compliant Bid?*

In the courts below, Double N's argument concerning the compliance of Sureway's bid appears to have related solely to the representation by Sureway that the unit it tendered for Item 1 was manufactured in 1980 when in fact it was manufactured in 1979. On the face of its bid, Sureway promised to supply a 1980 Caterpillar D8K as Item 1. That is what the City accepted when it issued its Purchase Order. Sureway was obliged under the terms of its bid to supply a 1980 unit and that obligation was enforceable by the City. Double N cannot successfully argue that Item 1 of Sureway's bid was non-compliant.

In this Court, Double N's argument centred on Item 2 of Sureway's bid. With respect to Item 2, Sureway promised to provide a "1977 or 1980 Rental Unit". Double N interprets Sureway's bid as offering the City two alternatives, something which Double N appears to concede was not prohibited by the tender documents. Double N argues that the 1977 unit was not compliant on its face, but that the alternative 1980 unit was also not compliant because the bid did not contain the specifications for that machine that were required to be supplied for each proposed unit.

Sureway's offer of the "1980 Rental Unit" must be read in the full context of the particulars provided under Item 2. In doing so, it is apparent that the make, model and cost per hour listed by Sureway with respect to Item 2 applied to the 1980 rental unit. Thus, the 1980 rental unit was, on its face, promised to be a 1980 Caterpillar D8K, available at a cost of \$85.84 per hour. However, as Sureway's bid indicated that it would rent the unit if its bid was accepted, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed with respect to Item 2 could not apply.

A. *La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme?*

Pour ce qui est de la conformité de la soumission de Sureway, Double N semble avoir fondé son argumentation devant les tribunaux d'instance inférieure uniquement sur le fait que Sureway a indiqué 1980, au lieu de 1979, comme date de fabrication pour la machine 1. Selon ce qui ressort de sa soumission, Sureway s'est engagée à fournir comme machine 1 un Caterpillar D8K de 1980. C'est ce que la Ville a accepté lorsqu'elle lui a délivré le bon de commande. Sureway était tenue, selon les modalités de sa soumission, de fournir une machine de 1980, et la Ville pouvait exiger l'exécution de cette obligation. Double N ne peut soutenir que la machine 1 dans la soumission de Sureway n'était pas conforme.

Devant la Cour, l'argumentation de Double N est axée sur la machine 2 indiquée dans la soumission de Sureway. À cet égard, Sureway s'est engagée à fournir une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». Selon l'interprétation de Double N, Sureway a offert deux possibilités à la Ville dans sa soumission, ce qui, comme semble le reconnaître Double N, n'était pas interdit d'après les documents d'appel d'offres. Double N soutient que non seulement la machine de 1977 n'était pas conforme de prime abord, mais encore que la machine de remplacement de 1980 ne l'était pas non plus puisque la soumission n'indiquait pas pour cette machine les renseignements qui étaient demandés pour chaque machine.

Il faut examiner l'offre de Sureway — fournir une « machine de location de 1980 » —, selon l'ensemble des renseignements fournis pour la machine 2. Il devient alors évident que la marque, le modèle et le tarif horaire donnés par Sureway se rapportent à la machine de location de 1980. Par conséquent, celle-ci devait être, à première vue, un Caterpillar D8K de 1980 offert au tarif horaire de 85,84 \$. Cependant, comme Sureway a indiqué dans sa soumission qu'elle louerait la machine si sa soumission était acceptée, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville indiqués pour la machine 2 ne pouvaient s'appliquer.

35

36

37

38 The tender documents required that serial numbers and City of Edmonton licence registration numbers be provided for each and every piece of equipment bid. Condition 17 of the Conditions of Tender provided:

Bidders are advised that all the instructions to Bidders and Conditions of Tender (as supplemented herein) must be strictly complied with and failure to do so either in whole or in part may invalidate the bid in question. [Emphasis added.]

39 Bidders accordingly were made aware that not every failure to comply with the tender requirements would invalidate a bid. Condition 17 must be read in harmony with Condition 7, which permitted the City to “waive any informality” in a tender:

The City reserves the right to reject any and all Tenders, and to waive any informality therein, to award by item or class. The lowest or any Tender may not necessarily be accepted.

40 In our view, the absence of licence and serial numbers for the rental unit are precisely the sort of informality Condition 7 was designed to address.

41 Generally, an informality would be something that did not materially affect the price or performance of Contract B. The absence of serial numbers and the licence registration numbers cannot be said to affect materially the price or performance of Contract B. In this case, it would have been obvious to bidders that the provision of licence and registration numbers was not an essential term of the tender documents, and were therefore capable of being waived by the City. This is because it would have been impossible for any bidder to supply a City of Edmonton licence registration number for Item 4, as the City had never previously registered that type of equipment in the past. Indeed, the evidence shows that City officials did not view the provision of licence and serial numbers as a material condition of the tender. A City official testified that

Il est précisé dans les documents d’appel d’offres qu’il faut fournir, pour chaque machine indiquée dans la soumission, le numéro de série et le numéro d’enregistrement délivré par la Ville. La clause 17 des Conditions de l’appel d’offres est ainsi libellée :

[TRADUCTION] Avis est donné aux soumissionnaires que toutes les instructions aux soumissionnaires et les Conditions de l’appel d’offres (auxquelles s’ajoutent les renseignements ci-joints) doivent être respectées à la lettre et tout manquement, même partiel, peut entraîner le rejet de la soumission en question. [Nous soulignons.]

Ainsi, les soumissionnaires savaient que les manquements aux exigences de l’appel d’offres n’entraîneraient pas tous le rejet de leur soumission. Il faut interpréter la clause 17 dans le contexte de la clause 7, qui autorise la Ville à [TRADUCTION] « accepter tout vice de forme » dans une soumission :

[TRADUCTION] La Ville se réserve le droit de rejeter toute soumission et d’accepter tout vice de forme y figurant pour adjuger le contrat par article ou catégorie. La soumission la plus basse ou toute autre soumission ne sera pas nécessairement retenue.

À notre avis, l’absence de numéros de série et d’enregistrement pour la machine de location constitue précisément le type de vice de forme dont il est question dans la clause 7.

En général, un vice de forme n’aurait pas d’incidence importante sur le prix ou l’exécution du contrat B. On ne peut dire que l’absence de numéros de série et d’enregistrement a une incidence importante sur le prix ou l’exécution du contrat B. En l’espèce, il aurait été manifeste pour les soumissionnaires que l’obligation de fournir les numéros de série et d’enregistrement ne constituait pas une condition essentielle des documents d’appel d’offres et qu’elle pouvait donc faire l’objet d’une dispense de la part de la Ville. La raison en est qu’il aurait été impossible pour les soumissionnaires de fournir pour la machine 4 un numéro d’enregistrement délivré par la Ville, car celle-ci n’avait jamais auparavant enregistré de machine de ce type. En fait, il ressort de la preuve que les représentants de la Ville ne considéraient pas comme

the request for equipment particulars was included solely to enable him more conveniently to access information about the equipment and to proceed with registration, after a bid was accepted.

Double N's argument is that Sureway's bid in respect of the 1980 rental unit "amounts to nothing more than a representation that 'Sureway will comply'". But that is in the nature of the bidding process; it represents a commitment to comply with what is bid. We do not construe the tender documents as preventing the City from accepting a promise to provide rental equipment, or indeed, equipment that had not been previously registered with the City.

The City's Purchase Order constituted the City's acceptance. In the Purchase Order, the City specified the acceptance of three pieces of equipment and stated: "All above as per specifications previously submitted" and "All conditions of the tender specifications dated June 09, 1986 will apply." As one of the specifications of the Tender Form dated June 9, 1986 was that all equipment be 1980 or newer, in our view, the Purchase Order can be construed as the City's acceptance of the 1980 rental unit offered in Item 2 of Sureway's bid. Where an owner accepts only a compliant option offered by a bidder, there is no breach of any obligation of fairness owed to other bidders.

Further, according to the express terms of the tender documents, the City had the right to accept parts of a bid. Condition 7, set out above, permitted the City to award by item or class. The Tender Form also contained notations that indicated that the City would not necessarily accept all units bid by a bidder:

une condition essentielle de l'appel d'offres l'obligation de fournir les numéros de série et d'enregistrement. Selon le témoignage d'un représentant de la Ville, la demande de détails sur les machines avait pour seul but de lui permettre de plus facilement avoir accès aux renseignements les concernant et procéder à l'enregistrement, après l'acceptation d'une soumission.

Double N a soutenu que la soumission de Sureway concernant la machine de location de 1980, [TRADUCTION] « n'est en fait que l'affirmation que "Sureway se conformera aux exigences" ». Mais c'est la nature même de l'appel d'offres; il s'agit de l'engagement de se conformer aux modalités de la soumission. Selon notre interprétation, les documents d'appel d'offres n'empêchent pas la Ville d'accepter la promesse de fournir une machine de location, voire une machine qui n'a pas encore été enregistrée auprès de la Ville.

Le bon de commande de la Ville représente son acceptation. La Ville y a spécifié l'acceptation de trois machines et déclaré : [TRADUCTION] « Toutes les machines susmentionnées doivent être conformes au cahier des charges déjà présenté » et « Toutes les conditions du cahier des charges de l'appel d'offres du 9 juin 1986 s'appliquent. » Étant donné que le formulaire de soumission du 9 juin 1986 précisait que toutes les machines devaient être des modèles 1980 ou plus récents, nous estimons que le bon de commande peut être considéré comme l'acceptation par la Ville de la machine de location de 1980 que Sureway a proposée comme machine 2 dans sa soumission. Le propriétaire qui accepte seulement une option conforme offerte par un soumissionnaire ne manque pas à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

Par ailleurs, selon les conditions stipulées expressément dans les documents d'appel d'offres, la Ville avait le droit d'accepter une soumission en partie seulement. La clause 7, énoncée ci-dessus, donnait à la Ville le droit d'adjudication par article ou catégorie. En outre, le formulaire de soumission renfermait des indications selon lesquelles la Ville n'accepterait pas nécessairement toutes les machines proposées par un soumissionnaire :

42

43

44

Equipment items 1 and 2 and/or 4 must be provided by single contractor.

Preference may be given to contractor able to supply total equipment requested.

The City exercised its power to award by item or class in declining to make an award of Item 4. In our view, choosing the compliant 1980 rental unit offered by Sureway was also within the City's right to award by item or class.

45 For these reasons, we conclude that the City did not breach any duties owed to Double N in accepting Sureway's bid for Items 1, 2 and 3.

B. *Did the City Have a Duty to Investigate Sureway's Bid?*

46 Double N submits that the City had a duty to investigate whether the equipment Sureway bid in fact met the City's specifications. Double N argues that a check of the serial number provided for Item 1 against the serial numbers of units registered in the City's database would have revealed that the unit bid in respect of Item 1 was in fact manufactured in 1979, not 1980. According to Double N, "[f]air and equal treatment requires that pertinent records on file with the City should be reviewed when evaluating the bids." In addition, Double N argues that through its complaints, it had made the City aware of the need to investigate the equipment Sureway bid.

47 In support of the existence of a duty to investigate, Double N pointed to the City's right to inspect equipment provided in the tender documents. Clause 11 of the Equipment Requirements provided:

Equipment Inspection: Tendered equipment will be subject to inspection . . . for compliance [with] safety standards, landfill usage, and compliance with the Hired Equipment Rental Agreement.

[TRANSDUCTION] Les machines 1, 2 et/ou 4 doivent être fournies par le même entrepreneur.

La préférence peut être accordée à l'entrepreneur qui est en mesure de fournir l'ensemble des machines demandées.

La Ville a exercé son pouvoir d'adjudication par article ou catégorie en refusant de passer un contrat pour la machine 4. Nous estimons qu'il était de son droit d'adjudication par article ou catégorie de choisir la machine de location de 1980 conforme proposée par Sureway.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en acceptant la soumission de Sureway pour les machines 1, 2 et 3.

B. *La Ville avait-elle l'obligation de vérifier la soumission de Sureway?*

Double N soutient que la Ville avait l'obligation de vérifier si les machines proposées par Sureway étaient vraiment conformes aux exigences de la Ville. Elle fait valoir que la vérification dans la base de données de la Ville du numéro de série fourni pour la machine 1 aurait révélé que celle-ci a été en fait fabriquée en 1979 et non en 1980. Selon Double N, [TRANSDUCTION] « [p]our que les soumissionnaires soient traités équitablement et sur un pied d'égalité, il faudrait que les dossiers pertinents détenus par la Ville soient examinés lors de l'évaluation des soumissions. » En outre, Double N a soutenu que ses plaintes ont permis à la Ville de prendre conscience de la nécessité de vérifier les machines proposées par Sureway.

Pour démontrer l'existence de l'obligation de procéder à une vérification, Double N a signalé le droit de la Ville d'inspecter le matériel, lequel est prévu dans les documents d'appel d'offres. La clause 11 des Exigences relatives aux machines dispose :

[TRANSDUCTION] Inspection : Toute machine proposée peut faire l'objet d'une inspection [. . .] visant à vérifier si elle est conforme aux normes de sécurité, si elle est adaptée pour être utilisée à la décharge et si les conditions de l'accord de location de la machine sont respectées.

This clause, however, provides a right to inspect, but does not impose a duty to do so. Moreover, the type of inspection contemplated in this clause would not necessarily reveal the date of manufacture of a unit. Thus, this clause is of no assistance to Double N.

Double N also made reference to Condition 9 of the Conditions of Tender which provided:

The material delivered under this request for Tender shall remain the property of the successful Bidder until a physical inspection and actual usage of this material and/or service is made and thereafter accepted to the satisfaction of the City and must comply with the terms herein and be fully in accord with the specifications and of the highest quality. In the event the material and/or service supplied to the City is found to be defective or does not conform to specifications, the City reserves the right to cancel the order, or part thereof, upon written notice to the successful Bidder and return the product, or part thereof, to the successful Bidder at the successful Bidder's expense. [Emphasis added.]

Again, conferring a right to inspect is not equivalent to imposing a duty to investigate. Moreover, Condition 9 is couched in terms of *cancelling* a purchase order. Thus, it implies that equipment bid would only be checked for compliance with the specifications *after* the contract was awarded.

As there was no express obligation to investigate the equipment bid prior to acceptance, the question is whether there is an implied term to do so.

We do not think there is an implied duty requiring an owner to investigate to see if bidders will really do what they promised in their tender. We agree with Russell J.A.'s observation on behalf of the Court of Appeal, that:

To impose a duty on owners to investigate whether a bidder will comply with the terms of its bid would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties. [para. 36]

Cette clause prévoit toutefois le droit, mais non l'obligation, de procéder à une inspection. En outre, le type d'inspection qui y est envisagée ne révélerait pas nécessairement la date de fabrication du modèle. Ainsi, cette clause n'aide en rien Double N.

Double N a également mentionné la clause 9 des Conditions de l'appel d'offres, qui prévoit :

[TRADUCTION] Le matériel fourni aux termes du présent appel d'offres demeure la propriété du soumissionnaire retenu jusqu'à ce qu'il y ait inspection et utilisation du matériel et/ou du service et que la Ville les juge satisfaisants. Ils doivent être conformes aux conditions stipulées dans les présentes, respecter en tous points le cahier des charges et être de la plus haute qualité. Si elle juge inacceptables ou non conformes au cahier des charges le matériel et/ou le service qui lui sont fournis, la Ville se réserve le droit d'annuler la commande, en tout ou en partie, sur avis écrit au soumissionnaire retenu, et de lui retourner, aux frais de ce dernier, le produit ou une partie du produit. [Nous soulignons.]

Là encore, il ne faut pas confondre conférer le droit d'inspecter et imposer l'obligation de procéder à une vérification. En outre, la clause 9 est libellée de manière à permettre l'*annulation* d'un bon de commande, ce qui laisse entendre que c'est seulement *après* l'adjudication du contrat qu'on vérifie si le matériel proposé est conforme au cahier des charges.

Comme il n'y avait pas d'obligation expresse de vérifier, avant l'acceptation de la soumission, les machines proposées, il faut se demander s'il existe une obligation implicite de le faire.

À notre avis, le propriétaire n'est pas implicitement tenu de vérifier si les soumissionnaires respecteront vraiment les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission. Nous approuvons le commentaire suivant fait par le juge Russell au nom de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Imposer aux propriétaires l'obligation de vérifier si les soumissionnaires respecteront les modalités de leurs soumissions aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses. [par. 36]

48

49

50

51 The notion that an owner is expected to investigate bids falls well short of the necessary “obviousness” to form part of the presumed intentions of the “actual parties”: *M.J.B. Enterprises*, at para. 29 (emphasis deleted). There is no reason why the parties would expect an owner to investigate whether a bidder will comply, when each bidder is legally obliged to comply in the event its bid is accepted. Whether or not the bidder is, at the time of tender, capable of performing as promised is irrelevant in light of the bidder’s legal obligation to do so once its bid is accepted.

52 The duty of “fairness and equality” was recognized in *Martel* in part because it was thought to be “consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process” (para. 88 (emphasis added)). Double N’s focus instead is with the integrity of the *bidders*. The bidding *process*, by contrast, is fully protected by an obligation that all bids receive equal treatment. The best way to make sure that all bids receive the same treatment is for an owner to weigh bids on the basis of what is actually in the bid, not to weigh them on the basis of subsequently discovered information.

53 Finally, contrary to Double N’s suggestions, allegations raised by rival bidders do not compel owners to investigate the bids made by others. This would encourage unwarranted and unfair attacks by rival bidders and invite unequal treatment of bidders by owners. This would frustrate, rather than enhance, the integrity of the bidding process.

54 For these reasons, we conclude that the City did not breach any duties owed to Double N by failing to investigate Sureway’s bid.

L’idée que le propriétaire doit vérifier les soumissions est bien loin de comporter le degré d’« évidence » nécessaire pour faire partie des intentions présumées des « parties elles-mêmes » (*M.J.B. Enterprises*, par. 29 (soulignement omis)). Les parties n’ont aucune raison de s’attendre à ce que le propriétaire vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d’acceptation de sa soumission. Il importe peu que le soumissionnaire puisse ou non, au moment de la présentation de sa soumission, respecter ses engagements étant donné qu’il a l’obligation en droit de le faire au moment de l’acceptation de sa soumission.

L’obligation de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d’égalité » a été reconnue dans *Martel*, en partie parce qu’elle a été jugée « compatible avec l’objectif de protéger et de promouvoir l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres » (par. 88 (nous soulignons)). Double N insiste plutôt sur l’intégrité des *soumissionnaires*. Quant au *mécanisme* d’appel d’offres, il est entièrement protégé par l’obligation de traiter toutes les soumissions équitablement. Le meilleur moyen pour le propriétaire de s’assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d’après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement.

Enfin, contrairement à ce qu’a laissé entendre Double N, les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les propriétaires à vérifier les autres soumissions. Une telle pratique encouragerait des attaques injustifiées et injustes de la part de soumissionnaires rivaux et amènerait les propriétaires à traiter les soumissionnaires de manière inéquitable. L’intégrité du mécanisme d’appel d’offres s’en trouverait compromise au lieu d’être affermie.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n’a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway.

C. *Did the City Engage in Impermissible “Bid Shopping”?*

Double N says that the City’s pre-award negotiations with Double N and with Sureway amounted to “bid shopping”. In Double N’s submission, these negotiations sufficiently flawed the tender process that it must be set aside. It makes the argument for the first time in this Court, leaving us without the assistance of prior judicial findings.

In *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, 2001 SCC 58, at para. 9, the Court quoted a definition of bid shopping that described the practice as follows:

... “the practice of soliciting a bid from a contractor, with whom one has no intention of dealing, and then disclosing or using that in an attempt to drive prices down amongst contractors with whom one does intend to deal” . . . .

Other courts have described bid shopping somewhat more broadly, as “conduct where a tendering authority uses the bids submitted to it as a negotiating tool, whether expressly or in a more clandestine way, before the construction contract has been awarded”: see *Stanco Projects Ltd. v. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, at para. 100, aff’d (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

In support of its argument that the tender documents prohibited what occurred, Double N referred to these words of Iacobucci J. in *M.J.B. Enterprises*: “The rationale for the tendering process, as can be seen from these documents, is to replace negotiation with competition” (para. 41). But *M.J.B. Enterprises* makes clear that the tender documents control the contractual obligations of the parties to a tender, and Iacobucci J.’s observations were based on the particular documents in that case.

C. *La Ville s’est-elle livrée à un « marchandage de soumissions » inadmissible?*

Double N soutient que les négociations que la Ville a entreprises avec elle et Sureway avant l’adjudication du contrat constituent en fait du marchandage de soumissions. À son avis, ces négociations ont suffisamment entaché le mécanisme pour qu’il soit annulé. Comme elle a soulevé cet argument pour la première fois devant la Cour, nous ne pouvons nous inspirer des conclusions tirées par les instances inférieures.

Dans *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, 2001 CSC 58, par. 9, la Cour a cité la définition suivante du marchandage de soumissions :

... le [TRADUCTION] « marchandage de soumissions consiste à solliciter une soumission auprès d’un entrepreneur avec lequel on n’a pas l’intention de traiter, et à utiliser ou à divulguer ensuite cette soumission dans le but d’inciter les entrepreneurs avec lesquels on a effectivement l’intention de traiter à baisser leurs prix » . . .

D’autres tribunaux ont donné une définition plus générale du marchandage de soumissions, le décrivant comme [TRADUCTION] « la pratique de l’administration adjudicative d’utiliser, ouvertement ou non, comme outils de négociation avant l’adjudication du contrat de construction les soumissions reçues » : voir *Stanco Projects Ltd. c. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, par. 100, conf. par (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

À l’appui de son argument que les documents d’appel d’offres interdisent ce qui s’est passé, Double N a cité les propos suivants du juge Iacobucci dans *M.J.B. Enterprises* : « 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 » (par. 41). Il ressort toutefois clairement de cet arrêt que les documents d’appel d’offres déterminent la portée des obligations contractuelles des parties à un appel d’offres et les observations du juge Iacobucci reposaient sur les documents particuliers visés dans cette affaire.

55

56

57

58 In this case, by contrast, the documents clearly indicated that some measure of negotiation was anticipated. Condition 25 provided:

Changes in Tenders will not be permitted after the Tenders have been opened, unless negotiated with the lowest evaluated Tenderer.

59 “[L]owest evaluated tender” was not defined in the tender documents. However, it cannot, as Double N submitted orally, refer only to a tender that has been accepted. Had that been the intention, it would have been a simple matter for the condition to expressly say so. On the contrary, the relevant time in Condition 25 is anytime “after the Tenders have been opened” and the context is the tendering period, not the period after acceptance. While negotiated changes may occur after acceptance, the condition certainly does not preclude negotiated changes before when obligations have not yet become binding, which is the more likely time when such negotiations would take place. In the absence of a definition, the meaning of the words “lowest evaluated tender”, read in conjunction with the implied requirement that the City only accept a compliant tender, refers to the tender’s offering compliant units at the lowest evaluated total price anytime after the evaluation.

60 Accordingly, pursuant to Condition 25, the City was specifically entitled to negotiate with Sureway, which was the lowest bidder offering compliant units after the City’s initial evaluation. It was no breach of the City’s Contract A with Double N for it to have exercised a right specifically conferred by Condition 25.

61 If the City can be criticized at all, it was not in its negotiations with Sureway, but rather with Double N. Since Double N was not the lowest evaluated tender, an argument can be made that the City ought not to have negotiated with Double N. However, since Double N has no basis for complaining about a breach that was to its benefit, this breach is of no assistance to Double N.

Par contre, en l’espèce, les documents indiquent clairement qu’il y aurait certaines négociations. En effet, la clause 25 prévoit :

[TRADUCTION] Aucun changement ne pourra être apporté aux soumissions après leur ouverture, à moins d’avoir été négocié avec le soumissionnaire ayant présenté la soumission jugée la plus basse.

L’expression « soumission jugée la plus basse » n’est pas définie dans les documents d’appel d’offres. Toutefois, elle ne peut pas, comme l’a soutenu de vive voix Double N, se rapporter uniquement à une soumission qui a été acceptée. En effet, si telle avait été l’intention, il aurait été simple de le préciser expressément dans la condition. Au contraire, la clause 25 précise à quel moment il ne sera plus possible de modifier les soumissions, soit « après leur ouverture », et dans quel contexte, soit la période de soumission et non la période ultérieure à leur acceptation. Des changements négociés peuvent être apportés après l’acceptation de la soumission, mais la clause n’empêche certes pas de négocier des changements avant que les obligations ne lient les parties, moment où il serait plus vraisemblable que de telles négociations aient lieu. En l’absence de définition, l’expression « soumission jugée la plus basse » s’entend, compte tenu de l’exigence implicite que la Ville accepte uniquement les soumissions conformes, de l’offre de fournir des machines conformes au prix total jugé le plus bas suivant l’évaluation.

Par conséquent, selon la clause 25, la Ville a expressément le droit de négocier avec Sureway, le soumissionnaire le moins-disant qui offre des machines conformes après l’évaluation initiale effectuée par la Ville. Celle-ci n’a pas enfreint le contrat A avec Double N en exerçant un droit que lui confère expressément la clause 25.

S’il y a lieu de critiquer la Ville, c’est non pas à cause de ses négociations avec Sureway, mais plutôt à cause de ses négociations avec Double N. En effet, étant donné que Double N n’était pas le soumissionnaire le moins-disant, on peut soutenir que la Ville n’aurait pas dû négocier avec elle. Toutefois, comme Double N n’a pas de raison de se plaindre d’un manquement dont elle a tiré profit, ce manquement ne peut lui être utile.

D. *Did the City Award the Contract to Sureway on Terms Other Than Those Set out in the Tender Documents?*

Double N argued that Sureway's deceit in respect of Item 1 prevented Sureway and the City from forming Contract B on the day the City accepted Sureway's bid. It was not until the City decided to later permit Sureway to supply the 1979 unit that the parties came to a *consensus ad idem*. Thus, the contract the City awarded to Sureway was different from that tendered, constituting a breach of the City's Contract A obligations to Double N.

While Sureway's bid stated that the unit it offered in respect of Item 1 was a 1980 Caterpillar D8K, it was in fact a 1979 unit. The trial judge found that Sureway had intended to deceive the City into thinking it had a compliant bid and then attempt to get the City to permit Sureway, after its bid was accepted, to supply equipment manufactured prior to 1980.

As explained by Estey J. in *Ron Engineering*, the primary obligation of a bidder is to enter into Contract B on the terms tendered if the owner accepts the tender. The essence of this obligation is that the owner will be able to hold the contractor to the terms of the tender and its bid because those terms automatically form the terms of Contract B.

At the moment the City communicated its acceptance of Sureway's bid to Sureway, a 1980 Caterpillar D8K was what Sureway promised and was obliged to supply. Although the trial judge found that Sureway had been deceitful, it is Sureway's intentions at the time its bid was accepted that are relevant. As stated by I. Goldsmith and T. G. Heintzman in *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 1-15: "Although it is the intention to be contractually bound that is the determining factor, the intention must not be a unilateral one, concealed from the other party. The relevant intention is that

D. *La Ville a-t-elle adjugé le contrat à Sureway à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres?*

Double N a soutenu qu'en raison de la tromperie de Sureway relativement à la machine 1, Sureway et la Ville n'ont pu conclure le contrat B le jour où celle-ci a accepté la soumission de Sureway. C'est seulement lorsque la Ville a décidé par la suite de permettre à Sureway de fournir le modèle 1979 qu'il y a eu consentement sur un même objet entre les parties. Ainsi, la Ville a adjugé à Sureway un contrat qui différait de celui visé par l'appel d'offres et aurait donc manqué à ses obligations envers Double N au titre du contrat A.

Dans sa soumission, Sureway a indiqué que la machine 1 était un Caterpillar D8K de 1980, alors qu'il s'agissait en fait d'un modèle 1979. Selon le juge de première instance, Sureway a recouru à la tromperie pour faire croire à la Ville que sa soumission était conforme, puis a tenté de la convaincre de lui permettre, après l'acceptation de sa soumission, de fournir une machine antérieure à 1980.

Comme le juge Estey l'a expliqué dans *Ron Engineering*, le soumissionnaire a pour obligation première de former un contrat B aux conditions proposées si le propriétaire accepte sa soumission. L'élément fondamental de cette obligation est que le propriétaire pourra exiger de l'entrepreneur qu'il respecte les conditions de l'appel d'offres et les modalités de sa soumission, lesquelles forment automatiquement le contrat B.

Au moment où sa soumission a été acceptée par la Ville, Sureway s'était engagée à fournir un Caterpillar D8K de 1980 et c'est ce qu'elle était tenue de fournir. Même si le juge de première instance a conclu que Sureway avait recouru à la tromperie, ce sont les intentions de Sureway au moment de l'acceptation de sa soumission qui sont pertinentes. Comme le mentionnent I. Goldsmith et T. G. Heintzman dans *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-15, [TRADUCTION] « L'intention d'être lié par contrat est le facteur déterminant, mais il ne peut

62

63

64

65

which the party in question by his actions or words displays to the other, not some hidden intention which he may have concealed in the inner reaches of his mind.”

66 Importantly, the trial judge made a finding that the City was unaware of Sureway’s deceit until *after* it had accepted Sureway’s tender. In his words, “no one in the City knew as a matter of fact that [Sureway] had bid the 1979 unit until August 28 or 29, 1986 and that is after the contract had already been let to [Sureway]” (para. 27). There was, as a result, no collusion between the City and Sureway to disregard the tender terms.

67 For these reasons, we conclude that the City did not enter into a contract on terms other than as set out in its bidding documents and thus did not violate any duties owed to Double N.

E. *Did the City Violate Its Duties to Double N by Permitting Sureway to Supply Equipment Manufactured Prior to 1980?*

68 Double N argued in the alternative that if the City entered Contract B with Sureway on August 18, 1986, the City breached its duties owed to Double N under Contract A by permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980, thereby waiving a fundamental term of Contract B. What the City was obliged to do in the circumstances, Double N argued, was to require Sureway to perform as promised, and, failing that, to exercise its right under Condition 9 to cancel the contract with Sureway and either re-tender, abandon the contract or award the contract to Double N as the next lowest bidder.

69 This argument depends on whether the owner’s obligations under Contract A to unsuccessful bidders, and in particular its implied obligation to treat bidders fairly, survives the creation of

s’agir d’une intention unilatérale, dissimulée à l’autre partie. L’intention pertinente est celle que la partie en cause fait connaître à l’autre partie, par ses paroles ou ses gestes, et non une intention cachée qu’elle a dissimulée aux confins de son esprit. »

Il importe de noter que le juge de première instance a conclu que la Ville ne s’est rendu compte de la tromperie de Sureway qu’après avoir accepté sa soumission. Selon ses dires, [TRADUCTION] « personne à la Ville n’a su en fait avant le 28 ou 29 août 1986, soit après l’adjudication du contrat à Sureway, que celle-ci proposait de fournir un modèle 1979 » (par. 27). Par conséquent, la Ville et Sureway n’ont pas agi de connivence pour passer outre aux conditions de l’appel d’offres.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n’a pas passé un contrat comportant des conditions autres que celles énoncées dans les documents d’appel d’offres et n’a donc pas manqué à ses obligations envers Double N.

E. *La Ville a-t-elle manqué à ses obligations envers Double N en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980?*

Double N a soutenu subsidiairement que, si la Ville a passé le contrat B avec Sureway le 18 août 1986, elle a manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat A en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980, levant ainsi une condition fondamentale du contrat B. Selon Double N, la Ville avait, dans les circonstances, l’obligation d’exiger de Sureway qu’elle respecte ses engagements, sinon d’exercer son droit prévu à la clause 9 d’annuler le contrat avec Sureway et soit de lancer un nouvel appel d’offres, soit de renoncer au contrat ou d’adjuger le contrat à Double N en tant que prochain soumissionnaire offrant le plus bas prix.

Cet argument repose sur la thèse que la formation du contrat B entre le soumissionnaire retenu et le propriétaire ne libère pas ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus au

Contract B with the successful bidder. In our view, it does not.

In *Ron Engineering*, Contract A gave effect to an express term of the tender documents, which stipulated that revocation of a bid would be subject to forfeiture of a bid deposit. That stipulation emerged from the need for the expectation of certainty among both owners and bidders — owners needed and expected the certainty created by irrevocable bids, backed by deposits. The reciprocal obligations of owners implied in *M.J.B. Enterprises* and *Martel* arose out the expectation of bidders that if they undertook the significant time and expense involved in preparing a bid, their bids would each receive fair and equal consideration by owners during the evaluation of bids and the award of Contract B.

The conduct Double N complains of (i.e. the waiver by the City of the 1980 requirement) is conduct which occurred *after* the award of Contract B. Where an owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents, Contract A is fully performed. Thus, any obligations on the part of the owner to unsuccessful bidders have been fully discharged. Contract B is a distinct contract to which the unsuccessful bidders are not privy. In *Ron Engineering*, Estey J. held that the “integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do” (p. 121 (emphasis added)). The law of contract does not permit Double N to require the cancellation of a contract to which it is not privy in the name of preserving the integrity of a bidding process, which is by definition completed by the time an award of Contract B is made.

In the face of a failure to perform Contract B on the part of one of the parties, the other party has the contractual rights and remedies set out in the contract and at common law. Bidders may be held to perform as promised, or the owner may have the

titre du contrat A, en particulier de son obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Nous ne souscrivons pas à cette thèse.

Dans *Ron Engineering*, le contrat A rendait exécutoire une condition expresse des documents d’appel d’offres, qui stipulait que la révocation d’une soumission pouvait entraîner la confiscation du dépôt de soumission. Cette stipulation découlait de la nécessité de garantir aux propriétaires et aux soumissionnaires la certitude à laquelle ils étaient en droit de s’attendre — les propriétaires avaient besoin de la certitude que leur procurent les soumissions irrévocables, garanties par dépôt. Les obligations synallagmatiques des propriétaires, implicites dans *M.J.B. Enterprises* et *Martel*, résultent de l’attente des soumissionnaires qui acceptent d’investir le temps et l’argent nécessaires à la préparation d’une soumission qu’ils soient tous traités équitablement et sur un pied d’égalité par les propriétaires lors de l’évaluation des soumissions et de l’adjudication du contrat B.

Ce dont se plaint Double N (la levée par la Ville de l’exigence de fournir un modèle 1980) est survenu *après* la formation du contrat B. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d’appel d’offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s’applique pas aux soumissionnaires non retenus. Dans *Ron Engineering*, le juge Estey a déclaré qu’« il faut préserver l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres chaque fois qu’il est possible de le faire en vertu du droit des contrats » (p. 121 (nous soulignons)). En droit des contrats, Double N ne peut exiger l’annulation d’un contrat auquel elle n’est pas partie, dans le but de préserver l’intégrité d’un mécanisme d’appel d’offres qui, par définition, a pris fin au moment de la formation du contrat B.

Si l’une des parties au contrat B ne respecte pas ses engagements, l’autre partie peut invoquer les droits et recours qui s’offrent à elle aux termes du contrat et en common law. Les soumissionnaires peuvent être tenus de respecter leurs engagements,

70

71

72

right to cancel the contract. It is this range of remedies that acts as a disincentive to submit deceitful bids as, absent collusion, bidders cannot predict how the owner will respond. Where an owner determines that it is in its best interests to waive a term of the contract, that is within its contractual rights unless the contract stipulates otherwise. In this case, Condition 9 conferred a *right* of cancellation upon the City where the successful bidder did not comply with the specifications. It did not *oblige* the City to cancel the contract.

73 Finally, we note that there are good policy reasons for rejecting Double N's position. The observation of Russell J.A., at para. 56, is particularly apt:

[P]arties to contract B might be subject to constant surveillance and scrutiny of other bidders, challenging any deviation from the original terms of contract A, thereby ultimately frustrating the tendering industry generally, and introducing an element of uncertainty to contract B.

#### IV. Conclusion

74 We conclude that Double N's bid received fair treatment throughout the bidding process. Sureway's bid offered units that were compliant on their face and open to acceptance by the City. The City was not aware of Sureway's deceit until after it had accepted Sureway's bid, nor did it collude with Sureway during the bidding process to perpetrate an unfairness against other bidders. Once the City accepted the offer of compliant units, Sureway's failure to supply as promised became a matter between the City and Sureway alone. The City was entitled to deal with Sureway's obligations as it saw fit.

75 The appeal is dismissed with costs to the City only.

sinon le propriétaire peut avoir le droit d'annuler le contrat. Ce sont ces recours qui servent de mesures dissuasives contre la présentation de soumissions trompeuses, puisque, en l'absence de collusion, les soumissionnaires ne peuvent savoir comment le propriétaire réagira. Si le propriétaire estime qu'il est dans son intérêt de lever une condition du contrat, il a le droit contractuel de le faire, sauf stipulation contraire dans le contrat. En l'espèce, la clause 9 confère à la Ville le *droit* d'annuler le contrat si le soumissionnaire retenu ne se conforme pas au cahier des charges, mais elle ne lui impose pas l'*obligation* de l'annuler.

Enfin, nous estimons qu'il existe de bonnes raisons de principe pour rejeter la position de Double N. L'observation du juge Russell au par. 56 est particulièrement pertinente :

[TRADUCTION] . . . les parties au contrat B pourraient faire l'objet d'une surveillance constante de la part des autres soumissionnaires, qui pourraient contester toute dérogation aux conditions initiales du contrat A et ultimement gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres en général et créer de l'incertitude relativement au contrat B.

#### IV. Conclusion

Nous jugeons que la soumission de Double N a été traitée équitablement tout au long de l'appel d'offres. La soumission de Sureway proposait des machines à première vue conformes et elle pouvait être acceptée par la Ville. Celle-ci ne s'est pas rendu compte de la tromperie de Sureway avant d'accepter sa soumission ni n'a agi de connivence avec elle durant l'appel d'offres de manière à traiter les autres soumissionnaires injustement. Une fois que la Ville a accepté l'offre de Sureway de lui fournir des machines conformes, la violation de cet engagement de la part de Sureway est une question qui ne regarde que ces deux parties. La Ville pouvait prendre les mesures qu'elle jugeait indiquées relativement aux obligations de Sureway.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de la Ville seulement.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

1. Overview

The City of Edmonton concedes that it was contractually bound to accept only a compliant bid and to treat all bidders equally and fairly. These implied terms are intended to ensure the integrity of the tendering process. On the facts of this case, however, the dismissal of the action and third party claim by the courts below not only results in Sureway Construction of Alberta Ltd.'s reaping the profits of its deceit, but also enables the City to escape entirely from its implied obligations. Far from preserving the integrity of the tendering process, this result seriously undermines it. I therefore respectfully disagree with the conclusion reached by my colleagues and the courts below and would allow the appeal.

I will state, in a nutshell, why I come to this conclusion. I will then review the pertinent facts and findings below in more detail.

It is undisputed that a material requirement of the City's tender call was that all equipment bid be 1980 or newer. Double N Earthmovers Ltd.'s bid was compliant on that and all other requirements. Sureway, the successful bidder, was found to have deliberately pretended to submit a compliant bid while all along planning to use 1977 and 1979 equipment. Sureway's deceit matters not, it is argued: the City's right to "insist on compliance" with the express terms of the bid following its acceptance coupled with the accompanying contractual risk to the bidder ensures the integrity of the process.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

1. Survol

La ville d'Edmonton reconnaît qu'elle était tenue par contrat d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Ces conditions implicites visent à garantir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres. En l'espèce, toutefois, le rejet par les tribunaux d'instance inférieure de l'action et de la demande de mise en cause non seulement permet à Sureway Construction of Alberta Ltd. de récolter le fruit de sa tromperie, mais permet aussi à la Ville d'esquiver entièrement ses obligations implicites. Loin de préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres, ce résultat la compromet sérieusement. Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à la conclusion de mes collègues et des tribunaux d'instance inférieure, et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

J'exposerai brièvement les raisons pour lesquelles j'en arrive à cette conclusion, puis j'examinerai plus en détail les faits et les conclusions des tribunaux d'instance inférieure.

Nul ne conteste que, selon une condition essentielle de l'appel d'offres de la Ville, les machines proposées dans les soumissions devaient être des modèles 1980 ou plus récents. Double N Earthmovers Ltd. a présenté une soumission conforme à cette exigence et à toutes les autres exigences. Par contre, il a été conclu que Sureway, le soumissionnaire retenu, avait sciemment fait semblant de présenter une soumission conforme en ayant l'intention dès le début d'utiliser des machines de 1977 et de 1979. On a soutenu que la tromperie de Sureway importait peu puisque deux facteurs préservaient l'intégrité de l'appel d'offres : le droit de la Ville d'[TRADUCTION] « exiger le respect » des modalités expresses de la soumission après son acceptation et le risque contractuel connexe auquel s'exposait le soumissionnaire.

76

77

78

79

The City does not dispute that it has a duty to accept only a compliant bid. However, even when repeatedly warned by Double N, before acceptance, about Sureway's likely non-compliance with the age requirement — a matter that the trial judge found could have been easily verified by checking the specifications contained on the face of the bid against existing records — the City chose to do nothing, relying instead on its right to “insist on compliance” with this essential term following acceptance. Were it not for the City's “right” to take that attitude, which the trial judge accepted as determinative on this question, he would have found the City negligent in failing to check the accuracy of the specifications and, as such, in breach of its duty to take reasonable care to accept only a compliant bid.

80

Confining the evaluation of the tender to its *face*, it is argued, is necessary to give certainty to the process and promote the consistent and fair treatment of bidders. But this contention is undermined by the fact that the City took no steps to resolve an ambiguity which *was* apparent on the face of Sureway's tender documents. This ambiguity arose where Sureway offered a “1977 or 1980 Rental Unit” for Unit #2. Again, relying on the centrality of the requirement that all equipment be 1980 or newer, the City takes the position that its unqualified acceptance of Sureway's Unit #2 bid can only be construed as an acceptance of the promise to supply a 1980 Rental Unit. Nor is there any unfairness, it is argued, when an owner accepts only a compliant option offered by a bidder where that option amounts to no more than a promise to comply given, again, the owner's right to “insist on compliance” with the terms of the tender.

81

The City further concedes that it had an obligation to treat all bidders equally and fairly. However,

La Ville reconnaît avoir l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme. Toutefois, même si elle a été prévenue à plusieurs reprises par Double N, avant l'acceptation de la soumission, que les machines proposées par Sureway n'étaient vraisemblablement pas conformes à l'exigence relative à l'année de fabrication — ce qui, selon le juge de première instance, aurait pu facilement être vérifié par la comparaison, avec des dossiers existants, des renseignements techniques fournis dans la soumission —, la Ville a choisi de ne rien faire et de s'en remettre plutôt à son droit d'« exiger le respect » de cette condition essentielle après l'acceptation de la soumission. Sans ce « droit » de la Ville, élément qu'il a jugé déterminant à cet égard, le juge de première instance aurait conclu que la Ville avait fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'exactitude des renseignements techniques fournis et avait donc manqué à son obligation de prendre les mesures raisonnables voulues pour accepter uniquement une soumission conforme.

L'évaluation, dit-on, devait porter uniquement sur les renseignements fournis dans la soumission de manière à assurer la certitude de l'appel d'offres et à favoriser le traitement cohérent et équitable des soumissionnaires. Cet argument est cependant ébranlé par le fait que la Ville n'a pris aucune mesure pour dissiper l'ambiguïté qui *ressortait* des documents de soumission de Sureway. Cette ambiguïté tient au fait que Sureway a proposé comme machine 2 une machine de [TRADUCTION] « 1977 ou machine de location de 1980 ». Là encore, s'appuyant sur l'exigence fondamentale que toutes les machines soient des modèles 1980 ou plus récents, la Ville soutient que son acceptation inconditionnelle de la soumission de Sureway pour la machine 2 pouvait uniquement être interprétée comme l'acceptation de la promesse de fournir une machine de location de 1980. Il n'y a pas non plus injustice, affirme-t-on, lorsque le propriétaire n'accepte qu'une soumission conforme, qui est seulement la promesse de se conformer aux conditions, étant donné, là encore, le droit d'« exiger le respect » des conditions de l'appel d'offres, dont le propriétaire peut se prévaloir.

La Ville reconnaît en outre qu'elle avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitable-

during the course of negotiations with the City following the close of tenders, when Double N sought permission to bid older equipment in order to lower the price of its bid, as it believed Sureway had done, the City refused, insisting on the 1980 age requirement as an *essential* term of the contract.

Following acceptance of Sureway's bid, when came the time for the City to exercise this right to "insist on compliance" upon which it had relied in fulfilment of its obligations under Contract A, it chose instead to waive the essential age requirement, claiming that all its obligations under Contract A were now at an end. Because Contract B now governed, it is argued, the parties have the right to amend its terms to suit their need after it is entered into. The City therefore permitted Sureway to perform the contract using its 1977 and 1979 equipment. It is submitted that Double N, not being a party to Contract B, has no right to complain.

In these circumstances, it is perhaps not surprising that the trial judge, in refusing to award the City its full costs at the end of the proceedings, reasoned as follows:

I am not granting costs beyond Column 6 because I have concluded that when the City of Edmonton allowed Sureway to bring the 1977 and 1979 machine to work on the landfill site, they convinced Double N they had breached their obligation to treat all bidders fairly.

((1998), 220 A.R. 73, 1998 ABQB 30, at para. 5)

Indeed, Double N had ample grounds on which to base this conviction. In failing to give effect to these grounds for complaint, the trial judge and the Court of Appeal engaged in circular reasoning. On the one hand, the courts below held that a bid can be regarded as compliant at the Contract A stage because the owner can always insist on compliance with the terms of the tender. On the other hand, they held that the owner does not need to insist on compliance with the terms of the tender at the

ment et sur un pied d'égalité. Toutefois, au cours des négociations avec la Ville qui ont suivi la clôture de l'appel d'offres, lorsque Double N a demandé l'autorisation de proposer des machines antérieures à 1980 afin de baisser son prix, estimant que Sureway avait agi ainsi, la Ville a refusé, soulignant que l'exigence que les machines soient de 1980 constitue une condition *essentielle* du contrat.

Après l'acceptation de la soumission de Sureway, quand est venu pour la Ville le moment d'exercer son droit d'«exiger le respect» des conditions, droit qu'elle avait invoqué pour remplir ses obligations au titre du contrat A, la Ville a choisi de lever la condition essentielle relative à la date de fabrication, soutenant que ses obligations au titre du contrat A ont pris fin. On soutient que le contrat B, une fois formé, donne aux parties le droit de modifier les conditions en fonction de leurs besoins. C'est ainsi que la Ville a autorisé Sureway à utiliser ses machines de 1977 et de 1979 pour l'exécution du contrat. On fait valoir que Double N, n'étant pas partie au contrat B, n'a pas le droit de porter plainte.

Dans ce contexte, il n'est peut-être pas étonnant que le juge de première instance ait justifié ainsi son refus d'adjuger l'ensemble des dépens à la Ville à la fin de l'instance :

[TRADUCTION] Je n'accorde pas les dépens au-delà de la colonne 6 parce que j'ai conclu que la ville d'Edmonton, en permettant à Sureway d'utiliser des machines de 1977 et de 1979 pour effectuer des travaux à la décharge, a convaincu Double N qu'elle avait manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

((1998), 220 A.R. 73, 1998 ABQB 30, par. 5)

Double N avait effectivement de nombreuses raisons de croire qu'il y avait eu manquement. Le refus du juge de première instance et de la Cour d'appel de reconnaître le bien-fondé de ces raisons de porter plainte repose sur un raisonnement circulaire. D'une part, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu qu'une soumission peut être jugée conforme à l'étape du contrat A parce que le propriétaire peut toujours exiger le respect des conditions de l'appel d'offres. D'autre part, ils ont statué

82

83

Contract B stage of the process precisely because it accepted a compliant bid at the Contract A stage. With respect, this reasoning completely nullifies the protection afforded by the implied obligation to accept only a compliant bid.

84 I conclude that the City breached its obligation to accept only a compliant bid. Furthermore, I conclude that in the circumstances of this case, when it failed to insist on compliance with the age requirement in awarding Contract B to Sureway, the City breached its duty to treat all bidders equally and fairly. I also conclude that the City's breach of its obligations was effectively caused by Sureway's deceit and its deliberate attempt to induce the City to accept a tender for pre-1980 machinery. I would therefore allow the appeal and grant judgment in the action against the City and in the third party claim against Sureway in the amounts assessed by the trial judge with costs throughout.

85 I will now review the record in more detail to explain on what basis I have reached my conclusions.

## 2. The Evidence and Findings Below

86 In the summer of 1986, the City of Edmonton called for tenders for equipment and operators to move refuse in its Clover Bar landfill site. The City's tender was composed of a standard Tender Form, an Equipment Requirements form, and a Solid Wastes Branch Tender Specifications form. The closing date for the submission of bids was June 25, 1986.

87 The tender eventually called for two bulldozers, one of which was to be a back-up unit, and a scraper. Six bids were submitted, including bids from the appellant Double N and the respondent

que le propriétaire n'a pas besoin d'exiger le respect des conditions de l'appel d'offres à l'étape du contrat B, précisément parce qu'il a accepté une soumission conforme à l'étape du contrat A. Soit dit en tout respect, ce raisonnement neutralise complètement la protection qu'offre l'obligation implicite d'accepter uniquement une soumission conforme.

Je conclus que la Ville a manqué à son obligation d'accepter seulement une soumission conforme. Je conclus, en outre, qu'en l'espèce elle a manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité en formant avec Sureway le contrat B sans exiger qu'elle se conforme à l'exigence relative à la date de fabrication. Par ailleurs, je juge que le manquement de la Ville est effectivement attribuable à la tromperie de Sureway et à sa tentative délibérée d'amener la Ville à accepter une soumission proposant des machines antérieures à 1980. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et, dans l'action intentée contre la Ville et la demande de mise en cause de Sureway, d'ordonner le paiement des montants fixés par le juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Je vais maintenant examiner plus en détail le dossier afin d'expliquer le fondement sur lequel reposent mes conclusions.

## 2. Preuve et conclusions des tribunaux d'instance inférieure

Au cours de l'été 1986, la ville d'Edmonton a lancé un appel d'offres pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à sa décharge de Clover Bar. Son dossier d'appel d'offres comprenait le formulaire type de soumission, les Exigences relatives aux machines et les Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides relatives à l'appel d'offres. La date limite de présentation des soumissions était le 25 juin 1986.

En fin de compte, l'appel d'offres visait deux bouteurs, dont l'un devait servir de machine de remplacement, et une décapeuse. Six soumissions ont été présentées, notamment par l'appelante

Sureway, plus bids by Kerna Construction Ltd. and Twin City Equipment Ltd.

The City made it clear from the outset that the equipment bid needed to meet certain requirements. In particular, the City's tender repeatedly indicated that all machines bid needed to be 1980 or newer. This requirement was included in capital letters on the first page of the Tender Form and was repeated again on the first page of the Equipment Requirements form. In addition, clause 12(a) of the Solid Wastes Branch Tender Specifications form informed bidders that preference would be given to "late model equipment in top mechanical condition. (1980 or newer)." In addition to the year of manufacture, the Equipment Requirements form called for a specification of the make, model, serial number, City of Edmonton registration licence number and the cost per hour. It also reserved to the City the right to inspect the equipment.

On June 25, 1986, Double N submitted a bid that was compliant in all relevant respects. The formation of Contract A between Double N and the City is not in dispute in this appeal.

On June 25, 1986, Sureway submitted its bid. It is this bid that is in issue in this appeal.

For Unit #1, Sureway bid a Caterpillar bulldozer, and listed it as having a year of manufacture of 1980, although it was in fact a 1979 machine. Sureway provided the other required specifications, including the serial number and City of Edmonton registration licence number. For Unit #2, Sureway bid a "1977 or 1980 Rental Unit" Caterpillar bulldozer or equivalent. While the cost listed by Sureway for Unit #2 was consistent with a 1980 Caterpillar bulldozer, the registration and serial numbers corresponded instead to the 1977 machine.

After the tender period ended, Ray Necula, President of Double N, contacted the City by

Double N et l'intimée Sureway ainsi que par Kerna Construction Ltd. et Twin City Equipment Ltd.

La Ville a clairement indiqué dès le début que les machines proposées devaient satisfaire à certaines exigences. En particulier, il est indiqué à plusieurs reprises dans ses documents d'appel d'offres que toutes les machines proposées devaient être des modèles 1980 ou plus récents. Cette exigence figure en lettres majuscules en première page du formulaire de soumission et est réitérée en première page des Exigences relatives aux machines. En outre, la clause 12a) des Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides précise à l'intention des soumissionnaires que la préférence sera accordée [TRADUCTION] « aux machines de fabrication récente qui sont en excellent état (modèles 1980 ou plus récents) ». Outre l'année de fabrication, les Exigences relatives aux machines requièrent que soient indiqués la marque, le modèle, le numéro de série, le numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton et le tarif horaire. Le droit de la Ville d'inspecter les machines y est également prévu.

Le 25 juin 1986, Double N a présenté une soumission conforme à tous les points de vue pertinents. La formation d'un contrat A entre Double N et la Ville n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

Le 25 juin 1986, Sureway a présenté sa soumission, et c'est de cette soumission qu'il est question ici.

Pour la machine 1, Sureway a proposé un boteur Caterpillar et a indiqué 1980 comme année de fabrication, alors qu'il s'agissait d'une machine de 1979. Elle a fourni les autres renseignements exigés, dont le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton. Pour la machine 2, elle a proposé un boteur Caterpillar de « 1977 ou machine de location de 1980 », ou l'équivalent. Le tarif qu'elle a indiqué pour la machine 2 correspond à celui d'un boteur Caterpillar de 1980, mais le numéro de série et le numéro d'enregistrement correspondent plutôt à ceux d'une machine de 1977.

À la fin de la période de soumission, Ray Necula, président de Double N, a communiqué par téléphone

88

89

90

91

92

phone. During the course of his conversation with Dan Danylak, the Supervisor of the City's Hired Equipment Section, Necula learned which machines Sureway had bid. Based on his knowledge of the equipment owned by Sureway, Necula promptly informed Danylak that Sureway had not bid 1980 or newer equipment. Danylak accepted the information but did nothing about it. Necula concluded that Double N's bid would be successful, since to his knowledge Double N's bid was the lowest compliant bid.

93 Necula repeated this information about Sureway's likely non-compliance in further communications with the City. Among other contacts with City officials, he spoke to Jim Parlee, the City's Purchasing Officer, and informed him of the state of his knowledge. As the trial judge describes the contact: "Necula's strong suggestion to Parlee was that Parlee should have a look at the bid because Sureway was likely not bidding qualifying machines" ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, at para. 24). Parlee was not very disturbed by the fact that Unit #1, the 1980 Caterpillar bulldozer, might turn out to be a 1979 because the City would be insisting on compliance with the age requirement that all machines be 1980 or newer. Similarly, Parlee's response with respect to Unit #2 was that the City could insist on the 1980 rental unit rather than the 1977 machine (A.R., at p. 23).

94 The trial judge accepted Necula's version of these contacts with City officials (para. 26). He also found that Necula's information about the age of the equipment was easily verifiable (para. 45) against records already in possession of the City and filed with Danylak's area of supervision (para. 11). However no verification was done, nor did the City exercise its right, contained in clause 11 of the Equipment Requirements form, to inspect the equipment.

95 Parlee summarized and ranked the bids according to their cost to the City. Three bids

avec la Ville. Au cours de sa conversation avec Dan Danylak, superviseur au service du matériel de louage, M. Necula a appris ce que Sureway a proposé comme machines. D'après ce qu'il savait des machines de Sureway, M. Necula a immédiatement informé M. Danylak que Sureway n'avait pas proposé des modèles 1980 ou plus récents. M. Danylak a pris bonne note de ce renseignement, mais n'y a pas donné suite. M. Necula a conclu que la soumission de Double N serait retenue parce qu'elle était, à sa connaissance, la soumission conforme la plus basse.

Au cours d'autres entretiens avec les représentants de la Ville, M. Necula a de nouveau informé que les machines de Sureway n'étaient probablement pas conformes. Il a notamment parlé à Jim Parlee, agent des achats à la Ville, et lui a communiqué ce qu'il savait. Le juge de première instance a décrit ainsi leur entretien : [TRADUCTION] « M. Necula a fortement recommandé à M. Parlee d'examiner la soumission parce que Sureway n'avait vraisemblablement pas proposé des machines conformes » ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, par. 24). Celui-ci ne semblait pas trop inquiet du fait que la machine 1, boteur Caterpillar de 1980, était peut-être de 1979, parce que la Ville exigerait le respect de la condition relative à la date de fabrication (modèles 1980 ou plus récents). De même, pour ce qui est de la machine 2, M. Parlee a indiqué que la Ville pouvait exiger que la machine de location de 1980, au lieu de la machine de 1977, lui soit fournie (d.a., p. 23).

Le juge de première instance a accepté la version donnée par M. Necula de ces entretiens avec les représentants de la Ville (par. 26). Il a également conclu que ses renseignements au sujet de la date de fabrication étaient faciles à vérifier (par. 45) dans les dossiers que la Ville avait en sa possession et qui étaient classés dans le service dirigé par M. Danylak (par. 11). Pourtant, il n'y a pas eu de vérification, et la Ville n'a pas exercé son droit, prévu à la clause 11 des Exigences relatives aux machines, d'inspecter le matériel.

M. Parlee a fait un résumé des soumissions et les a classées en fonction de leur coût pour la Ville. En

were eventually considered: Kerna's bid; a combined Sureway/Twin City bid; and Double N's bid. On July 3, 1986, W. Worton, the Manager of Solid Wastes Branch, wrote a memo in which he recommended that the combined Twin City/Sureway bid be accepted. This bid was composed of Sureway's bids for the #1 and #2 Units, and Twin City's bid for the Unit #3 scraper. The price of Twin City's scraper was listed on this combined bid at \$112.50/hr.

The trial judge found that between July 3 and July 7, 1986, there were conversations between Twin City, Sureway and the City. He further found that on or about July 6, 1986, Bruce Hagstrom, the principal of Sureway, had a face to face meeting with Bernard Simpson, Operations Director of the City's Solid Wastes Branch. In this meeting it was made apparent to Sureway that if it could provide a scraper at the rate Twin City had originally bid, it would probably be awarded the contract.

Necula testified that on July 7, 1986 he met with representatives from the City and asked whether, if Sureway was going to be allowed to bid 1980 or older equipment, he could bid 1980 or older equipment as well. Necula was told that Double N would not be allowed to bid older machines, and that the City would accept only the equipment specified by Double N in its initial bid. It was made clear to Necula that the age of the machines was *not negotiable*.

On July 7, 1986, Sureway sent a letter to the City confirming its "original intentions to the submitted proposal". In this letter Sureway confirmed that its original Unit #1 would now be used as the #2 back-up unit, that a new Unit #1 would be obtained, and that the Unit #3 scraper would be as previously quoted. The price of the scraper was listed in this letter at \$124.12/hr, a rate in excess of the City's acceptable rate for such equipment.

fin de compte, trois soumissions ont été prises en considération : la soumission de Kerna, la soumission combinée de Sureway et de Twin City et la soumission de Double N. Le 3 juillet 1986, W. Worton, directeur de la Gestion des déchets solides, a recommandé dans une note de service l'acceptation de la soumission combinée de Twin City/Sureway, qui est composée de la soumission de Sureway pour les machines 1 et 2 et de la soumission de Twin City pour la machine 3 (décapeuse). Dans cette soumission combinée, le tarif horaire de la décapeuse proposé par Twin City est de 112,50 \$.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu, entre le 3 juillet et le 7 juillet 1986, des entretiens entre Twin City, Sureway et la Ville. En outre, il a conclu que le 6 juillet 1986 ou vers cette date, Bruce Hagstrom, le représentant de Sureway, avait rencontré en personne Bernard Simpson, directeur des Opérations à la Direction de la gestion des déchets solides de la Ville. À cette rencontre, il a été clairement laissé entendre à Sureway qu'elle obtiendrait probablement le contrat si elle pouvait offrir la décapeuse au tarif initialement proposé par Twin City.

M. Necula a témoigné que, le 7 juillet 1986, il avait rencontré les représentants de la Ville et leur avait demandé s'il pouvait lui aussi, à l'instar de Sureway, proposer des modèles 1980 ou plus vieux. Il a été informé que Double N ne pourrait pas proposer des machines plus vieilles et que la Ville accepterait seulement les machines que Double N a proposées dans sa soumission initiale. Il lui a été clairement indiqué que la date de fabrication *n'était pas négociable*.

Le 7 juillet 1986, Sureway a envoyé à la Ville une lettre confirmant [TRADUCTION] « ses intentions initiales quant à la soumission présentée ». Elle y a confirmé que la machine 1 proposée initialement servirait désormais de machine de remplacement (machine 2), qu'un nouvel engin serait acquis pour servir de machine 1 et que la décapeuse (machine 3) était proposée au tarif déjà fourni. Dans cette lettre, elle a indiqué 124,12 \$ comme tarif horaire pour la décapeuse, ce qui était plus élevé que le tarif jugé acceptable par la Ville pour un tel engin.

96

97

98

99 On July 15, 1986, G. E. Weese, General Manager of the Real Estate & Supply Services Department, wrote a memorandum to C. Armstrong, the City Manager, recommending that Sureway's bid be accepted. Kerna's bid was rejected on the grounds that Kerna was not a City of Edmonton contractor, and Double N's bid was rejected because it was too high.

100 Weese's summary of Sureway's bid listed a rate of \$112.50/hr for the Unit #3 scraper. This was a change from the revised bid submitted by Sureway in its letter of July 7, 1986. Harold Stoveld, who had oversight of the tender process at the time, became concerned that there was nothing in writing from Sureway confirming the \$112.50/hr rate. He spoke with Hagstrom on August 8, 1986, and received a letter from Sureway dated August 11, 1986, confirming the lower price.

101 A purchase order awarding the contract to Sureway was issued by the City on August 18, 1986.

102 On August 28, 1986, Sureway attempted to register, as its #1 and #2 Units, a 1979 and 1977 machine, respectively. The City was not happy with this development and communicated its dissatisfaction to Sureway. In response Sureway undertook to supply only 1980 or newer units, but on September 5, 1986 wrote to inform the City that it was unable to do so, and would go forward with the 1979 machine.

103 On September 9, 1986, the City decided not to challenge Sureway on this point and let the matter "lie peacefully". The trial judge found that the City effectively waived the age requirement (para. 51). Although Sureway later provided a 1980 bulldozer as a back-up for the 1977 machine, the record shows that it used both the 1977 and 1979 machines during the course of the Clover Bar contract.

Le 15 juillet 1986, G. E. Weese, directeur général des Services des biens immobiliers et des approvisionnements, a adressé à C. Armstrong, directeur municipal, une note de service recommandant l'acceptation de la soumission de Sureway. La soumission de Kerna a été rejetée au motif que Kerna n'était pas un entrepreneur de la ville d'Edmonton et celle de Double N a été rejetée en raison de son coût trop élevé.

Selon le résumé de la soumission de Sureway préparé par M. Weese, le tarif horaire pour la décapeuse (machine 3) est de 112,50 \$. Ce tarif n'est pas le même que dans la soumission révisée présentée par Sureway dans sa lettre du 7 juillet 1986. Harold Stoveld, qui était alors chargé de la supervision de l'appel d'offres, s'est inquiété de l'absence de confirmation écrite de la part de Sureway du tarif horaire de 112,50 \$. Il en a parlé à M. Hagstrom le 8 août 1986 et, le 11 août 1986, il a reçu de Sureway une lettre confirmant le tarif moins élevé.

Un bon de commande adjugeant le contrat à Sureway a été délivré par la Ville le 18 août 1986.

Le 28 août 1986, Sureway a tenté de faire enregistrer les machines de 1979 et de 1977 respectivement comme machines 1 et 2. La Ville a fait part de son mécontentement à cet égard à Sureway, qui s'est alors engagée à fournir uniquement des modèles 1980 ou plus récents. Toutefois, le 5 septembre 1986, Sureway a informé la Ville par écrit qu'elle ne pouvait respecter cet engagement et qu'elle utiliserait finalement la machine de 1979.

Le 9 septembre 1986, la Ville a décidé de ne pas contester la position de Sureway à cet égard et de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ». Le juge de première instance a conclu que la Ville avait effectivement levé l'exigence relative à la date de fabrication (par. 51). Sureway a fourni plus tard un boteur de 1980 comme machine de remplacement pour la machine de 1977, mais il ressort du dossier qu'elle a utilisé les machines de 1977 et de 1979 au cours de l'exécution du contrat à Clover Bar.

### 3. Analysis

This is the cautionary tale of a tendering process gone badly wrong. Although in some business contexts parties might decide to turn a blind eye to contractual inaccuracies and ambiguities, the tendering process is different. It is a process in which fairness and integrity are of paramount importance. Owners spend large amounts of money composing and issuing tenders, and bidders spend large amounts of money formulating and submitting bids.

As Estey J. said in *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, at p. 121, the “integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do”. In order to protect the integrity of the tendering process, this Court has adopted a particular analysis of that process: *Ron Engineering; M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; and *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60. This analysis is often referred to as the Contract A/Contract B analysis. According to this analysis, the tendering process is characterized by two contractual stages. At the first stage, the owner issues a tender, in response to which bidders submit bids. This creates a first contract — “Contract A” — between the owner and every compliant bidder. At the second stage, when the owner accepts a bid, a second contract — “Contract B” — is formed. This is the actual contract to supply the equipment or to perform the work that was the subject-matter of the tender. A bidder’s bid thus constitutes both an acceptance and an offer. It constitutes an acceptance of the owner’s offer to receive and consider tenders, and it simultaneously constitutes an offer to perform the tendered contract.

It is settled law that the terms of Contract A are set out in the tender documents and that, in addition, there may also be implied terms based on custom or usage or on the presumed intentions of

### 3. Analyse

Il est question en l’espèce du récit édifiant d’un appel d’offres qui a mal tourné. Dans certains contextes d’affaires, les parties peuvent choisir de fermer les yeux sur des inexactitudes ou ambiguïtés dans un contrat, mais il n’en est pas ainsi de l’appel d’offres, dont l’équité et l’intégrité revêtent une importance primordiale. La préparation et le lancement d’appels d’offres par les propriétaires, d’une part, et la préparation et la présentation de soumissions par les soumissionnaires, d’autre part, occasionnent des dépenses considérables.

Comme le juge Estey l’a souligné dans *La Reine du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, p. 121, il faut « préserver l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres chaque fois qu’il est possible de le faire en vertu du droit des contrats ». La Cour a adopté une analyse précise de l’appel d’offres afin d’en préserver l’intégrité : *Ron Engineering; M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60. Selon cette analyse, communément appelée l’analyse contrat A/contrat B, l’appel d’offres comporte deux étapes contractuelles. Dans un premier temps, le propriétaire lance un appel d’offres auquel répondent les soumissionnaires en présentant une soumission. Il y a alors formation du premier contrat — le « contrat A » — entre le propriétaire et chacun des soumissionnaires conformes. Dans un deuxième temps, il y a formation du deuxième contrat — « contrat B » — lorsque le propriétaire accepte une soumission. Ce contrat constitue en fait le contrat aux termes duquel la partie s’engage à fournir le matériel ou à accomplir le travail qui faisait l’objet de l’appel d’offres. La soumission constitue donc à la fois l’acceptation et l’offre. En effet, par sa proposition, le soumissionnaire accepte l’offre du propriétaire de recevoir et d’examiner les soumissions et, en même temps, offre d’exécuter le contrat visé.

Il est bien établi en droit que les conditions du contrat A sont énoncées dans les documents d’appel d’offres et qu’il peut aussi y avoir des conditions implicites fondées sur la coutume ou l’usage, ou

104

105

106

the parties. An implied duty to accept only a compliant bid was recognized by this Court in *M.J.B. Enterprises*. Speaking for the Court, Iacobucci J. found that this implied term was necessary to give “business efficacy” to the tendering process, explaining as follows:

The rationale for the tendering process . . . is to replace negotiation with competition. This competition entails certain risks for the appellant. . . . 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 parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted. [para. 41]

107 Likewise, in *Martel*, this Court held that an owner also had a duty to treat all bidders fairly and equally. As Iacobucci and Major JJ. said, “[i]mplying an obligation to treat all bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process, and benefits all participants involved” (para. 88). Such implication, they noted, “is necessary to give business efficacy to the tendering process” (para. 88).

108 The parties agree that these two implied terms formed part of Contract A: the City was obliged to accept only a compliant bid — in other words, it was implied that the City would not enter into a Contract B on terms other than those contemplated in the tender call — and the City was also obliged to treat all bidders fairly and equally. The thread running through *Ron Engineering*, *M.J.B. Enterprises* and *Martel* is the importance of business efficacy and the integrity of the tendering process. In my view, it is through the lens of these concepts that this case must be viewed.

109 The test for compliance in the tendering process is “substantial” rather than strict. Estey J.’s remark

sur les intentions présumées des parties. La Cour a reconnu, dans *M.J.B. Enterprises*, l’obligation implicite d’accepter uniquement une soumission conforme. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette condition implicite était nécessaire pour donner de « l’efficacité commerciale » au mécanisme d’appel d’offres :

L’idée qui sous-tend l’appel d’offres [. . .] est de remplacer la négociation par la concurrence. Cette concurrence comporte certains risques pour l’appelante. [. . .] 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 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. [par. 41]

De même, dans *Martel*, la Cour a jugé que le propriétaire avait l’obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité. Les juges Iacobucci et Major ont indiqué que « [l]’existence présumée d’une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité est compatible avec l’objectif de protéger et de promouvoir l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres et bénéficie à tous les participants en cause » (par. 88). Ils ont souligné qu’une « telle condition implicite s’impose aux fins de l’efficacité commerciale de la procédure d’appel d’offres » (par. 88).

Les parties conviennent que ces deux conditions implicites faisaient partie du contrat A : la Ville avait l’obligation d’accepter uniquement une soumission conforme — en d’autres termes, elle s’engageait implicitement à ne pas conclure le contrat B à des conditions autres que celles prévues dans l’appel d’offres — et elle avait également l’obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité. Les fils conducteurs des arrêts *Ron Engineering*, *M.J.B. Enterprises* et *Martel* sont l’importance de l’efficacité commerciale et l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres. À mon avis, c’est sous ces angles qu’il faut examiner la présente affaire.

Quant au mécanisme d’appel d’offres, il doit y avoir conformité « pour l’essentiel » plutôt qu’en

in *Ron Engineering* that it would be “anomalous indeed if the march forward to a construction contract could be halted by a simple omission” (p. 127) is often cited in support of the substantial compliance test: for example, see *British Columbia v. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89. Although Estey J. made this remark in reference to the Contract B stage of the tendering process, there is no reason to doubt that these same considerations apply to the Contract A stage as well. It would make tendering unworkable if an owner and bidder were prevented from entering into Contract B based on an unchecked box.

Substantial compliance requires that all material conditions of a tender, determined on an objective standard, be complied with: *Silex Restorations Ltd. v. Strata Plan VR 2096* (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376, at paras. 24 and 29; *Graham Industrial Services Ltd. v. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5, at para 15. A bid is substantially compliant if any departures from the tender call concern mere irregularities.

In the present case, it is not disputed that the requirement that all units bid be 1980 or newer was a material term of the tender. As noted earlier, this requirement was specified on the Tender Form, repeated again in the Equipment Requirements form, and referred to again in the Solid Wastes Branch Tender Specifications form. This was not an idle request. To the contrary, the City insisted on 1980 or newer equipment because in its experience older units tended to break down more frequently. The trial judge concluded that, in the view of the City, the age of the equipment was *essential* to the tender (para. 85). Consequently, a failure to bid 1980 or newer equipment would result in a bid that was not substantially compliant with the City’s tender request.

tous points. Les remarques du juge Estey dans *Ron Engineering*, à savoir qu’il « serait vraiment anormal que la progression vers la conclusion d’un contrat d’entreprise puisse être entravée par la simple omission » (p. 127), sont souvent citées à l’appui du critère de conformité pour l’essentiel : voir, par exemple, *British Columbia c. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89. Même si elles ont été faites à l’égard de la deuxième étape (contrat B) de l’appel d’offres, ces remarques du juge Estey s’appliquent sans aucun doute également à la première étape (contrat A). Le résultat de l’appel d’offres serait inapplicable si le propriétaire et le soumissionnaire étaient empêchés de former le contrat B uniquement parce qu’une case n’a pas été cochée.

La conformité pour l’essentiel exige le respect de toutes les conditions essentielles de l’appel d’offres selon une norme objective : *Silex Restorations Ltd. c. Strata Plan VR 2096* (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376, par. 24 et 29; *Graham Industrial Services Ltd. c. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5, par. 15. Une soumission est jugée conforme pour l’essentiel si les écarts par rapport à l’appel d’offres constituent de simples vices de forme.

En l’espèce, l’appel d’offres précisait que toutes les machines devaient être des modèles 1980 ou plus récents, et nul ne conteste qu’il s’agit là d’une condition essentielle. Comme il a été indiqué ci-dessus, cette exigence était précisée tant dans le formulaire de soumission, que dans les Exigences relatives aux machines et les Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides relatives à l’appel d’offres. Ce n’était pas une demande sans fondement. Au contraire, la Ville a exigé des machines de modèle 1980 ou plus récent parce qu’elle savait par expérience que les modèles plus vieux avaient tendance à tomber en panne plus souvent. Le juge de première instance a conclu que, du point de vue de la Ville, la date de fabrication était un élément *essentiel* de l’appel d’offres (par. 85). Par conséquent, toute soumission ne proposant pas des modèles 1980 ou plus récents serait pour l’essentiel non conforme aux conditions de l’appel d’offres de la Ville.

110

111

112 Unit #1 and Unit #2 were to be 1980 or newer Caterpillar bulldozers (or equivalent). What is at issue in this appeal, then, is Sureway's bid in respect of those two pieces of equipment.

3.1 *Sureway's Deceitful Bid for Unit #1*

113 For Unit #1 Sureway bid a Caterpillar bulldozer, listing it as having a year of manufacture of 1980 when in fact it was a 1979 piece of equipment. In their reasons, Abella and Rothstein JJ. note that, on its face, Sureway promised to supply a 1980 Caterpillar D8K and that is what the City accepted. As a result, Sureway was obliged to comply with this term, and that obligation was enforceable by the City. They conclude on that basis that it cannot be successfully argued that Sureway's bid with respect to Unit #1 is non-compliant. With respect, I disagree.

114 There is much merit to the contention that an owner should be entitled to take a submitted bid at face value. However, the tender documents must be carefully reviewed and considered in their totality. There was more than just the "1980 Caterpillar D8K" specification on the face of the tender. As it was required to do, Sureway provided the serial number and the City registration number for the bulldozer. The trial judge found that these specifications were readily verifiable — recall his finding that a check against records in the possession of the City and "filed with Danylak's area of supervision" (Danylak was the first City official to whom Necula spoke) "would have revealed that the year of manufacture of [Unit #1] was 1979" (para. 11). The City did not check its records.

115 The City argues, and my colleagues accept (in their reasons in respect of Unit #2), that these additional specifications were mere informalities that it was at liberty to waive. However, the City did not waive these requirements with respect to Unit #1 — to the contrary, they were provided by Sureway.

Les machines 1 et 2 devaient être des boteurs Caterpillar de modèle 1980 ou plus récent (ou l'équivalent). Ce qui est donc contesté en l'espèce, c'est la soumission de Sureway pour ces deux machines.

3.1 *Soumission trompeuse de Sureway pour la machine 1*

Comme machine 1, Sureway a proposé un boteur Caterpillar, indiquant 1980 comme année de fabrication alors qu'il s'agissait en fait d'une machine de 1979. Dans leurs motifs, les juges Abella et Rothstein ont souligné que Sureway s'était engagée dans sa soumission à fournir un Caterpillar D8K de 1980, et c'est ce que la Ville a accepté. Par conséquent, Sureway était tenue de se conformer à cet engagement, et la Ville pouvait en exiger le respect. C'est ainsi que les juges ont donc conclu que la soumission de Sureway pour la machine 1 ne pouvait pas être jugée non conforme. Soit dit en tout respect, je ne partage pas cet avis.

La prétention que le propriétaire devrait pouvoir se fier aux renseignements fournis dans la soumission est certainement fondée. Toutefois, il faut examiner et évaluer attentivement les documents de soumission dans leur totalité. La soumission proposait un « Caterpillar D8K de 1980 », mais elle comportait aussi d'autres renseignements. Comme il avait été exigé, Sureway a fourni à l'égard du boteur le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville. Le juge de première instance a conclu qu'il était facile de vérifier ces renseignements. Je rappelle sa conclusion que la vérification dans les dossiers de la Ville [TRADUCTION] « classés dans le service dirigé par M. Danylak » (le premier représentant de la Ville à qui M. Necula a parlé) « aurait révélé que l'année de fabrication [de la machine 1] était en fait 1979 » (par. 11). La Ville n'a pas vérifié dans ses dossiers.

La Ville a fait valoir, et mes collègues acceptent son argument (dans leurs motifs se rapportant à la machine 2), que ces renseignements complémentaires donnaient lieu à de simples vices de forme auxquels la Ville pouvait passer outre. Or, pour ce qui est de la machine 1, la Ville n'a pas levé

Rather, the City simply chose to ignore this part of the information on the face of the bid, even when urged by Necula to “have a look at the bid”. Necula was not asking the City to rely on extrinsic information not available on the face of the tender documents. In effect, he was simply putting the City’s nose to the face of the bid and asking that City officials read it attentively.

In my view, given the circumstances of this case, it was not open to the City to ignore these specifications. The City’s casual approach to Sureway’s bid, particularly in light of the warning it received about the bid’s likely non-compliance, was unfair to other bidders who provided accurate information in accordance with the tender specifications. The obligation to accept only a compliant bid would be meaningless if it did not include the duty to take reasonable steps to ensure that the bid is compliant. In my view, checking the equipment particulars — particulars which the City itself called for — against its own records was one such reasonable step the City was obliged to take in evaluating the bids for compliance. I agree with the trial judge’s conclusion that, if there was such a duty, the City was negligent in failing to check its own records. Had it done so, it would have readily uncovered Sureway’s deceit in respect of Unit #1.

The City further takes the position, and my colleagues accept, that the requirement for equipment particulars was included solely to enable it to more conveniently access information about the equipment and proceed with registration *after* a bid was accepted. In my respectful view, the obligation to accept only a compliant bid requires that reasonable steps be taken to evaluate the bid for compliance *before* acceptance.

ces exigences; au contraire, les renseignements en cause ont été fournis par Sureway. La Ville a plutôt simplement choisi de ne pas tenir compte de ces éléments d’information fournis dans la soumission, même lorsque M. Necula lui a fortement recommandé de « la vérifier ». Celui-ci ne demandait pas à la Ville de se fonder sur des renseignements extrinsèques ne figurant pas dans les documents de soumission. En fait, il attirait simplement l’attention de la Ville sur les renseignements fournis dans la soumission et demandait aux représentants de la Ville de les lire attentivement.

À mon avis, vu les circonstances de l’espèce, il n’était pas loisible à la Ville d’écarter ces renseignements. En traitant de façon désinvolte la soumission de Sureway, surtout qu’elle avait été prévenue de sa non-conformité probable, la Ville n’a pas traité équitablement les autres soumissionnaires qui ont fourni des renseignements exacts suivant les exigences précisées dans l’appel d’offres. L’obligation de n’accepter qu’une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l’obligation de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer de la conformité de la soumission. À mon avis, la vérification des renseignements fournis au sujet des machines — qu’elle avait elle-même demandés — en les comparant aux données figurant dans ses propres dossiers constitue l’une de ces mesures raisonnables que la Ville avait l’obligation de prendre lors de l’évaluation de la conformité des soumissions. Je conviens avec le juge de première instance que la Ville, si elle avait une telle obligation, a fait preuve de négligence en ne vérifiant pas dans ses propres dossiers. Si elle l’avait fait, elle aurait rapidement découvert la tromperie de Sureway au sujet de la machine 1.

Par ailleurs, la Ville a soutenu, et mes collègues acceptent son argument, que la demande de détails sur les machines avait pour seul but de lui permettre de plus facilement avoir accès aux renseignements les concernant et procéder à l’enregistrement, *après* l’acceptation d’une soumission. Soit dit en tout respect, l’obligation de n’accepter qu’une soumission conforme suppose la prise de mesures raisonnables visant à vérifier la conformité *avant* l’acceptation.

- 118 A similar position is taken with respect to the City's right to inspect the equipment under Condition 9 of the Conditions of Tender. As Abella and Rothstein JJ. correctly note, Condition 9 is couched in terms of *cancelling* a purchase order. From this they conclude "that equipment bid would only be checked for compliance with the specifications *after* the contract was awarded" (para. 48). However, while I agree that Condition 9 gave the City a right to cancel the contract after it was awarded if it was discovered that the equipment bid was non-compliant, in my respectful view, this does not mean that the City had no obligation to take reasonable steps to ensure it was accepting only a compliant bid *prior* to acceptance. Indeed, the right to inspect and cancel reserved under Condition 9 is complementary to this obligation. The obligation to accept only a compliant bid requires that the City enter into a Contract B on terms contemplated in the tender call. The right to inspect and cancel for non-compliance, reserved to the City under Condition 9, further enabled the City to fulfill this obligation. In this case, had the City inspected the equipment, Sureway's deceit would have been discovered and, in order to fulfill its obligation to all Contract bidders, the City's only option would have been to cancel the purchase order. The City chose to do neither.
- Une position semblable a été adoptée en ce qui concerne le droit d'inspection de la Ville prévu à la clause 9 des Conditions de l'appel d'offres. Comme l'ont souligné à juste titre les juges Abella et Rothstein, la clause 9 est libellée de manière à permettre l'*annulation* d'un bon de commande. Ils en déduisent que « c'est seulement *après* l'adjudication du contrat qu'on vérifie si le matériel proposé est conforme au cahier des charges » (par. 48). Je conviens que la clause 9 confère à la Ville le droit d'annuler le contrat après son adjudication en cas de non-conformité, mais j'estime, soit dit en tout respect, que cela ne signifie pas qu'elle n'avait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour veiller à n'accepter qu'une soumission conforme *avant* l'acceptation. D'ailleurs, le droit d'inspection et d'annulation prévu à la clause 9 constitue un élément complémentaire de cette obligation. Parce qu'elle est tenue d'accepter uniquement une soumission conforme, la Ville doit conclure le contrat B aux conditions précisées dans l'appel d'offres. Le droit d'inspection et d'annulation en cas de non-conformité, prévu à la clause 9, lui permet aussi de s'acquitter de cette obligation. En l'espèce, si elle avait procédé à l'inspection, elle aurait découvert la tromperie de Sureway et, compte tenu de son obligation envers tous les soumissionnaires, elle n'aurait eu d'autre choix que d'annuler le bon de commande. Or, la Ville a choisi de ne pas agir ainsi.
- 119 Russell J.A. on behalf of the Court of Appeal expressed concern about imposing any "duty . . . to investigate" on the owner, stating:
- To impose a duty on owners to investigate whether a bidder will comply with the terms of its bid would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties.
- [[TRADUCTION] Imposer aux propriétaires l'obligation de vérifier si les soumissionnaires respecteront les modalités de leurs soumissions aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses.
- ((2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104, at para. 36)
- ((2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104, par. 36)
- Abella and Rothstein JJ. agree with this observation, and I acknowledge that an owner does not have to launch an investigation to satisfy itself that a bidder *will in fact* do what it undertakes to do. Nor
- Les juges Abella et Rothstein ont souscrit à cette observation, et je reconnais que le propriétaire n'est pas tenu de procéder à une vérification pour se convaincre que le soumissionnaire *respectera*

do I claim that an owner has a duty, in its evaluation of the bids, to search for additional information or to take action beyond that which it is empowered to take pursuant to the tender documents themselves. But this does not mean that the owner does not have an obligation to take reasonable steps to evaluate the terms of the bid to ensure that they conform with the tender call. Given the central importance of the nature of the equipment bid in this case, it is not surprising that the City specifically required that bidders provide details about the equipment bid that included not only the year of manufacture but also the serial number and city registration licence number. Since serial numbers and registration numbers can hardly be meaningful in and of themselves, an objective observer could only conclude that these specifications were intended to permit verification. It is also not surprising that the City reserved itself a right of inspection. These terms and conditions enabled the City to assure itself that the bid was compliant. By failing to take these reasonable steps to evaluate Sureway's bid for Unit #1, the City breached its obligation to Double N under Contract A.

### 3.2 *Sureway's Ambiguous Bid for Unit #2*

In its bid for Unit #2, Sureway specified a "1977 or 1980 Rental Unit". As stated earlier, the cost per hour accorded with a 1980 machine but the registration and serial numbers corresponded to the 1977 machine. Therefore, on its face, Sureway's bid offered to supply a particular 1977 Caterpillar D8K *or* an unidentified 1980 Caterpillar D8K rental unit. It can hardly be said that this bid was compliant with the City's request. The City asked only for apples, and Sureway responded by saying that it would provide the City with oranges *or* with apples. At best, the bid was ambiguous. Since the ambiguity related to an essential term of the contract, this ambiguity cannot be said to be a mere irregularity.

Double N also argues that the addition of the words "or 1980 Rental Unit" amounted to a mere

*effectivement* ses engagements. Je ne crois pas non plus que le propriétaire ait l'obligation, lors de l'évaluation des soumissions, d'obtenir des renseignements supplémentaires ou de prendre des mesures autres que celles prévues dans les documents d'appel d'offres. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'a pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour évaluer la conformité de la soumission avec l'appel d'offres. Vu l'importance primordiale du type de machines dont il est question en l'espèce, il n'est pas étonnant que la Ville ait demandé expressément aux soumissionnaires de fournir des détails sur les machines proposées, entre autres, non seulement l'année de fabrication, mais aussi le numéro de série et le numéro d'enregistrement. Étant donné que ces numéros n'ont pour ainsi dire pas de valeur en soi, un observateur objectif peut uniquement en conclure que ces précisions devaient être utilisées à des fins de vérification. Il n'est pas non plus étonnant que la Ville se soit réservé le droit d'inspection. Ces conditions permettaient à la Ville de vérifier la conformité de la soumission. En ne prenant pas ces mesures raisonnables pour évaluer la soumission de Sureway pour la machine 1, la Ville a manqué à son obligation envers Double N au titre du contrat A.

### 3.2 *Soumission ambiguë de Sureway pour la machine 2*

Comme machine 2, Sureway a proposé une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». Comme il a déjà été mentionné, le tarif horaire correspondait au tarif pour une machine de 1980, mais les numéros de série et d'enregistrement correspondaient à ceux d'une machine de 1977. Ainsi, dans sa soumission, Sureway proposait de fournir un Caterpillar D8K de 1977 *ou* une machine de location Caterpillar D8K de 1980. On peut difficilement affirmer que cette soumission est conforme aux exigences de la Ville. Celle-ci a uniquement demandé des pommes, mais Sureway a proposé de lui fournir des oranges *ou* des pommes. La soumission était pour le moins ambiguë. Comme elle avait trait à un élément essentiel du contrat, l'ambiguïté ne pouvait être considérée comme un simple vice de forme.

Double N soutient en outre que l'adjonction du terme « ou machine de location de 1980 » équivaut à

120

121

promise to comply and did not constitute a bid: see *Graham Industrial Services*, at para. 35. Abella and Rothstein JJ. reject this argument on the grounds that this is simply “in the nature of the bidding process; it represents a commitment to comply with what is bid” (para. 42). With respect, I disagree. Even if it were open to bidders to offer equipment not currently in their possession, there is a distinction between a bid that provides details of arrangements made to lease or acquire compliant equipment and a bid that provides nothing more than a bald assertion that it will comply. The absence of any information about the proposed 1980 rental unit concerned a material condition of the tender, and was not a mere informality which the City had the right to waive.

une simple promesse de se conformer aux exigences et non à une soumission : voir *Graham Industrial Services*, par. 35. Les juges Abella et Rothstein rejettent cet argument au motif que c’est simplement « la nature même de l’appel d’offres; il s’agit de l’engagement de se conformer aux modalités de la soumission » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Même si les soumissionnaires pouvaient proposer des machines qu’ils n’ont pas encore en leur possession, il y a une distinction à faire entre le soumissionnaire qui donne dans sa soumission les détails des dispositions qu’il a prises pour louer ou acheter les machines dont il a besoin pour se conformer aux exigences et le soumissionnaire qui déclare tout simplement dans sa soumission qu’il se conformera aux exigences. L’absence de tout renseignement sur la machine de location de 1980 touche à une condition essentielle de l’appel d’offres; il ne s’agissait pas d’un simple vice de forme auquel la Ville pouvait passer outre.

122 The City argues, and my colleagues agree, that the City’s Purchase Order constituted “the City’s acceptance of the 1980 rental unit offered in Item 2 of Sureway’s bid” (para. 43). This is because the Purchase Order explicitly stipulated that “[a]ll conditions of the tender specifications dated June 09, 1986 will apply.” The City relies on its right to insist on compliance in support of its contention that it fulfilled its duty to accept only a compliant bid in respect of the rental unit. It is argued that the integrity of the tendering process is protected by putting the risk of having to comply with any misrepresentation on the deceptive bidder. I am unable to accept this position.

La Ville a fait valoir, et mes collègues acceptent son argument, que le bon de commande constituait « l’acceptation par la Ville de la machine de location de 1980 que Sureway a proposée comme machine 2 dans sa soumission » (par. 43), parce qu’il y précisait : [TRADUCTION] « Toutes les conditions du cahier des charges de l’appel d’offres du 9 juin 1986 s’appliquent. » La Ville invoque son droit d’exiger le respect des conditions à l’appui de son assertion que, pour la machine de location, elle s’est acquittée de son obligation d’accepter uniquement une soumission conforme. On soutient que l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres est préservée du fait que le soumissionnaire qui a fait les déclarations trompeuses est exposé au risque d’avoir à s’y conformer. Je ne puis accepter une telle position.

123 The right to insist on compliance cannot turn what is on its face a non-compliant bid into a compliant one. Furthermore, I fail to see how the integrity of the bidding process is protected by allowing a bidder to get rid of the competition unfairly and then hash it out with the owner after it has been awarded the contract. Approaching the tendering process in this manner encourages precisely the sort of duplicity seen in the present appeal. A

Le droit d’exiger le respect des conditions ne peut transformer une soumission à première vue non conforme en soumission conforme. En outre, je ne vois pas comment on préserve l’intégrité de l’appel d’offres en permettant à un soumissionnaire de se débarrasser de manière déloyale de ses concurrents puis de discuter point par point avec le propriétaire après avoir obtenu le contrat. Cette façon de voir l’appel d’offres encourage précisément le genre de

bidder can submit a bid that is either ambiguous or deliberately misleading but compliant on its face in some respects, secure in the knowledge that if it is awarded Contract B, it will be in a strong position to renegotiate essential terms of the contract. And an owner can reason that it may be best not to resolve any ambiguity before awarding Contract B, since at that time all Contract A obligations towards other bidders will terminate and it can then enter into renegotiations with the successful bidder without fear of liability. This approach is not consistent with a fair and open process.

Moreover, when push came to shove, the City *did not* insist on compliance. Instead, the City acquiesced to Sureway's demands and decided to let the matter "lie peacefully". If what turned Sureway's *prima facie* non-compliant bid into a compliant one was the City's right to insist on compliance, then the City was duty-bound to do precisely that. In my respectful view, when it failed to insist on compliance with this essential term of the tender, the City breached its duty under Contract A to treat all bidders fairly and equally. The City cannot escape this fundamental obligation by postponing the fulfilment of its duty under Contract A to a time after Contract B has been entered into and then argue that Contract A is at an end.

To hold the owner to the material terms of its tender call in awarding Contract B is a corollary to the duty to accept only a compliant bid and is necessary to ensure fairness throughout the process. A variation from the essential requirements of the tender call at the time of awarding Contract B is unfair to the other bidders who could have benefited from such variation earlier on in the process. This obligation does not mean that the parties have no freedom to negotiate on informal or non-material requirements at the time they enter into Contract B. Since variations of non-material terms could not have the effect of turning a non-compliant bid into a compliant one, other bidders would have no

duplicité que nous voyons en l'espèce. En effet, un soumissionnaire peut présenter une soumission soit ambiguë, soit délibérément trompeuse, mais à première vue conforme à certains égards, sachant que, s'il obtient le contrat B, il sera bien placé pour en renégocier des conditions essentielles. Quant au propriétaire, il peut juger préférable de ne pas régler une ambiguïté avant d'adjuger le contrat B puisqu'il sera alors libéré de toutes ses obligations au titre du contrat A envers les autres soumissionnaires et pourra entamer de nouvelles négociations avec le soumissionnaire retenu sans crainte de poursuites. Cette façon de procéder ne cadre pas avec un mécanisme équitable et transparent.

Par ailleurs, quand la situation s'est corsée, la Ville *n'a pas* exigé le respect des conditions. En fait, elle a accédé aux demandes de Sureway et a décidé de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ». Si ce qui transforme la soumission à première vue non conforme de Sureway en soumission conforme est le droit de la Ville d'exiger le respect des conditions, alors celle-ci avait l'obligation de précisément exercer ce droit. J'estime, en toute déférence, que la Ville, en n'exigeant pas le respect de cette condition essentielle de l'appel d'offres, a manqué à son obligation au titre du contrat A de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle ne peut échapper à cette obligation fondamentale en choisissant de s'acquitter de son obligation au titre du contrat A seulement après avoir formé le contrat B, puis de soutenir que le contrat A a pris fin.

L'obligation du propriétaire de s'attacher aux conditions essentielles de son appel d'offres lors de la formation du contrat B est le corollaire de l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme et est nécessaire pour assurer l'équité à toutes les étapes du mécanisme. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui auraient pu en bénéficier au début. Cette obligation ne signifie pas que les parties ne disposent pas d'une certaine marge de manœuvre pour négocier des exigences non essentielles au moment de la formation du contrat B. Étant donné

124

125

cause for complaint if such variations were made. Likewise, the parties are at liberty to amend the terms of Contract B after it has been entered into to address circumstances that may arise during the course of its performance. Since any of the bidders could be faced with changing circumstances that require an amendment to the contract, there could be no allegation of unfairness. However, where, as here, the City failed to take reasonable steps to evaluate the terms of the bid to ensure compliance, its waiver of the essential age requirement effectively turned a non-compliant bid into a compliant one and cannot be condoned.

126 For these reasons, I am of the view that the City breached its obligations to Double N to accept only a compliant bid and to treat all bidders fairly and equally. In light of this conclusion, I do not find it necessary to deal with Double N's contention that the City improperly engaged in bid shopping.

#### 4. Damages

127 I adopt the trial judge's reasons with respect to damages. I accept that had Sureway's bid been disqualified as being non-compliant, Double N, as the lowest evaluated bidder, would have been awarded Contract B. For the purposes of ascertaining damages, I accept the trial judge's finding that Double N should be entitled to damages for loss of the profits of the contract based on an initial rate of \$88 an hour for Units #1 and #2 and \$112.50 an hour for Unit #3. I see no reason to disagree with his evaluation of the contingency that the City would have rejected all tenders and gone to new tenders at 25 percent.

128 In accordance with the determination of the trial judge, I would therefore award Double N damages

que la modification de conditions non essentielles ne pourrait avoir pour effet de transformer une soumission non conforme en soumission conforme, les autres soumissionnaires n'auraient aucun motif de se plaindre en cas de modification. De même, les parties sont libres de modifier les conditions du contrat B si les circonstances l'exigent pendant l'exécution du contrat. Comme n'importe lequel des soumissionnaires pourrait se retrouver dans une situation où il doit apporter des modifications au contrat, il ne pourrait y avoir allégation d'injustice. Mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la Ville n'a pas pris de mesures raisonnables pour vérifier la conformité de la soumission, sa levée de la condition essentielle relative à l'année de fabrication transforme effectivement une soumission non conforme en soumission conforme et ne saurait être justifiée.

Pour ces motifs, j'estime que la Ville a manqué à ses obligations envers Double N d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Vu cette conclusion, je ne juge pas nécessaire d'examiner la prétention de Double N que la Ville s'est indûment livrée au marchandage de soumissions.

#### 4. Domages-intérêts

Je fais miens les motifs du juge de première instance pour ce qui est des dommages-intérêts. J'estime que, si la soumission de Sureway avait été écartée pour non-conformité, Double N, prochain soumissionnaire jugé le moins-disant, aurait obtenu le contrat B. En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, j'accepte la conclusion du juge de première instance, que Double N devrait avoir droit à des dommages-intérêts équivalant aux profits qu'elle aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé, au tarif horaire initial de 88 \$ pour les machines 1 et 2 et au tarif de 112,50 \$ pour la machine 3. Je ne vois aucune raison de ne pas accepter son évaluation de la probabilité, qu'il estime à 25 p. 100, que la Ville rejette toutes les soumissions et lance un nouvel appel d'offres.

Comme le juge de première instance, je suis donc d'avis d'accorder à Double N des

equal to 75 percent of the lost profits of the contract, with costs throughout.

### 5. Third Party Liability

As the trial judge rightly concluded, the only way for the City to be liable to Double N “is if the year of manufacturing of the machine was so essential an element that to award the contract to Sureway for a 1979 [and/or 1977] machine would be a breach of a fundamental duty of fairness in the bidding process by the City” (para. 85). As he also remarked, if the City were found to have acted negligently in accepting Sureway’s tender for a 1979 or 1977 machine, he would have concluded that “the cause of the breach of the City’s duty to act fairly vis-à-vis Double N was the result of the deliberate attempt by Sureway to induce the City to accept a tender which arguably was for a 1979 [and/or 1977] machine” (para. 86). He would then have found Sureway liable to reimburse the City for two-thirds of the damages together with costs.

On the question of third party liability, I agree with the framework proposed by the trial judge. Because I am of the view that the City did breach its obligations under its Contract A with Double N and that Sureway’s actions were instrumental in bringing about this result, I would find Sureway liable to reimburse the City for two-thirds of the damages together with costs.

### 6. Conclusion

I would therefore allow the appeal, set aside the judgments below and give judgment in the main action and the third party claim in accordance with these reasons.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and BASTARACHE, BINNIE and CHARRON JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: I. Samuel Kravinchuk, Edmonton.*

dommages-intérêts équivalant à 75 p. 100 des profits non réalisés au titre du contrat, avec dépens devant toutes les cours.

### 5. Responsabilité du tiers mis en cause

Le juge de première instance a conclu à bon droit que la Ville ne pouvait être tenue redevable envers Double N que [TRADUCTION] « si l’année de fabrication est une condition à ce point essentielle que l’adjudication du contrat à Sureway pour une machine de 1979 [ou de 1977] constituerait de la part de la Ville un manquement à l’obligation fondamentale d’équité inhérente à l’appel d’offres » (par. 85). Le juge a aussi souligné que, s’il avait jugé que la Ville avait fait preuve de négligence en acceptant la soumission de Sureway pour une machine de 1979 ou de 1977, il aurait conclu que [TRADUCTION] « la Ville a manqué à son obligation de traiter Double N de manière équitable en raison de la tentative délibérée de Sureway d’amener la Ville à accepter une soumission portant sans doute sur une machine de 1979 [ou de 1977] » (par. 86). Il aurait ensuite condamné Sureway à verser à la Ville une somme équivalant aux deux tiers des dommages-intérêts avec dépens.

Quant à la question du tiers mis en cause, j’adopte le cadre proposé par le juge de première instance. Comme j’estime que la Ville a manqué à ses obligations au titre du contrat A envers Double N et que les agissements de Sureway ont largement contribué à ce résultat, je suis d’avis de condamner Sureway à verser à la Ville une somme équivalant aux deux tiers des dommages-intérêts avec dépens.

### 6. Conclusion

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les jugements des instances inférieures et, dans l’action principale et la demande de mise en cause, de rendre jugement conformément aux présents motifs.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges BASTARACHE, BINNIE et CHARRON sont dissidents.*

*Procureur de l’appelante : I. Samuel Kravinchuk, Edmonton.*

129

130

131

*Solicitor for the respondent the City of  
Edmonton: City of Edmonton, Alberta.*

*Procureur de l'intimée la Ville d'Edmonton :  
Ville d'Edmonton, Alberta.*

*Solicitors for the respondent Sureway  
Construction of Alberta Ltd.: Fraser Milner  
Casgrain, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée Sureway Construction of  
Alberta Ltd. : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.*