

**Her Majesty The Queen in right of Ontario
and the Water Resources Commission**

(Defendants) Appellants;

and

**Ron Engineering & Construction (Eastern)
Ltd. (Plaintiff) Respondent.**

1980: November 13; 1981: January 27.

Present: Martland, Dickson, Estey, McIntyre and
Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Contracts — Mistake — Tender on construction
contract — Mistake in calculation of bid discovered by
respondent after tenders opened — Appellants notified
of mistake before tender accepted — Respondent
declined to enter into agreement — Whether or not
appellants entitled to consider deposit forfeited.*

This appeal was from a decision of the Ontario Court of Appeal which reversed the trial judge and directed the return to the respondent contractor of \$150,000 paid by it to the appellant owner by way of a tender deposit at the time of filing of a bid in response to a call for tenders by the owner.

Pursuant to the rules applicable to the call for tenders, the contractor submitted his tender accompanied by a certified cheque for \$150,000 that was to be returned after the execution of the contract and the receipt of the performance bond and the payment bond. The bid submitted was discovered to be in error after the opening of tenders: an amount of \$750,058 had been omitted from the total sum tendered. The tender documents included the term that if a tender were withdrawn, or if the Commission did not receive the executed agreement within a certain time, the Commission could retain the deposit. Although the contractor requested by telex to withdraw its tender without penalty, it maintained in subsequent correspondence and in these proceedings that it had not withdrawn its tender but that, by reason of the notice of its error given to the owner prior to acceptance of the tender, the offer was not capable of being accepted. The owner, after receiving the contractor's notice of the mistake and in response to the contractor's position that the offer was not revoked, submitted the contract in prescribed form for the contractor's signature. When the contractor declined to enter the agreement, the owner, relying on the tender deposit term, decided to retain the deposit and proceeded to

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et
the Water Resources Commission**

(Défenderesses) Appelantes;

et

**Ron Engineering & Construction (Eastern)
Ltd. (Demanderesse) Intimée.**

1980: 13 novembre; 1981: 27 janvier.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre
et Lamer.

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

*Contrats — Erreur — Soumission en vue d'un contrat
de construction — Erreur de calcul de la soumission
découverte par l'intimée après l'ouverture des soumissions
— Notification de l'erreur aux appelantes
avant l'acceptation de la soumission — Refus de l'intimée
de signer le contrat — Les appelantes ont-elles le
droit de confisquer le dépôt?*

Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision du juge de première instance et ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé la somme de \$150,000 qu'il avait versée à la propriétaire appelante à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepreneur a présenté une soumission à laquelle était joint un chèque visé de \$150,000 qui devait être remis après la signature du contrat et la réception de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement. On a constaté, après l'ouverture des soumissions, que l'offre comportait une erreur: une somme de \$750,058 avait été oubliée dans le calcul du montant total de l'offre. Les documents d'appel d'offres comportaient la condition que si la soumission était retirée ou si la Commission ne recevait pas le contrat signé dans un délai donné, elle pouvait conserver le dépôt. Même si l'entrepreneur a demandé, dans un télex, de retirer sa soumission sans être pénalisé, il a soutenu dans la correspondance postérieure et au cours des procédures qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation. Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur et réagissant à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a présenté le contrat conforme aux conditions prévues pour signature par l'entrepreneur. L'entrepreneur a refusé de signer le con-

accept another tender. The contractor commenced this action to recover the tender deposit.

Held: The appeal should be allowed.

Nothing in the tender documentation supported the contractor's position that the owner had not complied with the terms set out in the documentation because the owner did not execute the construction document before proffering it to the contractor.

The revocability of the offer was to be determined in accordance with the "General Conditions" and "Information for Tenderers" and related documents. A unilateral contract, contract A, arose automatically upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a specified period of time, after which, if the tender had not been accepted, the deposit could be recovered by the tenderer. The principal term of contract A was the irrevocability of the bid and the corollary term was the obligation in both parties to enter into a construction contract, contract B, upon the acceptance of the tender. The deposit was required to ensure the performance by the contractor-tenderer of its obligations under contract A. It is not correct to say that when a mistake was proven after the tenders were opened by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender was made could neither accept the tender nor forfeit the deposit. The test was to be imposed when the tender was submitted, not at a later date, and at that time the rights of the parties under contract A crystallized, at least in circumstances where the tender was capable of acceptance in law.

There was no question of mistake on the part of either party before the moment when contract A came into existence. The tender, despite its being the product of a mistaken calculation, could be subject to the terms and conditions of contract A so as to invoke forfeiture of the deposit. There was no error in the sense that the contractor did not intend to submit the tender in its form and substance. Then, too, there was no principle in law under which the tender was rendered incapable of acceptance by the appellant. No mistake existed which impeded the coming into being of contract A. The effect of a mistake upon the formation, enforceability or interpretation of a subsequent construction contract need not be considered in this case.

The issue did not concern the law of mistake but the application of the forfeiture provisions contained in the

tratt; la propriétaire a décidé, vu les conditions de l'appel d'offres, de retenir le dépôt et d'accepter une autre offre. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Rien dans les documents d'appel d'offres ne permet d'étayer l'argument de l'entrepreneur que la propriétaire ne s'est pas conformée aux conditions de ces documents en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à la signature de l'entrepreneur.

Il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales», les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les documents accessoires. La présentation de la soumission a automatiquement donné lieu à un contrat unilatéral, le contrat A, entre l'entrepreneur et la propriétaire en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission avant un certain délai à la fin duquel le soumissionnaire pouvait recouvrer le dépôt si l'offre n'avait pas été acceptée. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un contrat d'entreprise, le contrat B, dès l'acceptation de la soumission. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. Il est faux de dire que, lorsque l'erreur est établie après l'ouverture des soumissions par la présentation d'une preuve raisonnable, la personne à qui la soumission est présentée ne peut ni l'accepter ni confisquer le dépôt. Il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, et à ce moment les droits des parties en vertu du contrat A sont cristallisés, au moins dans les cas où la soumission est susceptible d'acceptation en droit.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. Même si la soumission résultait d'une erreur de calcul, elle pouvait être assujettie aux conditions du contrat A et partant donner lieu à la confiscation du dépôt. Il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. De plus, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Il n'y a aucune erreur qui ait empêché la naissance du contrat A. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner les conséquences possibles d'une erreur sur la formation, le caractère exécutoire et l'interprétation d'un contrat d'entreprise postérieur.

La question en litige ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à

tender documents. The deposit was recoverable by the contractor under certain conditions, none of which was met, and also was subject to forfeiture under another term of the contract, the conditions of which had been met. The omission by the owner to insert the number of weeks specified by the tender in the appropriate blank in the contract had no bearing on the rights of the parties to the appeal and did not stand in the way of the owner's asserting its right to retain the deposit.

McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al., [1971] 3 O.R. 801, distinguished; *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd. et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 447, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, reversing the judgment of J. Holland J. Appeal allowed.

B. Johnston, Q.C., and *M. Fleishman*, for the defendants, appellants.

Hyman Soloway, Q.C., and *J. Shields*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The Ontario Court of Appeal, reversing the trial judge, directed the return to the respondent-contractor (hereinafter referred to as the “contractor”) of \$150,000 paid by the contractor to the appellant-owner (hereinafter referred to as the “owner”) by way of a tender deposit at the time of filing a bid in response to a call for tenders by the owner.

Under the general conditions applicable to the call for tenders, the owner issued as part of the tender documentation, “Information for Tenderers”, paragraph 13 of which, under the heading “Tender Deposit”, stated in part:

Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn before the Commission shall have considered the tenders or before or after he has been notified that his tender has been recommended to the Commission for acceptance or that if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days as stipulated and as required

la confiscation stipulées aux pièces de soumission. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs, le dépôt peut être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées. L'omission de la propriétaire d'inscrire le nombre de semaines mentionné à la soumission dans l'espace prévu à cette fin dans la formule n'a pas d'effet sur les droits des parties à ce pourvoi et n'empêche pas la propriétaire de faire valoir son droit de conserver le dépôt.

Jurisprudence: Distinction faite avec *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 801; arrêt examiné: *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd. et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 447.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a infirmé le jugement du juge J. Holland. Pourvoi accueilli.

B. Johnston, c.r., et *M. Fleishman*, pour les défenderesses, appelantes.

Hyman Soloway, c.r., et *J. Shields*, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé le jugement de première instance, a ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé (ci-après appelé «l'entrepreneur») la somme de \$150,000 qu'il avait versée à la propriétaire appelante (ci-après appelée «la propriétaire») à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Aux termes des conditions générales de l'appel d'offres, la propriétaire a publié dans les renseignements d'appel d'offres, les [TRADUCTION] «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» dont la clause 13, intitulée [TRADUCTION] «Dépôt de soumission», dit notamment ceci:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée avant que la Commission ait examiné les soumissions ou avant ou après qu'il ait été avisé que l'acceptation de sa soumission a été recommandée à la Commission ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours mentionnés et prescrits

¹ (1979), 24 O.R. (2d) 332; (1979), 98 D.L.R. (3d) 548.

¹ (1979), 24 O.R. (2d) 332; (1979), 98 D.L.R. (3d) 548.

herein, the Agreement executed by the tenderer, the Performance Bond and the Payment Bond executed by the tenderer and the surety company and the other documents required herein, the Commission may retain the tender deposit for the use of the Commission and may accept any tender, advertise for new tenders, negotiate a contract or not accept any tender as the Commission may deem advisable.

Pursuant to the rules applicable to the call for tenders, the contractor submitted a tender for \$2,748,000 on or before 3:00 p.m., July 4, 1972. Accompanying the contractor's tender was a certified cheque in the amount of \$150,000 as required by the terms and conditions upon which tenders were called. The document already referred to, "Information for Tenderers", further provided with respect to the tender deposit:

After the execution of the Contract and the receipt by the Commission of the Performance Bond and the Payment Bond the tender deposit of the successful tenderer will be returned.

The contractor's employee who filed the tender, Hedges, remained for the opening of tenders. Upon learning that the contractor's tender was the lowest out of eight bids and that it was about \$632,000 lower than the next lowest bidder, she immediately reported to the president of the contractor, Vered. What ensued is set out by J. Holland J., the trial judge, in his judgment:

From her prior experience Hedges felt that there was something radically wrong and wondered if she had made an error . . . Hedges went to call Vered after the tender opening—and this would probably be sometime around 3.30 p.m. She says that as soon as she spoke to Vered he said: "We're low. I made a mistake". This statement was made before she reported on the tenders. She asked if there was anything she could do and was told by Vered "No—come back to Ottawa". She never returned to the Ministry office.

Following the opening of tenders the plaintiff forwarded a telex at approximately 4.12 p.m. on July 4, 1972. Exhibit 4, (page 27 of exhibit book) is the copy of this telex and reads as follows:

aux présentes, le contrat signé par le soumissionnaire, la garantie d'exécution et la garantie de paiement signées par le soumissionnaire et la société de cautionnement ainsi que les autres documents exigés par les présentes, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission pour son bénéfice et accepter toute offre, faire un nouvel appel d'offres, négocier un contrat ou n'accepter aucune des offres, selon que la Commission le jugera à propos.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepreneur a présenté une soumission de \$2,748,000 avant 15 h le 4 juillet 1972. Un chèque visé de \$150,000 était joint à la soumission de l'entrepreneur conformément aux conditions de l'appel d'offres. Le document précité, intitulé «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», prescrit encore ce qui suit à l'égard du dépôt de soumission:

[TRADUCTION] Après la signature du contrat et réception par la Commission de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement, le dépôt de soumission de l'entrepreneur dont la soumission aura été retenue lui sera remis.

L'employée de l'entrepreneur qui a déposé la soumission, une nommée Hedges, a assisté à l'ouverture des soumissions. Dès qu'elle eut appris que sur huit soumissions celle de l'entrepreneur était la plus basse et qu'elle était inférieure d'environ \$632,000 à la plus basse soumission suivante, elle a immédiatement fait rapport au président de l'entrepreneur, un nommé Vered. Le juge J. Holland, juge de première instance, relate dans son jugement ce qui est survenu par la suite:

[TRADUCTION] D'après son expérience, M^{me} Hedges a eu le sentiment que quelque chose allait réellement mal et elle s'est demandée si elle n'avait pas commis une erreur: M^{me} Hedges a téléphoné à Vered après l'ouverture des soumissions (c'était probablement vers 15 h 30.) Elle dit que dès qu'elle a parlé à Vered, il lui a dit: «Nous sommes bas, j'ai fait une erreur.» Il a fait cette déclaration avant qu'elle le mette au courant au sujet des soumissions. Elle lui a demandé si elle pouvait faire quelque chose et Vered lui a dit: «Non, revenez à Ottawa». Elle n'est jamais retournée au bureau du ministère.

Après l'ouverture des soumissions, la demanderesse a fait parvenir un télex vers 16 h 12, le 4 juillet 1972. La pièce 4 (p. 27 du cahier des pièces) est une copie de ce télex rédigé dans les termes suivants:

Today we submitted our tender for the above project and unfortunately due to the rush of compiling our last figures we omitted to add to our total the sum for our own forces work and general condition in the amount of 750,058.00 which actually should have been added to our lump sum tender amount for a total of 3,498,058.00 dollars.

Due to this unfortunate error we would appreciate being given the opportunity to show to you our estimate indicating the error and to hereby request to withdraw our tender and request an apology without being penalized.

The word "apology" obviously is difficult to understand but there is no doubt about the fact that this was the very word used by Vered as his own copy from his telex in his office contained the exact wording. In any event, this was a "request to withdraw the tender without penalty".

In subsequent correspondence and throughout these proceedings the contractor has maintained the position that it has not withdrawn its tender but that by reason of the notice of its error, given to the owner prior to the acceptance of the tender, the offer thereafter was not capable in law of being accepted and that the contractor has the right to recover the \$150,000 deposit. The learned trial judge concluded with respect to the facts:

- (1) that the tender as filed was as intended to be filed,
- (2) that the procedure leading to the determination of the tender figure, and not the tender itself, was in error. This was the fault of the plaintiff alone,
- (3) there was no error on the face of the tender,
- (4) that the error was learned of after the filing and after the close of time for filing,
- (5) that the error was known to Vered prior to Hedges advising Vered of the results of the tender opening,
- (6) that the plaintiff was diligent in attempting to get in touch with someone to advise of the error and to request the right to withdraw without penalty,
- (7) that the budget prepared by Gore and Storrie Ltd. in the sum of \$2,744,700.00, was an accurate basis for completion by a conscientious contractor, such

Aujourd'hui, nous avons déposé notre soumission pour l'ouvrage ci-dessus. Malheureusement, à cause de la précipitation dans la compilation des derniers chiffres, nous avons omis d'inclure dans la somme totale le prix du travail de nos équipes et nos frais généraux se chiffrant à \$750,058, qui auraient dû, en réalité, s'ajouter à la somme totale de notre soumission qui se serait chiffrée à \$3,498,058.

A cause de cette malheureuse erreur, nous vous saurions gré de nous permettre de vous montrer nos estimations qui révèlent l'erreur et nous demandons par la présente de retirer notre soumission et nous demandons des excuses sans être pénalisés.

Le mot «excuses» est certainement difficile à comprendre, mais il ne peut y avoir de doute que c'est le mot précis employé par Vered puisque sa propre copie tirée du télex de son bureau est formulée exactement de la même façon. De toute façon, il y a eu «demande de retirer la soumission sans pénalité».

Dans la correspondance postérieure et au cours de toutes les procédures, l'entrepreneur a soutenu qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation et que l'entrepreneur avait le droit d'être remboursé du dépôt de \$150,000. Le juge de première instance a conclu quant aux faits:

- 1) que la soumission déposée est celle qu'on a voulu déposer,
- 2) que le processus menant à la fixation du montant de la soumission, mais non la soumission elle-même, comporte une erreur. C'est là la faute de la seule demanderesse,
- 3) il n'y a pas d'erreur apparente à la lecture de la soumission,
- 4) que l'erreur a été découverte après le dépôt de la soumission et après l'expiration du délai fixé pour soumissionner,
- 5) que Vered a eu connaissance de l'erreur avant que M^{me} Hedges lui communique les résultats de l'ouverture des soumissions,
- 6) que la demanderesse a fait preuve de diligence dans sa tentative d'entrer en contact avec quelqu'un, de signaler l'erreur et de demander le droit de se désister sans pénalité,
- 7) que les prévisions préparées par Gore and Storrie Ltd. pour la somme de \$2,744,700 constituaient une base exacte de réalisation par un entrepreneur cons-

to include profit. I point out that there was no real attempt to discredit this budget figure.

It should be explained that the owner obtained an estimate by its consulting engineers of the cost of the water and sewage treatment plant for which work the tenders were being called. These engineers estimated that the cost of the job, including profit, would be \$2,744,700, some \$3,300 lower than the contractor's tender.

The owner, after the receipt of the notice from the contractor of the mistake in the tender, and no doubt responding to the position taken by the contractor that its offer was not revoked by it, submitted to the contractor for signature the construction contract in the form generally prescribed by the tender documents together with the other documents therein called for. The record does not include a blank form of the construction contract, but no issue arose as to the source of the form of contract sent to the contractor, and so it may be assumed said proffered contract complied with the tender documents. The contractor declined to enter into the agreement for the declared reason that it had by mistake submitted a tender which was \$750,058 lower than the contractor intended the bid to be. The owner then took the position, relying upon the tender deposit term quoted above, that it was entitled to retain the tender deposit and proceed to accept the tender posted by the second lowest bidder. This action was then commenced by the contractor to recover the \$150,000 tender deposit. The owner counter-claimed for damages occasioned by the contractor's refusal "to carry out the terms of its tender" and the consequential necessity of accepting the tender of the second lowest bidder. The trial judge found the owner entitled to retain the tender deposit and dismissed the counterclaim.

The core of the submission by the contractor is simply that a mistake by a tenderer, be it patent or latent, renders the tender revocable or the deposit recoverable by the tenderer, notwithstanding the provisions of paragraph 13 quoted above, so long as notice is given to the owner of the mistake prior

ciencieux, compte tenu des profits. Je signale que personne n'a tenté de mettre ces prévisions en doute.

Il y a lieu de signaler que la propriétaire a fait préparer par ses ingénieurs-conseils une estimation du coût de l'usine de traitement de l'eau et des égouts qui est l'ouvrage faisant l'objet des soumissions. Ces ingénieurs ont estimé le coût des travaux, profits inclus, à \$2,744,700, soit \$3,300 de moins que le montant de la soumission de l'entrepreneur.

Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur faite dans la soumission et, réagissant sans aucun doute à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a voulu lui faire signer le contrat d'entreprise selon les modalités générales prévues à la soumission, ainsi que les autres documents requis. Le dossier ne comporte pas de formule en blanc du contrat d'entreprise, mais l'origine de la formule de contrat transmise à l'entrepreneur n'est pas en litige. On peut donc présumer que le contrat ainsi présenté était conforme à la soumission. L'entrepreneur a refusé de le signer pour le motif avoué qu'il avait présenté, par erreur, une soumission de \$750,058 inférieure à celle qu'il avait voulu présenter. La propriétaire a alors décidé, vu les conditions de l'appel d'offres déjà mentionnées, de retenir le dépôt de soumission et d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission de \$150,000. En demande reconventionnelle, la propriétaire a réclamé des dommages-intérêts consécutifs au refus de l'entrepreneur de [TRADUCTION] «donner suite aux termes de sa soumission» et à la nécessité d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. Le juge de première instance a conclu que la propriétaire avait le droit de garder le dépôt de soumission et il a rejeté la demande reconventionnelle.

L'argument principal de l'entrepreneur consiste simplement à dire que si un soumissionnaire commet une erreur, qu'elle soit apparente ou cachée, il peut révoquer la soumission ou se faire rembourser le dépôt, nonobstant les dispositions de la clause 13 précitée, du moment que le proprié-

to the acceptance by the owner of the contractor's tender. There are subsidiary arguments advanced by the contractor to which I will later make reference.

We are not here concerned with a case where the mistake committed by the tendering contractor is apparent on the face of the tender. Rather the mistake here involved is one which requires an explanation outside of the tender documents themselves. The trial judge has so found and there is evidence in support of that finding. Nor do we have here a case where a trial court has found impropriety on the part of the contractor such as the attempted recall of an intended, legitimate bid once the contractor has become aware that it is the lowest bidder by a wide margin.

The Court of Appeal in reversing the trial court proceeded on the basis that the owner had not attempted "to signify its acceptance of the tender" but rather relied upon paragraph 13 of "Information for Tenderers" which I have quoted above. Relying on its decision in *Belle River Community Arena Inc. v. W. J. C. Kaufmann Co. Ltd. et al.*² decided by the Court of Appeal after the trial judgment herein had been handed down, the Court of Appeal concluded "that an offeree cannot accept an offer which he knows has been made by mistake and which affects a fundamental term of the contract". The court, speaking through Arnup J.A., continued:

In our view, the principles enunciated in that case ought to be applied in this case. The error in question has been found to be, as it obviously was, material and important. It was drawn to the attention of the Commission almost at once after the opening of tenders. Notwithstanding that, the Commission proceeded as if the error had not been made and on the footing that it was entitled to treat the tender for what it said on its face.

and concluded:

As I said in the course of the argument, a commission or other owner calling for tenders is entitled to be sceptical when a bidder who is the low tenderer by a

taire en reçoit notification avant d'accepter la soumission de l'entrepreneur. L'entrepreneur a soumis des arguments subsidiaires dont je reparlerai plus loin.

Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire où l'erreur de l'entrepreneur soumissionnaire est apparente à la lecture de la soumission. L'erreur en cause ici en est une qui appelle des explications extérieures aux pièces de la soumission. C'est la conclusion à laquelle en est venu le juge de première instance et des éléments de preuve étayaient cette conclusion. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où le tribunal de première instance a conclu à une manœuvre malhonnête, comme si l'entrepreneur avait tenté de retirer sa soumission présentée en bonne et due forme après s'être rendu compte qu'il est le plus bas soumissionnaire par un écart considérable.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance estimant que la propriétaire n'avait pas essayé de [TRADUCTION] «faire connaître son acceptation de la soumission», mais qu'elle avait plutôt invoqué la clause 13 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» que j'ai déjà citée. En se fondant sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Belle River Community Arena Inc. v. W. J. C. Kaufmann Co. Ltd. et al.*², après le prononcé du jugement de première instance en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] «le pollicite ne peut accepter l'offre s'il sait qu'elle a été faite par erreur et que l'erreur touche à une condition essentielle du contrat». Au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a ajouté:

[TRADUCTION] A notre avis, le principe énoncé dans l'affaire précitée doit s'appliquer ici. L'erreur en cause a été jugée grave et essentielle, et elle l'était manifestement. Elle a été portée à l'attention de la Commission presque immédiatement après l'ouverture des soumissions. Malgré cela, la Commission a continué à agir comme si l'erreur ne s'était pas produite en affirmant qu'elle avait le droit de considérer la soumission selon ses termes apparents.

Il a conclu:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit pendant les plaidoiries, une commission ou un autre propriétaire qui fait des appels d'offres a raison de se montrer sceptique

² (1978), 20 O.R. (2d) 447.

² (1978), 20 O.R. (2d) 447.

very substantial amount attempts to say, after the opening of tenders, that a mistake has been made. However, when that mistake is proven by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender is made is not in a position to accept the tender or to seek to forfeit the bid deposit.

In the *Belle River* case, *supra*, the contractor purported to withdraw the tender before any action to accept was taken by the owner. In the course of reaching the conclusion that the contractor was entitled to recover his bid bond, Arnup J.A. in that case found that the owner was unable to accept the offer once he became aware that it contained a mistake which affected a fundamental term of the contract. At p. 452 the learned justice in appeal put it this way:

In substance, the purported offer, because of the mistake, is not the offer the offeror intended to make, and the offeree knows that.

The principle applies even if there is a provision binding the offeror to keep the offer open for acceptance for a given period.

and continuing on pp. 453-4:

In view of the conclusion I have reached as to the inability of the plaintiff to accept the tender, it does not matter, in my opinion, whether the purported tender could be withdrawn, or was in fact withdrawn, before the purported acceptance.

If Kaufmann's tender could be withdrawn before acceptance (as occurred in *Hamilton Bd. Ed.* case [[1960] O.R. 594]), then Kauffman's [sic] tender was so withdrawn, and no contract came into existence. If it could not be withdrawn for 60 days, it nevertheless could not be accepted, for the reason already stated, and hence no contract came into existence.

This judgment is the basis for that given by the Court of Appeal in these proceedings.

Before us the contractor took the position that, by reason of the fact that the owner did not execute the construction contract before proffering it to the contractor for signature, the owner had not thereby conformed with the quoted portion of paragraph 13. I find nothing in the "Information for Tenderers" or in any of the tender documents which in any way supports such a position. Indeed,

quand celui qui se trouve le plus bas soumissionnaire par une marge considérable soutient, après l'ouverture des soumissions, qu'il y a eu erreur. Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

Dans l'affaire *Belle River*, précitée, l'entrepreneur avait voulu retirer la soumission avant que le propriétaire ne l'accepte. En concluant que l'entrepreneur a le droit de récupérer son cautionnement de soumission, le juge Arnup de la Cour d'appel a décidé, dans cette affaire-là, que le propriétaire ne pouvait accepter l'offre après avoir appris que celle-ci comportait une erreur sur une condition essentielle du contrat. Voici ce que le savant juge dit, à la p. 452:

[TRADUCTION] Au fond, à cause de l'erreur, la prétendue offre n'est pas celle que le pollicitant a voulu faire et le pollicité le sait.

Le principe s'applique même s'il y a une disposition qui oblige le pollicitant à maintenir son offre pendant un délai donné.

il poursuit, aux pp. 453 et 454:

Selon l'analyse de la conclusion à laquelle j'en viens quant à l'impossibilité pour la demanderesse d'accepter la soumission, il importe peu, à mon avis, que la prétendue soumission puisse être retirée ou qu'elle l'ait été effectivement, avant la prétendue acceptation.

Si la soumission de Kaufmann pouvait être retirée avant son acceptation (comme dans l'affaire *Hamilton Bd. Ed.*, [[1960] O.R. 594]), alors sa soumission a été retirée et il n'y a eu formation d'aucun contrat. S'il n'était pas possible de la retirer pendant soixante jours, elle ne pouvait pas non plus être acceptée pour le motif déjà mentionné et, par conséquent, il n'y a eu formation d'aucun contrat.

Cet arrêt a servi de fondement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce.

L'entrepreneur a soutenu devant nous qu'en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à l'entrepreneur pour signature, la propriétaire ne s'était pas conformée aux dispositions précitées de la clause 13. Je ne vois rien dans les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» ni dans aucune autre pièce de soumission qui justifie cette position. Il est vrai que le texte de la

the term of the last part of paragraph 13, which I have already set out above, read literally would require the tenderer to execute the agreement and associated documents and file them with the owner in order to avoid the retention by the owner of the tender deposit. Clearly on the documentary record the owner called upon the contractor to enter into the construction contract in the manner provided for in the tender documents and the construction contract did not come into being solely by reason of the contractor's refusal to execute the form of contract forwarded to the contractor by the owner.

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

6. *Withdrawal or Qualifying of Tenders*

A tenderer who has already submitted a tender may submit a further tender at any time up to the official closing time. The last tender received shall supersede and invalidate all tenders previously submitted by that tenderer for this contract.

fin de la clause 13 que j'ai déjà cité, pris à la lettre, exigerait que le soumissionnaire signe le contrat et les annexes et les produise auprès de la propriétaire pour éviter que celle-ci ne garde le dépôt de soumission. D'après le dossier, la propriétaire a manifestement exigé de l'entrepreneur qu'il signe le contrat d'entreprise de la façon prévue à l'appel d'offres et ce contrat n'a pas été signé uniquement en raison du refus de l'entrepreneur de signer la formule de contrat que la propriétaire lui avait expédiée.

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

[TRADUCTION] 6. *Retrait ou modification des soumissions*

Un soumissionnaire qui a déjà présenté sa soumission peut en présenter une autre à tout moment avant l'heure limite fixée. La dernière soumission reçue annule et remplace toutes les soumissions précédentes de ce soumissionnaire pour le même ouvrage.

A tenderer may withdraw or qualify his tender at any time up to the official closing time by submitting a letter bearing his signature and seal as in his tender to the Commission Secretary or his authorized representative in his office who will mark thereon the time and date of receipt and will place the letter in the tender box. No telegrams or telephone calls will be considered.

Paragraph 13, which I have quoted earlier, provides for the return of the tender deposit on the execution of the construction contract and then goes on to provide, and I repeat the applicable portion for emphasis:

Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn . . . or if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days . . . the Agreement executed by the tenderer . . . the Commission may retain the tender deposit . . .

Paragraph 14 is also relevant:

The tenderer agrees that, if requested so to do by the Commission or anyone acting on its behalf within 90 days after the date of opening tenders, he will execute in triplicate and return to the Commission the Agreement in the form found [sic] herein within seven days after being so requested.

Here the contractor expressly avoided employing any terminology indicating a withdrawal of the tender, and indeed affirmatively asserted the position throughout that the offer had not been revoked. The owner did proffer a construction agreement and this agreement was not executed by the tenderer within the seven day period.

It is convenient at this point to dispose of a submission by the contractor that forfeiture of the deposit could occur only if the contractor failed to furnish the performance and payment bonds under paragraph 12 of the "Information for Tenderers", and since the contractor's obligation thereunder arose only upon the receipt of the construction contract executed by the owner, no right to forfeiture ever arose. Paragraph 12 deals only with the acceptance of a tender by the execution of the construction contract. The paragraph has no relation to payment or retention of deposit moneys. In short, the provision is concerned entirely with the second stage of the contracting procedure, the

Un soumissionnaire peut retirer ou modifier sa soumission à tout moment avant l'heure limite fixée en présentant une lettre portant les mêmes signature et sceau que dans sa soumission au secrétaire de la Commission ou à son représentant autorisé, au bureau de celui-ci, qui y indiquera la date et l'heure de réception et la déposera dans la boîte aux soumissions. Il ne sera tenu compte ni des télégrammes ni des appels téléphoniques.

La clause 13, que j'ai déjà citée, prévoit le remboursement du dépôt de soumission dès la signature du contrat d'entreprise et poursuit en des termes que je répète pour les souligner:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée . . . ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours . . . le contrat signé par le soumissionnaire, . . . la Commission pourra conserver le dépôt de soumission . . .

La clause 14 est aussi pertinente:

[TRADUCTION] Le soumissionnaire convient que si la Commission ou quiconque agissant pour elle l'exige dans les 90 jours suivant la date d'ouverture des soumissions, il signera en triplicata et fera parvenir à la Commission le contrat, selon la formule incluse aux présentes, dans les sept jours de telle réquisition.

En l'espèce, l'entrepreneur a expressément évité d'employer des termes indiquant le retrait de sa soumission. Il a plutôt soutenu de façon constante que la soumission n'avait pas été retirée. La propriétaire a présenté le contrat d'entreprise, mais le soumissionnaire ne l'a pas signé dans le délai de sept jours.

Il convient de répondre d'abord à la prétention de l'entrepreneur selon laquelle il ne peut y avoir confiscation du dépôt que si l'entrepreneur fait défaut de fournir les garanties d'exécution et de paiement prévues à la clause 12 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», et, comme l'obligation de l'entrepreneur en vertu de cet article ne prend naissance que sur réception du contrat d'entreprise signé par la propriétaire, le droit de confisquer le dépôt n'a jamais pris naissance. La clause 12 ne porte que sur l'acceptation d'une soumission par la signature du contrat d'entreprise. Elle n'a aucun rapport avec le paiement ou la rétention du montant du dépôt. En bref, la disposi-

construction contract, a stage not here reached and with which we are not concerned.

We are then left with the bare submission on behalf of the contractor that while the offer was not withdrawn it was not capable of acceptance and that by reason thereof the contractor is entitled to a return of the deposit.

I share the view expressed by the Court of Appeal that integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do. I further share the view expressed by that Court that there may be circumstances where a tender may not be accepted as for example where in law it does not constitute a tender, and hence the bid deposit might not be forfeited. That is so in my view, however, simply because contract A cannot come into being. It puts it another way to say that the purported tender does not in law amount to an acceptance of the call for tenders and hence the unilateral contract does not come into existence. Therefore, with the greatest of respect, I diverge from that Court where it is stated in the judgment below:

However, when that mistake is proven by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender is made is not in a position to accept the tender or to seek to forfeit the bid deposit.

The test, in my respectful view, must be imposed at the time the tender is submitted and not at some later date after a demonstration by the tenderer of a calculation error. Contract A (being the contract arising forthwith upon the submission of the tender) comes into being forthwith and without further formality upon the submission of the tender. If the tenderer has committed an error in the calculation leading to the tender submitted with the tender deposit, and at least in those circumstances where at that moment the tender is capable of acceptance in law, the rights of the parties under contract A have thereupon crystallized. The tender deposit, designed to ensure the performance of the obligations of the tenderer under contract A, must therefore stand exposed to the risk of forfeiture upon the breach of those

tion porte entièrement sur la seconde étape de l'attribution de marchés, soit le contrat d'entreprise, étape qui n'a pas été atteinte en l'espèce et qui n'est pas en cause.

Il ne reste donc que l'argument strict de l'entrepreneur selon lequel, bien que l'offre n'ait pas été retirée, elle n'était pas susceptible d'acceptation et qu'en conséquence l'entrepreneur a droit au remboursement du dépôt.

Je partage l'avis exprimé par la Cour d'appel 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. Je partage aussi l'avis de cette cour qu'il peut y avoir des circonstances où une soumission n'est pas acceptée, si par exemple elle ne constitue pas une soumission en droit, et où le dépôt de soumission peut ne pas être confisqué. Il en est ainsi, à mon avis, uniquement parce que le contrat A ne peut prendre naissance. Autrement dit, la prétendue soumission ne constitue pas en droit une acceptation de l'appel d'offres et, en conséquence, il n'y a pas formation d'un contrat unilatéral. Donc, avec égards, je ne suis pas de l'avis de la Cour d'appel quand elle dit:

[TRADUCTION] Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

A mon avis, il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, après que le soumissionnaire a démontré l'existence d'une erreur de calcul. Le contrat A (celui qui prend naissance dès la présentation de la soumission) est immédiatement formé sans autre formalité à la présentation de la soumission. Si le soumissionnaire a commis une erreur dans le calcul de la soumission présentée en même temps que le dépôt de soumission, au moins dans les cas où la soumission est alors susceptible d'acceptation en droit, les droits des parties en vertu du contrat A sont dès lors cristallisés. Le dépôt de soumission, qui vise à assurer l'exécution des obligations du soumissionnaire en vertu du contrat A, doit en conséquence pouvoir faire l'objet de confiscation si le soumissionnaire ne les respecte pas. Lorsque les

obligations by the tenderer. Where the conduct of the tenderer might indeed expose him to other claims in damages by the owner, the tender deposit might well be the lesser pain to be suffered by reason of the error in the preparation of the tender. This I will return to later.

Much argument was undertaken in this Court on the bearing of the law of mistake on the outcome of this appeal. In approaching the application of the principles of mistake it is imperative here to bear in mind that the only contract up to now in existence between the parties to this appeal is the contract arising on the submission of the tender whereunder the tender is irrevocable during the period of time stipulated in the contract. Contract B (the construction contract, the form of which is set out in the documents relating to the call for tenders) has not and did not come into existence. We are concerned therefore with the law of mistake, if at all, only in connection with contract A.

The tender submitted by the respondent brought contract A into life. This is sometimes described in law as a unilateral contract, that is to say a contract which results from an act made in response to an offer, as for example in the simplest terms, "I will pay you a dollar if you will cut my lawn". No obligation to cut the lawn exists in law and the obligation to pay the dollar comes into being upon the performance of the invited act. Here the call for tenders created no obligation in the respondent or in anyone else in or out of the construction world. When a member of the construction industry responds to the call for tenders, as the respondent has done here, that response takes the form of the submission of a tender, or a bid as it is sometimes called. The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of

actes du soumissionnaire pourraient l'exposer à d'autres réclamations en dommages-intérêts de la part du propriétaire, le dépôt de soumission peut bien être le moindre mal à subir en raison de l'erreur survenue dans la préparation de la soumission. Je reviendrai sur le sujet plus tard.

La portée du droit relatif à l'erreur sur l'issue de ce pourvoi a été longuement débattue en cette Cour. Il faut aborder l'application des principes sur l'erreur en se rappelant que le seul contrat qui existe présentement entre les parties est le contrat né de la présentation de la soumission, en vertu duquel cette dernière est irrévocable pendant le délai stipulé au contrat. Le contrat B (le contrat d'entreprise dont la formule fait partie des pièces de l'appel d'offres) n'est pas formé et ne l'a jamais été. Si besoin est, il faudra examiner le droit relatif à l'erreur seulement en rapport avec le contrat A.

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est

the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders.

The role of the deposit under contract A is clear and simple. The deposit was required in order to ensure the performance by the contractor-tenderer of its obligations under contract A. The deposit was recoverable by the contractor under certain conditions, none of which were met; and also was subject to forfeiture under another term of the contract, the provisions of which in my view have been met.

There is no question of a mistake on the part of either party up to the moment in time when contract A came into existence. The employee of the respondent intended to submit the very tender submitted, including the price therein stipulated. Indeed, the President, in instructing the respondent's employee, intended the tender to be as submitted. However, the contractor submits that as the tender was the product of a mistake in calculation, it cannot form the basis of a construction contract since it is not capable of acceptance and hence it cannot be subject to the terms and conditions of contract A so as to cause a forfeiture thereunder of the deposit. The fallacy in this argument is twofold. Firstly, there was no mistake in the sense that the contractor did not intend to submit the tender as in form and substance it was. Secondly, there is no principle in law under which the tender was rendered incapable of acceptance by the appellant. For a mutual contract such as contract B to arise, there must of course be a meeting of the minds, a shared *animus contrahendi*, but when the contract in question is the product of other contractual arrangements, different considerations apply. However, as already stated, we never reach that problem here as the rights of the parties fall to be decided according to the tender arrangements, contract A. At the point when the tender was submitted the owner had not been told

l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

La fonction du dépôt prévu au contrat A est claire et simple. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs le dépôt pouvait être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou de l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. L'employée de l'intimée a eu l'intention de présenter exactement la soumission qu'elle a présentée, y compris quant au prix qui y est mentionné. A la vérité, en donnant les instructions à l'employée de l'intimée, le président a voulu que la soumission soit dans l'état où elle a été présentée. Cependant, l'entrepreneur soutient que, comme la soumission résulte d'une erreur de calcul, elle ne peut servir de fondement à un contrat d'entreprise puisqu'elle ne peut être acceptée, et qu'en conséquence elle ne peut être assujettie aux conditions du contrat A et partant, donner lieu à la confiscation du dépôt. Cet argument contient deux erreurs. D'abord, il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. En second lieu, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Pour qu'il y ait formation d'un contrat synallagmatique comme le contrat B, il faut évidemment qu'il y ait un accord des volontés, une volonté mutuelle de contracter, mais quand le contrat en cause découle d'autres dispositions contractuelles, ce sont d'autres considérations qui s'appliquent. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, nous ne parvenons jamais à ce problème en l'espèce, puis-

about the mistake in calculation. Unlike the case of *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*³ there was nothing on the face of the tender to reveal an error. There was no inference to be drawn by the quantum of the tender (bearing in mind the estimate by Gore and Storrie) that there had indeed been a miscalculation.

In the *McMaster University* case, *supra*, the trial judge, Thompson J., heard an action for breach of contract in refusing to proceed with the execution of a construction agreement, and the claim by the owner was for damages equal to the difference between the defendant's bid and the next lowest. The court dismissed the claim finding no obligation on the defendant to conclude a construction contract. Various references are made to the doctrine of mistake but the case appears to have turned upon the fact that the mistake was known to the offeree and therefore the offer could not be accepted and hence the formation of the contract could not occur. In that case the offer mistakenly omitted one page of the tender and the learned judge, at p. 804, stated:

It undoubtedly must have been apparent to Mr. Hedden [employee of the owner], if not to the entire tender committee, that this page was missing from the Wilchar [contractor] tender as delivered.

and again at p. 808:

To me this is patently a case where the offeree, for its own advantage, snapped at the offeror's offer well knowing that the offer as made was made by mistake.

The court was therefore, in that case, not so much concerned with mistake as with the inability of the parties to comply on the facts with the fundamental rules pertaining to the formation of contracts. There could be no *consensus ad idem* and hence construction contract B could not come into being. More important to the issue now before us, the document submitted by the contractor was on its face incomplete and could not in law amount to a

que les droits des parties sont appelés à être déterminés conformément aux dispositions de l'appel d'offres, soit le contrat A. Au moment de présenter la soumission, la propriétaire n'avait pas été avisée de l'erreur de calcul. Contrairement à l'affaire *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*³, rien à la lecture de la soumission ne révèle une erreur. Il n'y avait pas lieu de conclure à cause du montant de la soumission (compte tenu de l'estimation préparée par Gore and Storrie) qu'il y avait en réalité eu erreur de calcul.

Dans l'affaire *McMaster University*, précitée, le juge Thompson, a entendu, en première instance, une action pour inexécution d'un contrat résultant du refus de signer un contrat d'entreprise. La propriétaire a réclamé, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le montant de la soumission de la défenderesse et le montant de la deuxième plus basse soumission. La cour a rejeté l'action concluant que la défenderesse n'avait pas l'obligation de conclure un contrat d'entreprise. On y invoque divers aspects de la doctrine de l'erreur, mais l'affaire tient à ce que, comme l'erreur était connue du pollicité, l'offre ne pouvait être acceptée et partant il ne pouvait y avoir formation d'un contrat. Dans cette affaire, il manquait, par erreur, une page à la soumission. Le juge de première instance dit à la p. 804:

[TRADUCTION] Il doit certainement avoir été clair pour M. Hedden [un employé de la propriétaire], sinon pour tout le comité de soumissions, que cette page manquait à la soumission présentée par l'entrepreneur Wilchar.

plus loin, à la p. 808, il dit:

[TRADUCTION] A mon avis, il s'agit manifestement d'un cas où la propriétaire, pour s'avantager, saute sur l'offre de la soumissionnaire sachant fort bien que l'offre est faite par erreur.

Dans cette affaire, la cour a moins tenu compte de l'erreur que de l'impossibilité pour les parties de se conformer, vu les faits, aux règles fondamentales relatives à la formation des contrats. Il ne pouvait y avoir consentement sur un même objet, donc le contrat d'entreprise B ne pouvait être formé. Ce qui est encore plus pertinent au litige qui nous est soumis, c'est que le document présenté par l'entrepreneur était incomplet à sa lecture même et ne

³ [1971] 3 O.R. 801.

³ [1971] 3 O.R. 801.

tender as required by the conditions established in the call for tenders.

It was not seriously advanced that this was a case of patent error in the tender offer and I proceed on the basis that there was not a patent error present.

On the facts as found by the learned trial judge, no mistake existed which impeded or affected the coming into being of contract A. The 'mistake' occurred in the calculations leading to the figures that the contractor admittedly intended to submit in his tender. Therefore, the issue in my view concerns not the law of mistake but the application of the forfeiture provisions contained in the tender documents. The effect a mistake may have on the enforceability or interpretation of a contract subsequently arising is an entirely different question, and one not before us. Neither are we here concerned with a question as to whether a construction contract can arise between parties in the presence of a mutually known error in a tender be it, at least initially, either patent or latent.

It might be argued that by some abstract doctrine of law a tender which could not form the basis of a contract upon acceptance in the sense of contract B, could not operate as a tender to bring into being contract A. It is unnecessary to consider such a theory because it was not and could not be argued that the tender as actually submitted by the contractor herein was not in law capable of acceptance immediately upon its receipt by the owner, the appellant. There may well be, as I have indicated, a situation in the contemplation of the law where a form of tender was so lacking as not to amount in law to a tender in the sense of the terms and conditions established in the call for tenders, and it may well be that such a form of tender could not be 'snapped up' by the owner, as some cases have put it, and therefore it would not operate to trigger the birth of contract A. Such a situation might arise in the circumstances described in Fridman, *The Law of Contract*, at p. 81:

pouvait constituer, en droit, une soumission conforme aux conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

On n'a pas soutenu avec beaucoup d'insistance qu'il s'agissait d'un cas d'erreur apparente dans la soumission et je vais tenir pour acquis qu'il n'y avait pas d'erreur apparente.

Selon les conclusions de fait du savant juge de première instance, il n'y a aucune erreur qui ait empêché ou altéré la naissance du contrat A. L'«erreur» s'est produite dans les calculs qui ont déterminé les sommes que l'entrepreneur avait l'intention avouée de proposer dans sa soumission. Donc, la question en litige, à mon sens, ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à la confiscation stipulées aux pièces de soumission. Les conséquences possibles d'une erreur sur le caractère exécutoire ou l'interprétation d'un contrat postérieur constituent une tout autre question et ce n'est pas celle qui nous est soumise. Il ne s'agit pas pour nous non plus de déterminer s'il peut y avoir formation d'un contrat d'entreprise entre des parties en présence d'une erreur dans la soumission connue de chacune d'elles que cette erreur soit, au moins au début, apparente ou cachée.

On pourrait soutenir qu'en vertu d'une théorie juridique abstraite, une soumission qui ne peut fonder la formation d'un contrat par son acceptation, c'est-à-dire le contrat B, ne peut avoir les effets d'une soumission et donner naissance au contrat A. Il est inutile de s'arrêter à une telle théorie parce qu'on n'a pas soutenu, et il aurait été impossible de le faire, que la soumission présentée par l'entrepreneur en l'espèce ne pouvait juridiquement être acceptée dès sa réception par la propriétaire appelante. Il peut exister, comme je l'ai déjà souligné, une situation juridique où la soumission est de par sa forme si déficiente qu'elle ne constitue pas, en droit, une soumission d'après les conditions générales de l'appel d'offres; il se peut que le propriétaire ne puisse «se précipiter» sur une telle soumission, pour employer l'expression de certains jugements, et par conséquent elle n'a pas pour effet d'entraîner la formation du contrat A. Une telle situation pourrait résulter des circonstances exposées dans l'ouvrage de Fridman *The Law of Contract*, à la p. 81: