

<p style="text-align: right;">A-687-97</p> <p>Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Symtron Systems Inc. (<i>Respondent</i>)</p> <p>and</p> <p>Canadian International Trade Tribunal (<i>Intervener</i>)</p> <p style="text-align: right;">A-700-97</p> <p>I.C.S. International Code Fire Services Inc. (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Symtron Systems Inc. (<i>Respondent</i>)</p> <p>and</p> <p>Canadian International Trade Tribunal (<i>Intervener</i>)</p> <p>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SYMTRON SYSTEMS INC. (C.A.)</p>	<p style="text-align: right;">A-687-97</p> <p>Procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)</p> <p>c.</p> <p>Symtron Systems Inc. (<i>défenderesse</i>)</p> <p>et</p> <p>Tribunal canadien du commerce extérieur (<i>intervenant</i>)</p> <p style="text-align: right;">A-700-97</p> <p>I.C.S. International Code Fire Services Inc. (<i>demanderesse</i>)</p> <p>c.</p> <p>Symtron Systems Inc. (<i>défenderesse</i>)</p> <p>et</p> <p>Tribunal canadien du commerce extérieur (<i>intervenant</i>)</p> <p>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SYMTRON SYSTEMS INC. (C.A.)</p>
--	---

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A.
—Ottawa, December 1 and 2, 1998, February 5, 1999.

Foreign Trade — NAFTA — Government procurement contracts — DND, government agency contracting out for Fire Fighter Training System — RFP containing mandatory qualification requirement — Agency awarding contract to applicant, an Ontario company — Respondent, unsuccessful American bidder, filing first complaint regarding procurement process — Alleging in second complaint mandatory qualification not met — CITT making decisions on each complaint — Under NAFTA, “any aspect” of procurement process open to challenge — Tribunal’s recommendations should be implemented “to the greatest extent possible” — Contract let by DND through agency, subject to NAFTA — Parties may not design procurement contracts to avoid NAFTA obligations — Tribunal correct on merits.

Cour d’appel, juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 1^{er} et 2 décembre 1998, 5 février 1999.

Commerce extérieur — ALÉNA — Marchés publics — Décision du MDN et d’un organisme gouvernemental de faire installer un système de formation à la lutte contre l’incendie — La demande de propositions contenait une condition obligatoire d’admissibilité — L’organisme a accordé le contrat à la demanderesse, une société ontarienne — L’intimée, une société américaine dont la soumission n’a pas été retenue, a déposé une première plainte concernant le processus de passation du marché — Dans une seconde plainte, elle a allégué que la condition obligatoire d’admissibilité n’avait pas été respectée — Le TCCE a rendu des décisions à l’égard de chaque plainte — En vertu de l’ALÉNA, «tout aspect» de la procédure des marchés publics peut faire l’objet d’une contestation — On doit donner suite aux recommandations du Tribunal «dans toute la mesure du possible» — Un contrat attribué par le MDN par l’entremise d’un organisme est assujéti à l’ALÉNA — Les parties ne peuvent pas élaborer les marchés de manière à les soustraire aux obligations de l’ALÉNA — Le Tribunal a jugé correctement sur le fond.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Applicants challenging CITT's decisions on complaints made by unsuccessful bidder for government procurement contract — Tribunal deciding: (1) mandatory qualification requirements of request for proposals improperly applied, (2) "extended" procurement process not conducted in accordance with NAFTA as consultant not given entire text of Tribunal's findings with respect to original complaint — CITT having wide latitude when deciding on legal, factual matters within jurisdiction — Standard of review one of correctness — Tribunal not functus officio regarding second complaint — Decisions made by CITT different determinations based on different legal considerations — Second decision not patently unreasonable on merits.

In these two applications for judicial review, the applicants contended that the Canadian International Trade Tribunal (CITT) exceeded its jurisdiction by seeking in a second decision to implement its prior decision. In 1996, the Department of National Defence (DND) and a government agency, Defence Construction Canada (DCC) contracted out for a Fire Fighter Training System, a computer-run facility used to train fire fighters. The request for proposals (RFP) by which the procurement process was started contained one key mandatory qualification requirement: the successful completion of a propane fuelled computer controlled fire fighter training system with a value of C\$1,000,000. The contract was awarded to I.C.S. International Code Fire Services Inc. (ICS), one of the applicants herein. Symtron Systems Inc., respondent in both applications and one of the unsuccessful bidders, filed a complaint regarding the procurement process. In response to that complaint, the CITT made a first decision to the effect that DCC had improperly applied the minimum mandatory qualification requirements and recommended that DCC re-evaluate Symtron's and ICS' proposals to determine whether they complied with those requirements. DCC implemented the Tribunal's recommendation in hiring a consultant to evaluate whether Symtron and ICS met the minimum criteria required by the contract. According to the consultant's report, both companies met the criteria. Shortly after, Symtron filed a second complaint alleging that ICS had not met the minimum mandatory qualification as provided in the RFP and that DCC improperly instructed its consultant by providing it with only the last two pages of the findings of the Tribunal, rather than the entire text. That led to a second decision of the CITT in which the Tribunal ruled that the "extended" procurement process was not conducted in accordance with the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and concluded that ICS' position as a qualified supplier was still an open matter. Judicial review of that decision sought by the applicants raised a number of issues: (1) the applicable standard of review, (2) whether the CITT had jurisdiction to hear the second complaint or was *functus*

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Les demandeurs ont contesté les décisions du TCCE à l'égard de plaintes déposées par un soumissionnaire non retenu pour un marché public — Le Tribunal a décidé 1) que les exigences d'admissibilité énoncées dans la demande de propositions n'ont pas été bien appliquées, 2) que le processus de passation du marché «prolongé» ne s'était pas déroulé conformément à l'ALÉNA, le consultant n'ayant pas reçu le texte intégral des conclusions du Tribunal à l'égard de la plainte initiale — Le TCCE dispose d'une grande latitude lorsqu'il se prononce sur des questions de droit et de fait à l'intérieur de sa compétence — La norme de contrôle est celle de la décision correcte — Le Tribunal n'était pas dessaisi à l'égard de la seconde plainte — Il s'agissait de décisions différentes, reposant sur des fondements juridiques différents — La seconde décision n'était pas manifestement déraisonnable sur le fond.

Dans ces deux demandes de contrôle judiciaire, les demandeurs ont soutenu que le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a excédé sa compétence en tentant par une seconde décision d'assurer la mise en œuvre de sa décision antérieure. En 1996, le ministère de la Défense nationale (MDN) et Construction de Défense Canada (CDC), organisme gouvernemental, ont décidé de faire installer un système de formation à la lutte contre l'incendie, une installation contrôlée par ordinateur servant à la formation des pompiers. La demande de propositions (DDP) qui a lancé le processus de passation du marché contenait une condition clé d'admissibilité: avoir réalisé avec succès un système de formation à la lutte contre l'incendie contrôlé par ordinateur et alimenté au gaz propane d'une valeur de 1 000 000 \$CAN. Le marché a été attribué à I.C.S. International Code Fire Services Inc. (ICS), l'une des parties demanderesse en l'espèce. Symtron Systems Inc., défenderesse dans les deux demandes et l'une des soumissionnaires non retenues, a déposé une plainte concernant le processus de passation du marché. En réponse à cette plainte, le TCCE a, dans une première décision, conclu que CDC n'avait pas bien appliqué les exigences d'admissibilité obligatoires minimales et il a recommandé que CDC réévalue les propositions de Symtron et d'ICS pour déterminer si elles étaient conformes à ces exigences. CDC a donné suite à la recommandation du Tribunal en engageant un consultant pour évaluer si Symtron et ICS satisfaisaient aux critères minimaux du marché. Suivant le rapport du consultant, les deux sociétés satisfaisaient aux critères. Peu après, Symtron a déposé une seconde plainte, alléguant qu'ICS n'avait pas satisfaisait à l'exigence d'admissibilité obligatoire minimale prévue dans la DDP et que CDC a incorrectement instruit le consultant en ne lui fournissant que les deux dernières pages des conclusions du Tribunal plutôt que le texte intégral. Cette plainte a donné lieu à une seconde décision dans laquelle le TCCE a conclu que le processus de passation du marché «prolongé» ne s'était pas déroulé conformément à l'ALÉNA et que la question de la conformité d'ICS aux exigences d'admissibilité n'était toujours pas

officio, (3) whether NAFTA applies to government procurement contracts, (4) whether the CITT was correct on the merits of the issue.

Held, the applications should be dismissed.

(1) The standard of review of the CITT's decisions in matters within its jurisdiction is one of high deference. When the Tribunal makes a decision which defines the boundaries of its jurisdiction, the standard of review is one of correctness. When making a determination within its jurisdiction, decisions of the CITT may only be overturned if they are patently unreasonable; when making a decision regarding its own jurisdiction, the CITT must be correct. The CITT made two decisions about the parameters of its own jurisdiction: (a) the second complaint was a new complaint and not enforcement of its earlier decision, (b) the contract in question met the standard for NAFTA. The CITT must be correct in those two determinations. In addition, the Tribunal decided that DCC had not sufficiently determined whether ICS was a qualified supplier. That decision was a matter within its jurisdiction and would therefore be given high deference.

(2) The CITT held that it had jurisdiction to hear the second complaint. The Tribunal reasoned that the entire procurement process, up to the award of the contract, must be handled in accordance with NAFTA. The purpose of the bid challenge procedure under Article 1017 of NAFTA is to allow suppliers to challenge a procurement process and receive a fair, open and impartial determination as to whether the procurement standards set out in the NAFTA agreement are met. Under that Article, "any aspect" of the procurement process is open to challenge. The CITT was correct in maintaining that the second decision was a determination as to whether the procurement process was within the bounds of NAFTA, a determination which it had the jurisdiction to make. While the first determination was based on whether the suppliers met the RFP requirements, the second determination investigated the government institution's behaviour to ascertain whether it had lived up to NAFTA requirements for fairness and transparency. These were different determinations based on different legal considerations. The Tribunal did not exceed its jurisdiction in making the second decision. Because the second complaint was found to be a new complaint, the doctrine of *functus officio* did not apply.

(3) Under subsection 30.18(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, government institutions shall

tranchée. Le contrôle judiciaire de cette décision a soulevé les questions suivantes: 1) la norme de contrôle applicable, 2) le TCCE était-il compétent à l'égard de la seconde plainte ou était-il dessaisi? 3) l'ALÉNA s'applique-t-il aux marchés publics? 4) la décision du TCCE était-elle correcte sur le fond?

Arrêt: les demandes doivent être rejetées.

1) La norme de contrôle applicable aux décisions du TCCE portant sur des matières qui sont de sa compétence consiste en une grande retenue. Lorsque le TCCE rend une décision qui définit les limites de sa compétence, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Lorsqu'elles portent sur une matière relevant de sa compétence, les décisions du TCCE ne peuvent être infirmées que si elles sont manifestement déraisonnables; lorsqu'il s'agit de décisions au sujet de sa propre compétence, il faut que le TCCE ait rendu décision correcte. Le TCCE a rendu deux décisions concernant les paramètres de sa compétence: a) que la seconde plainte constituait une nouvelle plainte, et non un moyen de faire respecter sa décision antérieure, b) que le marché en question satisfaisait au critère d'application de l'ALÉNA. Il faut que ces deux décisions du TCCE soient correctes. En outre, le TCCE a décidé que CDC n'avait pas décidé d'une manière suffisante de l'admissibilité d'ICS. Cette décision portait sur une question relevant de la compétence du TCCE, de sorte qu'elle justifiait une grande retenue.

2) Le TCCE a jugé qu'il avait compétence à l'égard de la seconde plainte. Le Tribunal a fait le raisonnement que la totalité du processus de passation du marché, jusqu'à l'attribution de celui-ci, doit être menée conformément à l'ALÉNA. La procédure de contestation des offres prévue à l'article 1017 de l'ALÉNA a pour but de permettre aux fournisseurs de contester le processus de passation d'un marché et d'obtenir une décision juste, publique et impartiale sur la conformité de ce processus aux normes établies dans l'ALÉNA. Aux termes de cet article, «tout aspect» de la procédure des marchés publics peut faire l'objet d'une contestation. Le TCCE a eu raison de conclure que la seconde décision portait sur l'assujettissement du processus de passation du marché à l'ALÉNA, matière qui relève de sa compétence. Alors que la première décision était fondée sur la question de savoir si les fournisseurs satisfaisaient ou non aux exigences de la DDP, la seconde a procédé à un examen du comportement de l'entité publique pour apprécier s'il était à la hauteur de l'équité et de la transparence qu'exige l'ALÉNA. Il s'agissait de décisions différentes, reposant sur des fondements juridiques différents. Le Tribunal n'a pas excédé sa compétence en rendant la deuxième décision. Parce qu'on a jugé que la seconde plainte constituait une plainte nouvelle, le principe *functus officio* était sans application.

3) Aux termes du paragraphe 30.18(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, l'institution

implement the Tribunal's recommendations "to the greatest extent possible". The intent of the legislation is to render non-compliance an awkward and unusual occurrence. Neither the Government of Canada, nor any other government bound by NAFTA, should be able to establish government enterprises for the purpose of avoiding compliance under Chapter 10 of NAFTA. Likewise, parties may not design contracts so as to hide them from compliance. If Canada is to honourably uphold its NAFTA obligations, the CITT must be able to decide that the true contracting agent was DND, not DCC. The CITT did not err in finding that the contract should be evaluated as having been let by the Department of National Defence. A contract should not be exempt from NAFTA simply because the government has decided to let the contract through DCC.

(4) The Tribunal is given wide latitude when deciding on legal and factual matters within its jurisdiction. When it decided that DCC acted unreasonably by relying entirely on the consultant's report to decide that ICS was a qualified contractor, the CITT made a decision which was within its competence. That decision was not shown to be patently unreasonable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 30.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), 30.11 (as enacted *idem*), 30.14(2) (as enacted *idem*), 30.15(2) (as enacted *idem*), 30.18 (as enacted *idem*).

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017.

North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44, s. 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Chandler v. Alberta Association of Architects, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

CONSIDERED:

Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council, [1963] A.C. 808 (H.L.).

fédérale doit mettre en œuvre les recommandations du Tribunal «dans toute la mesure du possible». La loi vise à faire en sorte que le non-respect soit embarrassant et peu fréquent. Ni le gouvernement du Canada, ni aucun autre gouvernement lié par l'ALÉNA ne devrait pouvoir constituer des entreprises publiques en vue de se soustraire au respect du chapitre 10 de l'ALÉNA. Les parties ne peuvent pas non plus élaborer les marchés de manière à les soustraire à l'assujettissement à l'ALÉNA. Si le Canada entend faire honneur aux obligations contractées aux termes de l'ALÉNA, il faut que le TCCE ait le pouvoir de décider que le véritable maître de l'ouvrage était le MDN, et non CDC. Le TCCE n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que le marché devait être considéré comme ayant été attribué par le ministère de la Défense nationale. Un contrat ne devrait pas être exempté de l'application de l'ALÉNA simplement parce que le gouvernement a décidé d'attribuer le contrat par l'entremise de CDC.

4) Le Tribunal dispose d'une grande latitude lorsqu'il se prononce sur des questions de droit et de fait à l'intérieur de sa compétence. Lorsqu'il a décidé que CDC n'a pas agi de manière raisonnable en s'en remettant entièrement au rapport du consultant pour décider qu'ICS était un soumissionnaire admissible, le TCCE a pris une décision qui relevait de sa compétence. Il n'a pas été établi que cette décision était manifestement déraisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017.

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44, art. 10.

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 30.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), 30.11 (édicte, *idem*), 30.14(2) (édicte, *idem*), 30.15(2) (édicte, *idem*), 30.18 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

DÉCISION EXAMINÉE:

Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council, [1963] A.C. 808 (H.L.).

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *British Columbia (Vegetable Marketing Commission) v. Washington Potato and Onion Assn.*, [1997] F.C.J. No. 1543 (C.A.) (QL); *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise v. Hydro-Quebec* (1994), 172 N.R. 247 (F.C.A.); *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *O'Brien v. Canada (Attorney General)* (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287; 153 N.R. 313 (F.C.A.); *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL); *Jhammat v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (F.C.T.D.); *Del Zotto v. Canada*, [1994] 2 F.C. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (T.D.); *Singh v. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241; 37 Imm. L.R. (2d) 140 (F.C.T.D.).

APPLICATIONS for judicial review of two decisions of the Canadian International Trade Tribunal ([1997] C.I.T.T. No. 46 (QL); [1997] C.I.T.T. No. 91 (QL)) concerning the North American Free Trade Agreement (NAFTA) as it applies to government procurement contracts. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Michael F. Ciavaglia and Kathleen McManus for applicants.
Marshall N. Margolis and Lynda Covello for respondent.
Joël J. Robichaud and Hugh J. Cheetham for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicants.
Morris, Rose, Ledgett, Toronto, for respondent.
Canadian International Trade Tribunal, Legal Services, Ottawa, for intervener.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *British Columbia (Vegetable Marketing Commission) c. Washington Potato and Onion Assn.*, [1997] F.C.J. No. 1543 (C.A.) (QL); *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. Hydro-Québec* (1994), 172 N.R. 247 (C.A.F.); *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *O'Brien c. Canada (Procureur général)* (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287; 153 N.R. 313 (C.A.F.); *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 1281 (1^{re} inst.) (QL); *Jhammat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (C.F. 1^{re} inst.); *Del Zotto c. Canada*, [1994] 2 C.F. 640; [1994] 1 C.T.C. 254; (1994), 94 DTC 6170; 71 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Singh c. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241; 37 Imm. L.R. (2d) 140 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDES de contrôle judiciaire de deux décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur ([1997] T.C.C.E. n° 46 (QL); [1997] T.C.C.E. n° 91 (QL)) concernant l'application de l'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALÉNA) aux marchés publics. Demandes rejetées.

ONT COMPARU:

Michael F. Ciavaglia et Kathleen McManus pour les demandeurs.
Marshall N. Margolis et Lynda Covello pour la défenderesse.
Joël J. Robichaud et Hugh J. Cheetham pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les demandeurs.
Morris, Rose, Ledgett, Toronto, pour la défenderesse.
Tribunal canadien du commerce extérieur, Services juridiques, Ottawa, pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

I. Introduction

[1] This is a case about the operation of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* [December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) in a government procurement situation. Two applications were heard together on December 1, 1998 in which the applicants contend that the Canadian International Trade Tribunal (CITT or the Tribunal) exceeded its jurisdiction by seeking in a second decision to enforce or implement one of its prior decisions. The parties also raise two additional issues before this Court. They are (a) whether the Fire Fighter Training System (FFTS) contract in this case met the minimum value required for NAFTA regulation, and (b) whether the CITT erred on the merits of the second complaint.

II. The Complaint System under NAFTA

[2] Before reviewing the facts and decisions in this case, I shall outline the relevant aspects of the NAFTA complaints mechanism applicable to government procurement which are relied on in this case.

[3] Chapter 10 of NAFTA sets out the rules and regulations which apply to government procurement projects in member states. Briefly summarized, government procurement contracts of a certain size will be open to suppliers from all parties to NAFTA without discrimination.¹ Also included, at Article 1017, are skeletal rules by which disappointed suppliers may challenge the bidding procedure for a contract.

[4] Article 1017(1) of NAFTA sets out a preamble, stating that "In order to promote fair, open and

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

I. Introduction

[1] Il s'agit d'une affaire portant sur l'application de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* [17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA) dans le contexte d'un marché public. Deux demandes ont été entendues ensemble le 1^{er} décembre 1998; les demandeurs prétendent que le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE ou le Tribunal) a excédé sa compétence en tentant par une seconde décision d'assurer le respect ou la mise en œuvre d'une de ses décisions antérieures. Les parties ont également soulevé deux questions supplémentaires devant la Cour: a) le marché portant sur le système de formation à la lutte contre l'incendie (SFLI) atteignait-il la valeur minimale exigée pour l'assujettissement à l'ALÉNA et? b) le TCCE a-t-il commis une erreur sur le fond dans le cas de la seconde plainte?

II. Le système de plainte prévu par l'ALÉNA

[2] Avant de rappeler les faits et les décisions dans la présente affaire, je vais commencer par exposer les aspects pertinents, invoqués par les parties, du mécanisme de plainte de l'ALÉNA applicable aux marchés publics.

[3] Le chapitre 10 de l'ALÉNA expose les règles qui s'appliquent aux marchés publics dans les États membres. En bref, les marchés publics d'une certaine importance seront ouverts aux fournisseurs des autres parties à l'ALÉNA sans discrimination¹. Le chapitre comprend, à l'article 1017, des règles schématiques prévoyant un mécanisme par lequel les fournisseurs déçus peuvent contester la procédure d'attribution d'un marché.

[4] Le paragraphe 1017(1) de l'ALÉNA commence par le préambule suivant: «Afin de favoriser des

impartial procurement procedures, each Party shall adopt and maintain bid challenge procedures for procurement covered by this Chapter in accordance with” procedures which are set out (and described below).

[5] Among the bid challenge procedures are several subsections which are directly relevant to this matter. First, NAFTA expressly permits challenges concerning “any aspect” of the procurement process, which begins when a government institution defines its requirements and ends when the contract is awarded, according to Article 1017(1)(a) which reads as follows:

Article 1017 . . .

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

[6] Second, the parties to NAFTA have agreed that no party may prevent a supplier from initiating a bid challenge. To this end, Article 1017(1)(d) states:

Article 1017 . . .

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

[7] Third, NAFTA signatories agree that the reviewing authority may suspend the awarding of a contract pending resolution of a bid challenge. Signatories recognize, however, that situations of urgency may arise where a pending decision should not suspend a contract award if it is in the public interest. Article 1017(1)(j) states that:

Article 1017 . . .

(j) in investigating the challenge, the reviewing authority may delay the awarding of the proposed contract pending resolution of the challenge, except in cases of urgency or where the delay would be contrary to the public interest;

procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, chacune des Parties adoptera et maintiendra des procédures de contestation des offres pour les marchés visés par le présent chapitre, en conformité avec» les règles exposées et décrites ci-dessous.

[5] Parmi les règles sur la contestation des offres, on trouve plusieurs dispositions qui sont directement pertinentes en l’espèce. D’abord, l’ALÉNA permet expressément des contestations concernant «tout aspect» du processus de passation des marchés, lequel débute au moment où une entité publique définit ses besoins et se termine avec l’attribution du marché, selon l’alinéa 1017(1)a), ainsi conçu:

Article 1017 [. . .]

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

[6] Deuxièmement, les parties à l’ALÉNA ont convenu qu’aucune partie ne peut empêcher un fournisseur d’engager la contestation d’une offre. À cette fin, l’alinéa 1017(1)d) dispose:

Article 1017 [. . .]

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

[7] Troisièmement, les signataires de l’ALÉNA ont convenu que l’organisme d’examen peut suspendre l’attribution du marché jusqu’au règlement de la contestation. Ils reconnaissent toutefois qu’il peut survenir des situations d’urgence où l’attribution du marché ne doit pas être suspendue dans le cas où la suspension serait contraire à l’intérêt public. L’alinéa 1017(1)j) dispose:

Article 1017 [. . .]

j) pendant l’examen de la contestation, l’organisme d’examen pourra reporter l’adjudication du marché jusqu’au règlement de la contestation, sauf dans les cas d’urgence ou lorsque le report serait contraire à l’intérêt public;

[8] Fourth, NAFTA signatories have signalled that reviewing authorities are not to be toothless. Specifically, Article 1017(1)(k) directs reviewing authorities to resolve disputes by making recommendations which may include directing the government institution to take a fresh look at tender offers, terminate the contract, or hold a new competition. Moreover, Article 1017(1)(l) directs that government entities shall normally follow the recommendations of the reviewing authority. Those provisions read as follows:

Article 1017 . . .

(k) the reviewing authority shall issue a recommendation to resolve the challenge, which may include directing the entity to re-evaluate offers, terminate or re-compete the contract in question;

(l) entities normally shall follow the recommendations of the reviewing authority;

[9] Thus, the purpose of the bid challenge procedure is to allow suppliers to challenge a procurement process and receive a fair, open and impartial determination as to whether the procurement standards set out in the NAFTA agreement are met.

[10] As Chapter 10 of NAFTA sets out only skeletal rules, Parliament has amended the *Canadian International Trade Tribunal Act* (CITT Act)² to provide some muscle to the provisions. First, subsection 30.11(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44], like NAFTA Article 1017(1)(d), directs that a potential supplier may file a complaint concerning “any aspect” of the procurement process and reads:

30.11 (1) Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.³

[11] Second, CITT Act subsection 30.15(2) [as enacted *idem*] gives the Tribunal wide-ranging powers to make recommendations, including but not limited to the three recommendations enumerated in NAFTA Article 1017(1)(k). Notably, however, Parliament

[8] Quatrièmement, les signataires de l’ALÉNA ont fait en sorte que les organismes d’examen ne soient pas dépourvus de pouvoir. En particulier, l’alinéa 1017(1)k prévoit que les organismes d’examen doivent régler les contestations en faisant des recommandations, notamment en demandant à l’entité publique de réexaminer les offres, de recommencer l’appel d’offres ou d’annuler le marché. En outre, l’alinéa 1017(1)l dispose que les entités publiques devront en principe suivre les recommandations de l’organisme d’examen. Ces dispositions sont ainsi conçues:

Article 1017 [. . .]

k) l’organisme d’examen recommandera un moyen de régler la contestation. Il pourra notamment demander à l’entité de réévaluer les offres, d’émettre un nouvel appel d’offres ou d’annuler le marché;

l) les entités devront en principe suivre les recommandations de l’organisme d’examen;

[9] Donc, la procédure de contestation des offres a pour but de permettre aux fournisseurs de contester le processus de passation d’un marché et d’obtenir une décision juste, publique et impartiale sur la conformité de ce processus aux normes établies dans l’ALÉNA.

[10] Comme le chapitre 10 de l’ALÉNA n’établit que des règles schématiques, le législateur a modifié la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*² (Loi sur le TCCE) pour étoffer ces dispositions. D’abord, le paragraphe 30.11(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44], comme l’alinéa 1017(1)d de l’ALÉNA, prévoit que le fournisseur potentiel peut déposer une plainte concernant «la procédure» des marchés publics et est ainsi conçu:

30.11 (1) Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d’enquêter sur cette plainte³.

[11] Deuxièmement, le paragraphe 30.15(2) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE donne au Tribunal de vastes pouvoirs de recommandations, comprenant notamment les trois types de recommandation énumérés à l’alinéa 1017(1)k de l’ALÉNA. Il convient de

chose to expand on NAFTA Article 1017(1)(k). CITT Act subsection 30.15(2) reads that:

30.15 . . .

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

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

[12] Finally, subsection 30.18(1) [as enacted *idem*] of the CITT Act creates a type of “enforcement” mechanism, directing that government institutions shall implement the Tribunal’s recommendations “to the greatest extent possible.” The words “to the greatest extent possible” in subsection 30.18(1) of the CITT Act replace the word “normally” as written in NAFTA Article 1017(1)(l). Subsection 30.18(1) of the CITT Act states:

30.18 (1) Where the Tribunal makes recommendations to a government institution under section 30.15, the government institution shall, subject to the regulations, implement the recommendations to the greatest extent possible.

[13] Without further modification, this seems to give the government institution some discretion over whether and how much to comply with the Tribunal’s recommendation. However, Parliament indicated its intention that government institutions are meant to comply with the Tribunal. The plain language of subsections 30.18(2) [as enacted *idem*] and 30.18(3) [as enacted *idem*] is aimed at making non-compliance an awkward and unusual occurrence. The institution must tell the Tribunal what they plan to do and then advise it what they have done to implement the recommendations. Those sections of the CITT Act read as follows:

remarquer toutefois que le législateur a choisi de développer le contenu de l’alinéa 1017(1)(k) de l’ALÉNA. Le paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE est ainsi conçu:

30.15 [. . .]

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

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

[12] Enfin, le paragraphe 30.18(1) [édicte, *idem*] de la Loi sur le TCCE crée une sorte de mécanisme pour assurer le respect des décisions, en disposant que l’institution fédérale doit mettre en œuvre les recommandations du Tribunal «dans toute la mesure du possible». La formule «dans toute la mesure du possible» au paragraphe 30.18(1) de la Loi sur le TCCE remplace l’expression «en principe» employée à l’alinéa 1017(1)(l) de l’ALÉNA. Le paragraphe 30.18(1) de la Loi sur le TCCE dispose:

30.18 (1) Lorsque le Tribunal lui fait des recommandations en vertu de l’article 30.15, l’institution fédérale doit, sous réserve des règlements, les mettre en œuvre dans toute la mesure du possible.

[13] Par lui-même, ce texte semble donner à l’institution fédérale une certaine latitude pour décider si elle va se conformer à la recommandation du Tribunal et dans quelle mesure. Cependant, il appert de l’intention du législateur que les institutions fédérales sont censées respecter la recommandation du Tribunal. La formulation claire des paragraphes 30.18(2) [édicte, *idem*] et 30.18(3) [édicte, *idem*] vise à faire en sorte que le non-respect soit embarrassant et peu fréquent. L’institution doit informer le Tribunal de ce qu’elle entend faire, puis de ce qu’elle a fait pour mettre en œuvre ses recommandations. Ces dispositions de la Loi sur le TCCE sont ainsi conçues:

30.18 . . .

(2) Within the prescribed period, the government institution shall advise the Tribunal in writing of the extent to which it intends to implement the recommendations and, if it does not intend to implement them fully, the reasons for not doing so.

(3) Where the government institution has advised the Tribunal that it intends to implement the recommendations in whole or in part, it shall further advise the Tribunal in writing, within the prescribed period, of the extent to which it has then implemented the recommendations.

[14] This case provides this Court with an opportunity to explain some aspects of how this part of the CITT Act operates.

III. Facts**1. Introduction**

[15] The case arises out of a 1996 decision by the Department of National Defence (DND) and Defence Construction Canada (DCC), a government agency, to contract out for a Fire Fighter Training System (FFTS), a computer-run facility which is used to train fire fighters. The request for proposals (RFP) by which the procurement process was started contained one key mandatory qualification requirement:

In order for any potential supplier of this fire fighter training system to be considered they must complete all of the information requested in appendix 001, 002, and 003. The minimum requirement that must be met for further consideration will be the following:

A company's successful completion of a propane fuelled computer controlled fire fighter training system with a value of \$1,000,000 Canadian Currency.⁴

[16] In order to be considered for this contract, each company was required to submit two envelopes, marked "A" and "B". Envelope "A" contained the mandatory experience sheets and the tender proposal. Envelope "B" contained the tender form. If the contents of a bid (in envelope "A") did not meet the mandatory minimum requirement, envelope "B" would not be opened.

30.18 [. . .]

(2) Elle doit en outre, par écrit et dans le délai réglementaire, lui faire savoir dans quelle mesure elle compte mettre en œuvre les recommandations et, dans tous les cas où elle n'entend pas les appliquer en totalité, lui motiver sa décision.

(3) Lorsqu'elle a avisé le Tribunal qu'elle entend donner suite aux recommandations, elle doit lui indiquer, dans le délai réglementaire et par écrit, dans quelle mesure elle l'a fait.

[14] La présente affaire constitue une occasion pour la Cour d'expliquer certains aspects du fonctionnement de cette partie de la Loi sur le TCCE.

III. Les faits**1. Introduction**

[15] L'affaire trouve sa source dans une décision prise en 1996 par le ministère de la Défense nationale (MDN) et par Construction de Défense Canada (CDC), organisme gouvernemental, de faire installer un système de formation à la lutte contre l'incendie (SFLI), une installation contrôlée par ordinateur servant à la formation des pompiers. La demande de propositions (DDP) qui a lancé le processus de passation du marché contenait une condition clé d'admissibilité:

[TRADUCTION] Pour que son offre soit étudiée, le fournisseur éventuel de ce système de formation à la lutte contre l'incendie doit donner tous les renseignements demandés aux annexes 001, 002 et 003. Pour que l'offre soit retenue, l'exigence minimale à remplir est la suivante:

L'entreprise doit avoir réalisé avec succès un système de formation à la lutte contre l'incendie contrôlé par ordinateur et alimenté au gaz propane dont la valeur minimale de construction s'élève à un million de dollars en devises canadiennes⁴.

[16] Pour que sa proposition soit considérée en vue du marché, chaque entreprise concurrente devait soumettre deux enveloppes, identifiées respectivement par les lettres «A» et «B». L'enveloppe «A» contenait les feuilles de renseignement relatives à l'expérience antérieure obligatoire. L'enveloppe «B» contenait le formulaire de soumission. Si le contenu d'une soumission (dans l'enveloppe «A») n'était pas conforme à

[17] Four companies submitted bids for the FFTS contract. DCC originally decided to award the contract to one of them I.C.S. International Code Fire Services Inc. (ICS), an Ontario company.

[18] In the wake of that first decision, Symtron Systems Inc. (Symtron), a New Jersey company which lost the contract, filed a complaint dated February 12, 1997 regarding the procurement process. Symtron made several allegations, including that DCC considered tenders which failed to conform to the mandatory requirements set out in the RFP.

2. The first decision of the CITT

[19] In its determination of May 6, 1997 [[1997] C.I.T.T. No. 46 (QL)], the Tribunal found, in part, that DCC had improperly applied the minimum mandatory qualification requirements of the RFP resulting in DCC considering for award suppliers who may or may not have met all of those requirements. The Tribunal recommended that DCC re-evaluate Symtron's and ICS' proposals to determine whether they complied with the minimum mandatory qualification requirements, and to proceed thereon with the procurement. Specifically, the CITT held that DCC had not sufficiently investigated whether ICS had "completed" a FFTS project with a value of greater than C\$1 million. The CITT held that:

. . . a company can complete a major project on its own or in concert with other parties. ICS claims, in its own name, the successful completion of . . . a [FFTS] project of the Australian Navy. ICS's involvement in the above-mentioned project was in the form of a joint venture . . . The Tribunal believes that participation in a joint venture would be sufficient to qualify ICS as meeting the minimum requirement, if Defence Construction is satisfied that ICS' participation in the joint venture allowed it to acquire the expertise and know-how to be able to implement such a project. Symtron has presented evidence which casts doubt on the level of involvement of ICS in this project . . . Defence Construction needs to conduct an independent verification of this claim.⁵

l'exigence d'admissibilité obligatoire, l'enveloppe «B» ne serait pas ouverte.

[17] Quatre entreprises ont présenté des soumissions en vue du marché de SFLI. CDC a d'abord décidé d'attribuer le marché à l'une d'entre elles, I.C.S. International Code Fire Services Inc. (ICS), société de l'Ontario.

[18] À la suite de cette première décision, Symtron Systems Inc. (Symtron), société du New Jersey qui avait perdu le marché, a déposé une plainte datée du 12 février 1997 concernant le processus de passation du marché. Symtron a fait diverses allégations, notamment que CDC avait considéré des soumissions qui n'étaient pas conformes aux exigences obligatoires exposées dans la DDP.

2. La première décision du TCCE

[19] Dans sa décision du 6 mai 1997 [[1997] T.C.C.E. n° 46 (QL)], le Tribunal a conclu, notamment, que CDC n'avait pas bien appliqué les exigences d'admissibilité obligatoires minimales dans la DDP, de sorte que l'organisme a considéré des fournisseurs qui pouvaient ou non se conformer à toutes ces exigences. Le Tribunal a recommandé que CDC réévalue les propositions de Symtron et d'ICS en vue de déterminer si elles étaient conformes aux exigences d'admissibilité obligatoires minimales, et de poursuivre ensuite le processus de passation du marché. En particulier, le TCCE a jugé que CDC n'avait pas suffisamment examiné si ICS avait «réalisé» un projet de SFLI d'une valeur supérieure à un million de dollars. Le TCCE a jugé:

[. . .] une entreprise peut réaliser un grand projet de son propre chef ou conjointement avec d'autres parties. ICS affirme répondre par elle-même concrètement à l'exigence d'admissibilité minimale obligatoire déclarée dans sa proposition, particulièrement en raison d'un projet de la Marine australienne. La participation d'ICS au projet susmentionné a pris la forme d'une coentreprise [. . .] Le Tribunal est d'avis que la participation à une coentreprise serait suffisante pour établir qu'ICS remplit l'exigence minimale, si Construction de Défense est convaincue que la participation d'ICS à la coentreprise lui a permis d'acquérir la connaissance et le savoir-faire pour être en mesure de réaliser un tel projet. Symtron a présenté des éléments de preuve qui jettent le doute sur le degré de participation

3. The response to the first decision and the second complaint

[20] In response to the CITT recommendation, DCC contracted Morrison Hershfield (MH), an independent consulting engineering company, to evaluate whether Symtron and ICS met the minimum criteria for the FFTS contract. In a letter dated May 14, 1997, as it was required to do, DCC informed the Tribunal that it was proceeding to implement the Tribunal's recommendation. On June 10, 1997, MH reported to DCC that both companies met the criteria. On that same day, DCC, in accordance with the Act, wrote to the CITT to explain the steps it had taken to comply with CITT recommendations. On June 16, 1997, DCC informed the Tribunal that the contract had been awarded to ICS on June 10, 1997.

[21] On June 12, 1997, Symtron filed a second complaint alleging that ICS had not met the minimum mandatory qualification as provided in the RFP. This leads to the second CITT decision referred to below.

4. The second decision of the CITT

[22] The second decision of the CITT, dated September 10, 1997 [[1997] C.I.T.T. No. 91 (QL)], reviewed the facts up to that time, including the submission of the MH report. The Tribunal noted that, although this second complaint dealt with the same procurement process at issue in the first decision it explained that it had jurisdiction to hear this case:

First, the Tribunal notes that the matter in dispute does not consist in determining whether or not its recommendations of May 6, 1997 were properly implemented by Defence Construction. However, the Tribunal is of the view that the implementation by Defence Construction of its recommendations effectively extended the procurement process and, therefore, gave rise to the possibility of new challenges by potential suppliers. Article 1017(1)(a) of NAFTA provides that the procurement process begins after an entity has decided on its procurement requirement and continues through the contract award.⁶

d'ICS à ce projet [. . .] Construction de Défense doit vérifier indépendamment cette affirmation⁵.

3. La suite donnée à la première décision et la seconde plainte

[20] En réponse à la recommandation du TCCE, CDC a engagé Morrison Hershfield (MH), firme indépendante de génie-conseil, pour évaluer si Symtron et ICS satisfaisaient aux critères minimaux pour le marché de SFLI. Dans une lettre datée du 14 mai 1997, CDC a informé le Tribunal, comme elle devait le faire, qu'elle s'employait à mettre en œuvre la recommandation du Tribunal. Le 10 juin 1997, MH a présenté à CDC son rapport, selon lequel les deux sociétés satisfaisaient aux critères. Le jour même, CDC a écrit une lettre au TCCE, conformément à la Loi, pour expliquer les mesures qu'elle avait prises pour se conformer à ses recommandations. Le 16 juin 1997, CDC a informé le Tribunal que le marché avait été attribué à ICS le 10 juin 1997.

[21] Le 12 juin 1997, Symtron a déposé une seconde plainte, alléguant qu'ICS ne satisfaisait pas à l'exigence d'admissibilité obligatoire minimale prévue dans la DDP. Cette plainte a donné lieu à la seconde décision du TCCE, examinée ci-dessous.

4. La seconde décision du TCCE

[22] La seconde décision du TCCE, datée du 10 septembre 1997 [[1997] T.C.C.E. n° 91 (QL)], rappelait les faits survenus jusqu'à cette date, notamment la présentation du rapport de MH. Le Tribunal a souligné qu'il avait compétence à l'égard de cette seconde plainte, même si elle se rapportait au même processus de passation de marché qui faisait l'objet de la première décision:

En premier lieu, le Tribunal fait observer que la question en litige ne consiste pas à déterminer si Construction de Défense a correctement mis en œuvre ou non les recommandations que le Tribunal a rendues le 6 mai 1997. Le Tribunal est d'avis que, en mettant en œuvre les recommandations du Tribunal, Construction de Défense a de fait prolongé le processus de passation du marché public et, par conséquent, rendu possible la présentation de nouvelles contestations par les fournisseurs éventuels. L'alinéa 1017(1)a) de l'ALÉNA prescrit que le processus de passation des marchés débute au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuit jusqu'à l'adjudication du marché⁶.

[23] Holding that this was a separate complaint made before the contract award, the Tribunal proceeded to determine whether the "extended" procurement process was conducted in accordance with NAFTA. The CITT took issue with DCC presenting only the last two pages of the May 6, 1997 decision to MH, it held that, having decided to present some of the May 6, 1997 decision to MH and DCC should have given over the entire decision. The CITT wrote:

Symtron alleges that Defence Construction improperly instructed Morrison Hershfield by providing it with only the last two pages of the findings of the Tribunal, rather than the entire text, which would have allowed a more informed evaluation process. The explanation offered by Defence Construction is that only the last two pages were pertinent to the re-evaluation of the qualifications of both ICS and Symtron from the technical perspective and that it merely raised the issue of whether ICS's participation in the Australian Navy Project was sufficient to meet the mandatory requirements set out in the RFP.

The Tribunal, however, notes that, throughout its findings of May 6, 1997, there is a detailed recounting of the allegations made by Symtron against ICS and, in the Tribunal's opinion, it cannot be said that such allegations are not relevant. Indeed, they are relevant inasmuch as the Tribunal found that Defence Construction had, "improperly applied the minimum mandatory qualification requirement provisions of the RFP." In this context, one might conclude that the more prudent course for Defence Construction would have been to present the entire text of the findings or none of it to Morrison Hershfield to conduct its evaluation.⁷

[24] Further, the CITT noted its concerns regarding whether ICS had sufficiently participated in the Australian Navy project, and found that the MH report was virtually silent on the matter. The CITT concluded that:

The Tribunal is prepared to accept the expert opinion of [MH] that ICS is qualified to carry out such a project as contemplated in the RFP. This, however, is quite different from a conclusion that ICS fully met all of the requirements as laid out in the RFP. In the Tribunal's opinion, Defence Construction acted unreasonably when it accepted the MH report as fully satisfying the qualification requirements of the RFP. Given the importance attached to a joint venture arrangement and given that the MH report is silent on this point, Defence Construction should have been more thorough in its assessment.⁸

[23] Jugeant donc qu'il s'agissait d'une plainte distincte déposée avant l'attribution du marché, le Tribunal a entrepris l'examen du processus de passation de marché «prolongé» pour déterminer s'il s'était déroulé conformément à l'ALÉNA. Le TCCE a reproché à CDC de n'avoir présenté à MH que les deux dernières pages de sa décision du 6 mai 1997 et a jugé que, ayant décidé de présenter à MH une partie de sa décision du 6 mai 1997, CDC aurait dû lui remettre le texte intégral de la décision. Le TCCE a écrit:

Symtron soutient que Construction de Défense a incorrectement instruit Morrison Hershfield en ne lui fournissant que les deux dernières pages des conclusions du Tribunal plutôt que le texte intégral, qui aurait mieux éclairé le processus d'évaluation. Construction de Défense a expliqué que seules les deux dernières pages étaient pertinentes à la réévaluation de l'admissibilité au plan technique d'ICS et de Symtron et ne faisaient simplement que soulever la question de savoir si la participation d'ICS au projet de la Marine australienne suffisait pour répondre aux exigences obligatoires établies dans la DDP.

Le Tribunal fait cependant observer que l'ensemble des conclusions qu'il a rendues le 6 mai 1997 relate en détail les allégations de Symtron à l'endroit d'ICS et, de l'avis du Tribunal, il ne peut être dit que ces allégations ne sont pas pertinentes. En vérité, elles sont pertinentes dans la mesure où le Tribunal a conclu que Construction de Défense avait «mal appliqué les dispositions relatives à l'exigence d'admissibilité obligatoire minimale dans la DDP». Dans ce contexte, il est possible de conclure que Construction de Défense aurait fait preuve de plus de prudence en présentant la totalité du texte des conclusions, ou rien du tout à cet égard, à Morrison Hershfield aux fins de l'évaluation⁷.

[24] En outre, le TCCE a rappelé ses préoccupations au sujet du degré de participation d'ICS dans le projet de la Marine australienne et a constaté que le rapport de MH était presque muet sur la question. Le TCCE a conclu:

Le Tribunal est disposé à accepter l'opinion d'expert de Morrison Hershfield, selon laquelle ICS a la compétence pour réaliser un projet tel que celui qui est envisagé dans la DDP. Cela est cependant bien différent d'une conclusion selon laquelle ICS répondait entièrement à toutes les exigences établies dans la DDP. Le Tribunal est d'avis que Construction de Défense n'a pas agi raisonnablement lorsqu'elle a accepté le Rapport MH comme satisfaisant entièrement les exigences d'admissibilité établies dans la DDP. Étant donné l'importance apportée à la structure de coentreprise et étant donné que le Rapport MH passe ce

[25] The CITT also noted the diverging views on the monetary value of the projects listed by ICS, and reasoned that it was up to DCC to properly establish whether or not ICS is a qualified supplier within the meaning of the RFP. In the light of DCC's wholesale adoption of the MH report, the CITT concluded that ICS' position as a qualified supplier was still an open matter.

[26] Both the Attorney General and ICS now seek judicial review of the September 10, 1997 decision in this Court.

IV. Submissions of the parties

1. Submission of the Attorney General, applicant in Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc. (A-687-97)

1.1 What is the standard of review in this matter?

[27] The applicant argues that, while deference to the CITT is the general rule within its areas of expertise, deference exists only as to the merits of a complaint. As to the question of whether a second complaint is lawful, the applicant submits that, because the question is one of jurisdiction, the standard of review should be one of correctness.

1.2 Did the CITT have jurisdiction to hear the second complaint?

[28] The applicant notes that the CITT Act neither gives the Tribunal jurisdiction to enforce recommendations, nor does it give jurisdiction to review or evaluate compliance with previous decisions. The Attorney General argues that the CITT decision of September 10, 1997 was a review of—and an attempt to enforce—compliance with previous recommendations, and was, therefore made without jurisdiction. Implementation in the guise of a new complaint, it is argued, is not permitted by any Act or Regulation.

point sous silence, Construction de Défense aurait dû faire preuve d'un plus grand souci du détail dans son appréciation⁸.

[25] Le TCCE a également relevé les positions divergentes sur la valeur financière des projets énumérés par ICS et indiqué qu'il incombait à CDC d'établir correctement si ICS était ou non un fournisseur admissible au sens de la DDP. Vu l'acceptation globale du rapport de MH par CDC, le TCCE conclut que la question de la conformité d'ICS aux exigences d'admissibilité n'était toujours pas tranchée.

[26] Le procureur général et ICS demandent tous deux à cette Cour le contrôle judiciaire de la décision du 10 septembre 1997.

IV. L'argumentation des parties

1. L'argumentation du procureur général, demandeur dans Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc. (A-687-97)

1.1 Quelle est la norme de contrôle en la matière?

[27] Le demandeur fait valoir que, si la retenue à l'égard du TCCE est la règle générale dans les domaines de son expertise, cette retenue ne vaut qu'à l'égard du fond d'une plainte. Or, la question de la licéité d'une seconde plainte constituant une question qui touche la compétence, il soutient que la norme à appliquer est celle de la décision correcte.

1.2 Le TCCE était-il compétent à l'égard de la seconde plainte?

[28] Le demandeur note que la Loi sur le TCCE ne donne pas au Tribunal le pouvoir de faire respecter ses recommandations, ni d'examiner ou d'évaluer le respect de ses décisions antérieures. Il plaide que la décision du TCCE du 10 septembre 1997 constituait un examen—et une tentative d'imposition—du respect de ses recommandations antérieures et qu'elle constitue donc un excès de compétence. La mise en œuvre de celles-ci par le biais d'une nouvelle plainte, fait-on valoir, n'est autorisée par aucune loi et aucun règlement.

1.3 Was the CITT *functus officio* with regards to the second complaint?

[29] The applicant submits that, once a tribunal has made a final decision, that decision can not be reviewed on the grounds that the tribunal has changed its mind, or made an intra-jurisdictional error, or because circumstances have changed. The applicant contends that the Tribunal's recommendations of May 6, 1997 were the Tribunal's final word on the subject of whether ICS was a properly qualified bidder for this FFTS contract. The applicant argues that because the subject-matter of the claims was identical, the second complaint should have been rejected by the Tribunal, as it was *functus officio* with regards to this issue.

[30] The Attorney General further argues that if this Court accepts that these were different determinations, then single procurement processes will never be free from complaints, and will be subject to endless reviews by the Tribunal.

1.4 Was the CITT correct when it decided that whether ICS was a qualified supplier was an open question?

[31] The applicant Attorney General argues that the CITT was wrong to determine (on September 10, 1997) that the matter of whether ICS was a qualified supplier was still open. The Attorney General argues that the May 6, 1997 recommendation instructed DCC about what it had to do to close the matter, that is, to obtain an independent evaluation. Given that this is precisely what DCC did, and given that the CITT has no powers of enforcement or review, the Attorney General argues that the matter must be closed.

2. Submission of ICS, applicant in *I.C.S. International Code Fire Services Inc. v. Symtron Systems Inc.* (A-700-97)

2.1 ICS argues that the CITT erred in finding that the value of this contract met the NAFTA threshold

[32] ICS argues that the procurement process in question did not meet the monetary or financial

1.3 Le TCCE était-il dessaisi à l'égard de la seconde plainte?

[29] Le demandeur soutient que la décision définitive d'un tribunal, une fois qu'elle a été rendue, ne peut être révisée au motif que le tribunal aurait changé d'avis, qu'il aurait commis une erreur à l'intérieur de sa compétence ou que les circonstances auraient changé. D'après lui, les recommandations du Tribunal du 6 mai 1997 constituaient la position définitive du Tribunal sur la question de la conformité d'ICS aux exigences d'admissibilité en vue du marché de SFLI. Selon son argumentation, puisque l'objet des deux plaintes était identique, le Tribunal aurait dû rejeter la seconde plainte, étant dessaisi de cette question.

[30] Le procureur général fait également valoir que, si la Cour devait accepter d'y voir des décisions différentes, le processus de passation d'un marché donné ne sera jamais à l'abri des plaintes et fera l'objet d'examen à répétition par le Tribunal.

1.4 Le TCCE a-t-il eu raison de décider que la question de la conformité d'ICS aux exigences d'admissibilité n'était toujours pas tranchée?

[31] Le procureur général soutient que c'est à tort que le TCCE a décidé (le 10 septembre 1997) que la question de la conformité d'ICS aux exigences d'admissibilité n'était toujours pas tranchée. Selon son argumentation, la recommandation du 6 mai 1997 indiquait à CDC ce qu'elle devait faire pour régler la question, à savoir obtenir une évaluation indépendante. Vu que c'est précisément ce que CDC a fait et que le TCCE n'a pas le pouvoir de faire respecter ses décisions ou d'examiner leur mise en œuvre, la question devrait être réglée.

2. L'argumentation d'ICS, demanderesse dans *I.C.S. International Code Fire Services Inc. c. Symtron Systems Inc.* (A-700-97)

2.1 Le TCCE aurait jugé à tort que la valeur du contrat atteignait le seuil fixé par l'ALÉNA.

[32] ICS soutient que le processus de passation de marché en cause n'atteignait pas le seuil pécuniaire ou

threshold for coverage under NAFTA. Specifically, ICS notes that the estimated value of the FFTS project was between C\$9-11 million, and points out that this is below the C\$11.3 million which is required before a contract by a Canadian government enterprise will fall under NAFTA. DCC is defined as a government enterprise in the annex to NAFTA Chapter 10. The CITT held on May 6, 1997, that this contract was really let by DND, and applied the lower threshold (C\$9.1 million) applicable to government entities under NAFTA. ICS argues that this was an error: DCC is a government enterprise established for the sole purpose of letting and supervising government contracts, with full authority to act before the courts. Further, DCC is signatory to the FFTS contract. The CITT therefore erred in claiming jurisdiction over such a small contract.

[33] For its part, the respondent argues that ICS is estopped from bringing this claim, as the issue was decided by the CITT in its decision of May 6, 1997 and not appealed at that time. In response, counsel for ICS argued before this Court that estoppel did not apply. A question of jurisdiction, it was argued, could be raised at any time. Counsel quoted from the speech of Lord Reid in *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*:⁹

... in my judgment, it is a fundamental principle that no consent can confer on a court or tribunal with limited statutory jurisdiction any power to act beyond that jurisdiction, or can estop the consenting party from subsequently maintaining that such court or tribunal has acted without jurisdiction.¹⁰

2.2 ICS argues that the CITT had no jurisdiction to evaluate the implementation of the May 6, 1997 recommendations.

[34] ICS notes that section 30.18 of the CITT Act provides no absolute requirement on the part of parties to follow CITT recommendations, and argues that DCC amply complied with the May 6, 1997 recommendation despite being under no formal obligation to do so. ICS, therefore, argues that, despite the CITT statement that it was not reviewing DCC's implemen-

financier fixé pour l'assujettissement à l'ALÉNA. Elle fait valoir, plus précisément, que la valeur estimée du projet SFLI était comprise entre 9 et 11 millions de dollars canadiens, soit une somme inférieure au seuil de 11,3 millions de dollars canadiens fixé pour qu'un marché passé par une entreprise publique canadienne soit soumis à l'application de l'ALÉNA. CDC est définie comme une entreprise publique dans l'annexe du chapitre 10 de l'ALÉNA. Le TCCE a jugé, le 6 mai 1997, que ce marché était en réalité accordé par le MDN et a appliqué le seuil inférieur (9,1 millions de dollars canadiens) applicable aux entités publiques dans le cadre de l'ALÉNA. ICS soutient que c'est à tort: CDC est une entreprise publique établie dans le seul but d'attribuer et de superviser les marchés, dotée du plein pouvoir d'ester en justice. En outre, CDC est signataire du marché de SFLI. Ce serait donc à tort que le TCCE aurait affirmé sa compétence à l'égard d'un contrat si peu important.

[33] De son côté, la défenderesse soutient que cette prétention d'ICS est irrecevable, puisque la question a été tranchée par le TCCE dans sa décision du 6 mai 1997, qui n'a pas été portée en appel. En réponse, l'avocat d'ICS a plaidé devant la Cour que l'irrecevabilité ne s'appliquait pas. La compétence, a-t-il soutenu, peut être mise en question en tout temps. Il a cité les propos de lord Reid dans l'affaire *Essex Incorporated Congregational Church Union v. Essex County Council*⁹:

[TRADUCTION] [. . .] à mon avis, selon un principe fondamental, aucun consentement ne peut conférer à une cour ou à un tribunal qui possède une compétence restreinte en vertu de la loi le pouvoir d'outrepasser cette compétence ou ne peut empêcher la partie consentante de maintenir par la suite que la cour ou le tribunal a agi sans avoir compétence¹⁰.

2.2 Le TCCE n'avait pas compétence pour évaluer la mise en œuvre des recommandations du 6 mai 1997.

[34] ICS note que l'article 30.18 de la Loi sur le TCCE n'établit pas d'obligation absolue pour les parties de suivre les recommandations du TCCE et soutient que CDC s'est amplement conformée à la recommandation du 6 mai 1997, encore qu'elle n'en avait pas l'obligation formelle. Selon ICS, donc, même si le TCCE a déclaré qu'il ne procédait pas à un

tation of its earlier recommendations, that is exactly what it was doing (and did) when it heard and decided the second complaint.

2.3 ICS argues that it is a qualified bidder.

[35] ICS argues that, even if the CITT had jurisdiction to hear the second complaint, ICS is a qualified bidder and DCC properly found that as a fact. ICS notes that the MH report clearly stated that ICS had the relevant expertise to carry out the project, and submits that the real issue at hand was whether ICS had sufficient expertise. ICS further submits that the MH review was carried out according to the CITT's May 6, 1997 recommendations. In ICS' view, the CITT did not recommend on May 6, 1997, that MH investigate one specific project, i.e., the Australian Navy project, so much as it recommended that MH determine whether ICS had the relevant know-how to carry out the project.

3. Submission of Symtron Systems, respondent in both actions

3.1 Did the CITT have the jurisdiction to hear the second complaint?

[36] The respondent argues that the CITT did have jurisdiction to hear the second complaint. First, the respondent notes that NAFTA Article 1017 defines procurement as beginning after the decision on the procurement requirement and continuing through the contract award. The respondent also notes that CITT Act section 30.11 gives the CITT jurisdiction to consider complaints involving any aspect of procurement. It further contends that CITT Act subsection 30.14(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] gives the CITT jurisdiction to ensure that the procurement was conducted in accordance with NAFTA. Thus the Tribunal was within its jurisdiction to ensure that NAFTA Articles 1015 (a tender must conform to bid requirements at the time of bid opening) and Article 1017(1)(d) (anticipating multiple challenges arising under one bid, and prohibiting governments from preventing challenges) were met.

examen de la mise en œuvre de ses recommandations antérieures par CDC, c'est exactement ce qu'il faisait (et ce qu'il a fait) lorsqu'il a instruit et jugé la seconde plainte.

2.3 ICS prétend être une soumissionnaire admissible.

[35] ICS plaide que, même si le TCCE avait compétence à l'égard de la seconde plainte, elle est une soumissionnaire admissible et que CDC a correctement établi ce fait. Elle note que le rapport de MH a indiqué clairement qu'ICS possédait le savoir-faire nécessaire pour mener à bien ce projet et rappelle que la vraie question à résoudre concernait précisément la suffisance de son savoir-faire. ICS fait également valoir que MH a procédé à son examen conformément aux recommandations du TCCE du 6 mai 1997. Selon elle, ces recommandations ne préconisaient pas tant de faire enquête sur un projet en particulier, c'est-à-dire sur le projet de la Marine australienne, que de déterminer si ICS avait le savoir-faire nécessaire pour mener à bien ce projet.

3. L'argumentation de Symtron, défenderesse dans les deux actions

3.1 Le TCCE avait-il compétence à l'égard de la seconde plainte?

[36] La défenderesse soutient que le TCCE avait compétence à l'égard de la seconde plainte. En premier lieu, elle note que l'article 1017 de l'ALÉNA établit expressément que le processus de passation du marché débute au moment où une entité décide des produits et services à acquérir et se poursuit jusqu'à l'attribution du marché. Elle rappelle également que l'article 30.11 de la Loi sur le TCCE confère au TCCE la compétence voulue pour entendre les plaintes touchant tous les aspects de la passation d'un marché. Elle prétend également que le paragraphe 30.14(2) [édicé par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la Loi sur le TCCE attribue au TCCE la compétence pour veiller à ce que la passation du marché se fasse conformément à l'ALÉNA. Le Tribunal agissait donc à l'intérieur de sa compétence en veillant à ce que soient respectés l'article 1015 (une soumission doit être conforme, au moment où elle est ouverte, aux conditions essentielles) et l'alinéa 1017(1)d) (lequel prévoit les contesta-

[37] Second, the respondent notes that no one challenged the jurisdiction of the CITT to hear the second complaint at the time the second complaint was heard.

[38] Third, the respondent argues that the second complaint was not a redetermination of the first complaint, so that *functus officio* has no application here. The respondent supports this with the assertion that the first complaint addressed whether DCC failed to determine whether bidders met the standard set out in the RFP, and DCC's alteration of the RFP's requirements from "completion" of previous projects to "participation in" previous projects. This is different from the second complaint, which, the respondent submits, dealt with DCC's failure to give relevant information to MH, and their acceptance of the MH conclusion without assessment of ICS' role in the Australian Navy project.

3.2 Did the CITT err when it found that the contract met the value for determination under NAFTA?

[39] The respondent notes that the CITT dealt with this matter and argues that the CITT properly held on May 6, 1997, that the contract could be reviewed under NAFTA. First, the respondent argues that had ICS wanted to seek judicial review of this finding, it should have done so at the time, and is now estopped from doing so.

[40] Second, the CITT found that the contract fell under the "government entity" standard because (a) the FFTS is required by DND; (b) DND ultimately approved the specifications drafted by DCC; (c) DND conducted technical evaluations of the proposals; (d) DND will pay for the work; and (e) DND will own the work. The respondent concludes that the CITT found as a fact that DND was the controlling agency, which finding was amply supported by the evidence.

tions multiples dans le cadre d'une même soumission et interdit aux gouvernements d'empêcher les contestations).

[37] Deuxièmement, la défenderesse note que personne n'a contesté la compétence du TCCE pour instruire la seconde plainte au moment où celle-ci a été instruite.

[38] Troisièmement, la défenderesse fait valoir que la seconde plainte ne visait pas un nouvel examen de la première plainte, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le principe du *functus officio*. Selon elle, en effet, la première plainte portait sur le point de savoir si CDC avait omis de déterminer si les soumissionnaires satisfaisaient au critère défini dans la DDP et si CDC avait modifié les exigences de la DDP en remplaçant la «réalisation» de projets antérieurs par la «participation» à des projets antérieurs. C'est là un objet différent de celui de la seconde plainte qui, elle, portait, selon la défenderesse, sur le fait que CDC n'avait pas fourni à MH des renseignements pertinents et sur l'acceptation par CDC de la conclusion de MH sans apprécier le rôle d'ICS dans le projet de la Marine australienne.

3.2 Est-ce à tort que le TCCE a jugé que le marché satisfaisait au critère de valeur fixé pour l'assujettissement à l'ALÉNA?

[39] La défenderesse note que le TCCE a traité cette question et soutient qu'il a jugé à bon droit, le 6 mai 1997, que le marché pouvait être examiné en vertu de l'ALÉNA. Elle fait d'abord valoir que, si ICS voulait soumettre cette conclusion au contrôle judiciaire, elle aurait dû le faire à l'époque et qu'une telle demande est maintenant irrecevable.

[40] En deuxième lieu, le TCCE a jugé que le marché relevait du critère fixé pour les «entités publiques» parce que a) c'est le MDN qui avait besoin du SFLI; b) c'est le MDN qui a approuvé finalement les spécifications rédigées par CDC; c) le MDN a fait l'évaluation technique des propositions; d) le MDN paiera les travaux; e) le MDN sera propriétaire des installations. Selon la défenderesse, le TCCE a jugé en fait que le MDN était l'organisme qui exerçait le

[41] In the alternative, the respondent argues that, if the CITT was wrong, and the appropriate standard is that set out for a government enterprise, then the contract was not for construction (which has the C\$11.3 million threshold for NAFTA application), but was for miscellaneous goods and services, (which has a C\$250,000 threshold for NAFTA application to government enterprises).

[42] In the further alternative, the respondent notes that NAFTA Article 1001(4) provides that no government may prepare or structure a contract to avoid Chapter 10 of NAFTA. Further, that NAFTA Article 1002 states that no government may select a valuation method or divide a contract so as to avoid Chapter 10 of NAFTA. The respondent argues that attempted exclusion of this contract violates these sections.

3.3 Did the CITT err in its determinations?

[43] The respondent notes that the CITT found that DCC acted unreasonably when it accepted the MH report as a full answer to whether ICS was a qualified bidder or not. In the respondent's view, the CITT finding was based on ample evidence, including conflicting evidence regarding ICS' role in the Navy project, a dispute as to the value of ICS' past projects, and vagueness as to whether the value of whole projects were to be taken into account, or just the value of the FFTS portions of the projects.

4. Submission of the CITT, intervenor

[44] The CITT, intervenor in both matters, argues that it had jurisdiction to hear the second Symtron

contrôle, conclusion amplement soutenue par la preuve.

[41] Subsidiairement, la défenderesse soutient que, si le TCCE a commis une erreur et que la norme à appliquer est celle qui est fixée pour les entreprises publiques, le marché ne portait pas sur des services de construction (le seuil fixé pour l'application de l'ALÉNA à ces marchés étant de 11,3 millions de dollars canadiens), mais sur des produits et services divers (le seuil fixé pour l'application de l'ALÉNA à ces marchés étant de 250 000 \$CAN dans le cas des entreprises publiques).

[42] À titre subsidiaire encore, la défenderesse fait valoir que le paragraphe 1001(4) de l'ALÉNA prévoit qu'aucun gouvernement ne peut préparer ou structurer un marché dans le but de se soustraire au chapitre 10 de l'ALÉNA; que l'article 1002 dispose qu'aucun gouvernement ne peut choisir une méthode d'évaluation ni répartir les quantités à acquérir en plusieurs marchés dans l'intention de se soustraire au chapitre 10 de l'ALÉNA. Elle plaide que la tentative de soustraire le contrat à l'application de l'ALÉNA viole ces dispositions.

3.3 Le TCCE a-t-il commis une erreur dans ses conclusions?

[43] La défenderesse note que le TCCE a jugé que CDC n'a pas agi raisonnablement en acceptant le rapport de MH comme une réponse complète à la question de l'admissibilité d'ICS. Selon elle, la conclusion du TCCE était fondée sur plusieurs éléments de preuve, notamment des divergences dans la preuve au sujet du rôle d'ICS dans le projet de la Marine australienne, un différend quant à la valeur des projets antérieurs d'ICS et l'absence de position claire sur le point de savoir s'il fallait tenir compte de la valeur de l'ensemble des projets, ou seulement de la valeur de la partie de ces projets que constituait le SFLI.

4. L'argumentation du TCCE, intervenant

[44] Le TCCE, intervenant dans les deux affaires, soutient qu'il avait compétence à l'égard de la seconde

complaint. The CITT points out the breadth of section 30.11 of the CITT Act, and the definition of “procurement” set out in Article 1017(1)(a) of NAFTA. The CITT argues that it heard and decided different matters regarding the same procurement process, and that it was legitimate for one procurement process to yield several complaints. In response to questioning by this Court, counsel for the CITT maintained that the second determination dealt with whether the procurement process was within the bounds of NAFTA, a determination which it had the jurisdiction to make.

V. Analysis

1. The applicable standard of review

[45] It was agreed by counsel before this Court that the standard of review for the CITT in matters within its jurisdiction is one of high deference. It was further accepted that, when a tribunal such as the CITT makes a decision which defines the boundaries of its jurisdiction, the standard of review is one of correctness. Pursuant to the decisions of the Supreme Court of Canada¹¹ and this Court,¹² the standards of review to be employed here are as follows: (1) when making a determination within its jurisdiction, decisions of the CITT may only be overturned if they are patently unreasonable; (2) when making a decision regarding its own jurisdiction, the CITT must be correct.

[46] The CITT made two decisions about the parameters of its own jurisdiction. Those were (a) that the second complaint was a new complaint and not enforcement of an earlier decision, and (b) that the contract in question met the standard for NAFTA. The CITT must be correct in those two determinations.

[47] In addition, the CITT decided that DCC had not sufficiently determined whether ICS was a qualified supplier. That decision was on a matter within the jurisdiction of the CITT, and would therefore be given high deference. Let me now consider the alleged jurisdictional errors.

plainte de Symtron. Le TCCE souligne la vaste portée de l'article 30.11 de la Loi sur le TCCE, et la définition du terme «passation des marchés» donnée à l'alinéa 1017(1)a de l'ALÉNA. Le TCCE soutient qu'il a instruit et jugé des questions différentes concernant le même processus de passation d'un marché et qu'il est normal que le processus de passation d'un même marché donne lieu à plusieurs plaintes. En réponse aux questions de la Cour, l'avocat du TCCE a soutenu que la seconde décision portait sur l'assujettissement à l'ALÉNA du processus de passation du marché, décision que le TCCE était habilité à prendre.

V. Analyse

1. La norme de contrôle applicable

[45] Il a été convenu par les avocats devant la Cour que la norme de contrôle applicable aux décisions du TCCE portant sur des matières qui sont de sa compétence consistait en une grande retenue, mais que, lorsqu'un tribunal spécialisé comme le TCCE rend une décision qui définit les limites de sa compétence, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Selon les arrêts de la Cour suprême du Canada¹¹ et de cette Cour¹², la norme de contrôle à appliquer en l'espèce est la suivante: 1) lorsqu'elles portent sur une matière relevant de sa compétence, les décisions du TCCE ne peuvent être infirmées que si elles sont manifestement déraisonnables; 2) lorsqu'il s'agit de décisions au sujet de sa propre compétence, il faut que le TCCE ait rendu une décision correcte.

[46] Le TCCE a rendu deux décisions concernant les paramètres de sa compétence: a) que la seconde plainte constituait une nouvelle plainte, et non un moyen de faire respecter la décision antérieure, b) que le marché en question satisfaisait au critère d'application de l'ALÉNA. Il faut donc que ces deux décisions soient correctes.

[47] En outre, le TCCE a décidé que CDC n'avait pas décidé d'une manière suffisante de l'admissibilité d'ICS. Cette décision portait sur une question relevant de la compétence du TCCE, de sorte qu'elle justifiait une grande retenue. Examinons maintenant les erreurs sur la compétence qui sont alléguées.

2. Was the CITT attempting to enforce its previous recommendation?

[48] Counsel for the Attorney General and ICS vigorously argued that the second complaint was beyond the jurisdiction of the CITT, being a thinly veiled attempt by it to move beyond the bounds of the CITT Act and to enforce its earlier decision.

[49] Counsel for the Attorney General suggested that, had there not been a first recommendation, there would have been no second complaint. In the view of the applicants, the whole purpose of the second decision was to review—and enforce—the recommendation set out in the first decision.

[50] While the applicants' arguments on this point are not without appeal, they are not sufficient to convince me that the Tribunal overstepped its bounds here. The express purpose of Article 1017 of NAFTA is to bring fairness and transparency to bid challenge procedures. That Article specifically contemplates that several challenges may arise from one procedure, and expressly holds procurement open until the time at which the contract is awarded. Where a government institution may be acting in ways which contravene its own RFP, suppliers have an interest—and through NAFTA a corresponding right—to determine the propriety of that institution's conduct.

[51] In arguing this aspect of the case, the parties are talking past one another. On the one hand, counsel for the Attorney General and ICS argue that the second complaint arose from the first complaint, and that a plain reading of the two complaints must yield the conclusion that the CITT was enforcing its earlier decision, and deciding the same matter twice.

[52] On the other hand, counsel for Symtron argues that the two complaints were completely different. The respondent asserts that the first complaint addressed (a) whether DCC failed to determine whether bidders met the standard set out in the RFP, and (b) DCC's alteration of the RFP's requirements from "comple-

2. Le TCCE cherchait-il à faire respecter sa recommandation antérieure?

[48] Les avocats du procureur général et d'ICS ont soutenu vigoureusement que la seconde plainte ne relevait pas de la compétence du TCCE, parce que celle-ci constituait une tentative à peine voilée d'outrepasser les limites de la Loi sur le TCCE et de faire respecter sa décision antérieure.

[49] L'avocat du procureur général a fait le raisonnement que, n'eût été la première recommandation, il n'y aurait pas eu de seconde plainte. Selon les demandeurs, la seconde décision avait pour seul objet d'examiner—et de faire respecter—la recommandation contenue dans la première décision.

[50] Bien que les arguments des demandeurs sur ce point ne soient pas dépourvus d'attrait, ils ne suffisent pas à me convaincre que le Tribunal a outrepassé sa compétence en l'espèce. Le but exprès de l'article 1017 de l'ALÉNA est de favoriser l'équité et la transparence dans les procédures de contestation des offres. Cet article prévoit expressément la possibilité de plusieurs contestations au sujet du processus de passation d'un même marché et précise que ce processus se poursuit jusqu'à l'attribution du marché. Lorsqu'une entité publique agit d'une manière qui peut contrevenir à sa propre DDP, les fournisseurs ont un intérêt—et l'ALÉNA leur assure le droit correspondant—à faire juger la conduite de cette institution.

[51] Sur cet aspect de l'affaire, les parties se sont engagées dans un véritable dialogue de sourds. D'un côté, les avocats du procureur général et d'ICS soutiennent que la seconde plainte découle de la première et que la simple lecture des deux plaintes conduit à la conclusion que le TCCE faisait respecter sa décision antérieure et décidait la même affaire une deuxième fois.

[52] De l'autre côté, l'avocat de Symtron fait valoir que les deux plaintes étaient complètement différentes. Il définit la première plainte comme portant sur le point de savoir a) si CDC avait omis de déterminer si les soumissionnaires satisfaisaient au critère établi dans la DDP et b) si CDC avait modifié les exigences

tion” of previous projects to “participation in” previous projects. This is different from the second complaint, which, the respondent submits, dealt with (a) DCC’s failure to give relevant information to MH, and (b) their acceptance of the MH conclusion without assessment of ICS’ role in the Australian Navy project.

[53] Finally, the CITT, for its part, considered whether it had jurisdiction to hear the second complaint and held that it did. In its second decision, the CITT wrote that the procurement process gave rise to two separate considerations: the first based on the events leading up to the first decision, and the second based on the events which occurred after that decision. The Tribunal reasoned that the entire procurement process—up to the award of the contract—must be handled in accordance with NAFTA. The Tribunal wrote:

First, the Tribunal notes that the matter in dispute does not consist in determining whether or not its recommendations of May 6, 1997 were properly implemented by Defence Construction. However, the Tribunal is of the view that the implementation by Defence Construction of its recommendations effectively extended the procurement process and, therefore, gave rise to the possibility of new challenges by potential suppliers. Article 1017(1)(a) of NAFTA provides that the procurement process begins after an entity has decided on its procurement requirement and continues through the contract award.

The complaint at issue, although part of the same procurement process at issue in [the May 6, 1997 decision], is a separate complaint and must be treated as such by the Tribunal. Section 30.14 of the CITT Act provides that, in conducting an inquiry, the Tribunal limit its considerations to the subject matter of the complaint, which, in the present case, consists of events which occurred subsequent to the Tribunal’s determination dated May 6, 1997 . . . i.e. the approach adopted by Defence Construction in order to determine whether ICS and Symtron met the minimum mandatory qualification requirements and its subsequent reliance on the MH Report in deciding to award the contract to ICS. The Tribunal must determine whether this part of the procurement process was conducted in accordance with the requirements set out in the relevant provisions of NAFTA.¹³

Counsel for the CITT maintained that the second decision was a determination as to whether the pro-

de la DDP en remplaçant la «réalisation» de projets antérieurs par la «participation» à des projets antérieurs. C’est là un objet différent de celui de la seconde plainte, qui, elle, portait, selon la défenderesse, a) sur le fait que CDC n’avait pas fourni à MH une information pertinente et b) sur l’acceptation par CDC de la conclusion de MH sans apprécier le rôle d’ICS dans le projet de la Marine australienne.

[53] Enfin, le TCCE, quant à lui, a examiné la question de sa compétence à l’égard de la seconde plainte et s’est jugé compétent. Dans sa seconde décision, le TCCE a écrit que le processus de passation du marché a donné lieu à deux examens distincts: l’un fondé sur les événements qui ont conduit à la première décision, l’autre fondé sur les événements survenus après cette décision. Le Tribunal a fait le raisonnement que la totalité du processus de passation du marché—jusqu’à l’attribution de celui-ci—doit être menée conformément à l’ALÉNA. Voici ce que le Tribunal a écrit:

En premier lieu, le Tribunal fait observer que la question en litige ne consiste pas à déterminer si Construction de Défense a correctement mis en œuvre ou non les recommandations que le Tribunal a rendues le 6 mai 1997. Le Tribunal est d’avis que, en mettant en œuvre les recommandations du Tribunal, Construction de Défense a de fait prolongé le processus de passation du marché public et, par conséquent, rendu possible la présentation de nouvelles contestations par les fournisseurs éventuels. L’alinéa 1017(1)a) de l’ALÉNA prescrit que le processus de passation des marchés débute au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuit jusqu’à l’adjudication du marché.

La plainte dont il est question dans les présentes, bien qu’elle fasse partie intégrante du même processus de passation du marché public visé dans le dossier n° PR-96-030, est une plainte distincte et doit être traitée comme telle par le Tribunal. Aux termes de l’article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal est tenu, lorsqu’il a décidé d’enquêter, de limiter son étude à l’objet de la plainte, qui, en l’espèce, vise des événements survenus après la décision du 6 mai 1997. . . , c’est-à-dire la démarche de Construction de Défense pour déterminer si ICS et Symtron se conformaient à l’exigence d’admissibilité minimale obligatoire et l’utilisation subséquente du Rapport MH pour fonder la décision d’adjuger le marché à ICS. Le Tribunal doit déterminer si cette partie du processus de passation du marché a été exécutée aux termes des exigences des dispositions pertinentes de l’ALÉNA¹³.

L’avocat du TCCE a maintenu que la seconde décision portait sur l’assujettissement du processus de passation

curement process was within the bounds of NAFTA, a determination which it has the jurisdiction to make.

[54] On balance, I am convinced that the CITT was correct on this issue. On May 6, 1997 the CITT determined whether a series of suppliers were capable of meeting the requirements of the RFP. On September 10, 1997 the CITT reviewed the government institution's behaviour when it secured an outside opinion. These were different determinations based on different legal considerations. While the first determination is based on whether the suppliers met the RFP in question, the second determination looked at the behaviour of the government institution and asked whether that behaviour lived up to the fairness and transparency demanded by NAFTA.

[55] Another way of looking at this matter is as follows. The Attorney General argued before this Court that, had there not been a first recommendation, there would have been no second complaint. This is not so, except perhaps in hindsight. To change the facts slightly, if DCC engaged an outside consultant before making the contract award (as government institutions often do), and if DCC supplied that consultant with only part of the information it required (as happened here), and if DCC received the consultant's report and relied entirely on it without consideration of further facts and context (as happened here),¹⁴ then Symtron would have had exactly the same complaint as it did here.

3. Was the Tribunal *functus officio*?

[56] Because I have found that the second complaint, which dealt with the behaviour of DCC in relation to its receipt of the MH report and its subsequent consideration of bid proposals, was a new complaint, *functus officio* does not apply to these facts. Nevertheless, I would make one point regarding the application of *functus officio* to the CITT. In this Court, counsel for the Attorney General quoted a passage from *Chandler v. Alberta Association of Architects*.¹⁵ In that passage, Sopinka J. wrote for a majority of three judges that:

du marché à l'ALÉNA, matière qui relève de sa compétence.

[54] Tout bien pesé, je suis convaincu que le TCCE a jugé justement sur ce point. Le 6 mai 1997, le TCCE a décidé si une série de fournisseurs répondaient aux exigences de la DDP. Le 10 septembre 1997, le TCCE a examiné le comportement de l'entité publique lorsqu'elle a obtenu une opinion extérieure. Il s'agissait de décisions différentes, reposant sur des fondements juridiques différents. Alors que la première décision se fonde sur le fait que les fournisseurs satisfaisaient ou non à la DDP en cause, la seconde procède à un examen du comportement de l'entité publique pour apprécier s'il est à la hauteur de l'équité et de la transparence qu'exige l'ALÉNA.

[55] On peut également regarder la question d'une autre manière. Le procureur général a plaidé que, n'eût été la première recommandation, il n'y aurait pas eu de seconde plainte. Ce n'est pas le cas, sinon peut-être de façon rétrospective. Supposons une légère modification des faits: si CDC avait engagé un expert-conseil de l'extérieur avant d'attribuer le contrat (ainsi que les entités publiques le font souvent), n'aurait fourni à cet expert-conseil qu'une partie de l'information dont il avait besoin (comme cela s'est produit en l'espèce) et, après avoir reçu son rapport, s'était appuyée entièrement sur celui-ci sans considération d'autres faits ou du contexte (comme cela s'est produit en l'espèce)¹⁴, dans ce cas Symtron aurait fait exactement la même plainte que celle qu'elle a faite en l'espèce.

3. Le Tribunal était-il dessaisi?

[56] Puisque je suis arrivé à la conclusion que la seconde plainte, qui portait sur le comportement de CDC à l'égard de la réception du rapport de MH et de son examen ultérieur des propositions, constituait une plainte nouvelle, le principe *functus officio* est sans application. Néanmoins, je ferais une observation concernant l'application au TCCE du principe *functus officio*. Pendant les débats, l'avocat du procureur général a cité un extrait de l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*.¹⁵ Il s'agit d'un extrait de l'opinion majoritaire de trois juges, rédigée par le juge Sopinka:

As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error. . . .¹⁶

[57] It was further pointed out that Sopinka J. continued on in his reasons to state that:

[the application of the doctrine of *functus officio*] must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. If, however, the administrative entity is empowered to dispose of a matter by one or more specified remedies or by alternative remedies, the fact that one is selected does not entitle it to reopen proceedings to make another or further selection.¹⁷ [Emphasis added.]

[58] While not necessary to the determination of this case, I would suggest that this passage has application to the CITT. If, as here, Parliament has curtailed the enforcement and implementation powers of the Tribunal, and if, as here, appeal from a decision of the Tribunal is only by way of judicial review, then justice may require that the CITT be allowed some latitude when faced with a new complaint which might, in other circumstances, be the subject of an appeal or an action for enforcement.

4. Did NAFTA apply to these contracts?

[59] The relevant standard of contracting under NAFTA was decided in the May 6, 1997 decision and

En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur¹⁶ [. . .]

[57] Il a également été relevé que le juge Sopinka, dans la poursuite de son analyse, écrivait encore:

[l'application du principe du *functus officio*] doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante [. . .]

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. Cependant, si l'entité administrative est habilitée à trancher une question d'une ou de plusieurs façons précises ou par des modes subsidiaires de redressement, le fait d'avoir choisi une méthode particulière ne lui permet pas de rouvrir les procédures pour faire un autre choix¹⁷. [Non souligné dans le texte original.]

[58] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour statuer sur la présente affaire, je suis d'avis que cet extrait s'applique au TCCE. Si, comme en l'espèce, le législateur a réduit les pouvoirs du Tribunal de faire respecter et mettre en œuvre ses décisions et si, comme en l'espèce, une décision du Tribunal ne peut être attaquée que par voie de contrôle judiciaire, il est possible que, dans l'intérêt de la justice, il faille permettre une certaine latitude au TCCE lorsqu'il est saisi d'une nouvelle plainte qui pourrait, dans d'autres circonstances, faire l'objet d'un appel ou d'une action en exécution.

4. L'ALÉNA s'applique-t-il à ces marchés?

[59] Le critère pertinent d'assujettissement à l'ALÉNA a été établi dans la décision du 6 mai 1997,

was not made the subject of judicial review by ICS or any other party at that time. The cases now before this Court deal with the propriety of the CITT decision of September 10, 1997. Assuming, without deciding, that ICS is not estopped from raising this matter, I would hold that the CITT was not incorrect to decide the matter as it did. On one hand, the Government of Canada must be able to structure its organizations in order to best serve the Canadian public. This must include the ability to establish enterprises which specialize in letting and supervising Government contracts. On this analysis, the Government of Canada should be able to organize its affairs in order to accomplish its goals efficiently. On the other hand, however, none of the parties to NAFTA should be able to do indirectly what they may not do directly. Neither the Government of Canada, nor any other government bound by NAFTA, should be able to establish government enterprises for the purpose of avoiding compliance under Chapter 10 of NAFTA.

[60] It is noteworthy that the parties to NAFTA enshrined this principle of non-avoidance into Chapter 10 when they adopted Article 1001(4), which reads that:

Article 1001 . . .

4. No Party may prepare, design or otherwise structure any procurement contract in order to avoid the obligations of this Chapter.

[61] The parties to NAFTA further adopted Article 1002(4), which states that:

Article 1002 . . .

4. Further to Article 1001(4), an entity may not select a valuation method, or divide procurement requirements into separate contracts, to avoid the obligations of this Chapter.

[62] The intention of the parties is manifest. Under NAFTA, parties may not design contracts so as to hide them from compliance. If Canada is to honourably uphold its NAFTA obligations, the CITT must be able to decide that the true contracting agent was

laquelle n'a été attaquée par voie de contrôle judiciaire ni par ICS ni par une autre partie à l'époque. Les affaires dont la Cour est maintenant saisie portent sur le bien-fondé de la décision du 10 septembre 1997. En supposant, sans l'affirmer, que la contestation d'ICS sur ce point ne soit pas irrecevable, je dirai que le TCCE ne s'est pas trompé en tranchant l'affaire comme il l'a fait. D'une part, le gouvernement du Canada doit être en mesure de structurer ses organismes de manière à offrir le meilleur service à la population canadienne. Cela doit comprendre la capacité d'établir des entreprises qui se spécialisent dans l'attribution et la supervision de marchés. Selon ce raisonnement, le gouvernement du Canada devrait avoir la capacité d'organiser ses affaires de manière à atteindre ces objectifs de manière efficace. D'autre part, cependant, aucune des parties à l'ALÉNA ne devrait pouvoir faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement. Ni le gouvernement du Canada, ni aucun autre gouvernement lié par l'ALÉNA ne devrait pouvoir constituer des entreprises publiques en vue de se soustraire au respect du chapitre 10 de l'ALÉNA.

[60] Il est remarquable que les parties à l'ALÉNA aient consacré ce principe de l'impossibilité de se soustraire à leurs obligations en adoptant le paragraphe 1001(4), qui est ainsi conçu:

Article 1001 [. . .]

4. Aucune des Parties ne pourra préparer, élaborer ou autrement structurer un projet d'achat dans le but de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

[61] Les parties à l'ALÉNA ont également adopté le paragraphe 1002(4), qui dispose:

Article 1002 [. . .]

4. En complément du paragraphe 1001(4), une entité ne pourra ni choisir une méthode d'évaluation, ni répartir les quantités à acquérir entre plusieurs marchés, dans l'intention de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

[62] L'intention des parties est manifeste. Dans le cadre de l'ALÉNA, les parties ne peuvent élaborer les marchés de manière à les soustraire à l'assujettissement à l'ALÉNA. Si le Canada entend faire honneur aux obligations contractées aux termes de l'ALÉNA,

DND, not DCC. In this case, the Tribunal based its conclusion on the following findings of fact: (a) the FFTS is required by DND; (b) DND ultimately approved the specifications drafted by DCC; (c) DND conducted technical evaluations of the proposals; (d) DND will pay for the work; and, (e) DND will own the work. I would add to this list that the RFP itself has the following words in bold capital letters on top of its cover page: “DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE”.¹⁸ Nowhere on the cover of the RFP are the words “Defence Construction (1951) Canada Limited” to be found. Further, each and every page of the RFP has a header which reads:

Department of National Defence
Fire Fighter Training Facility
Halifax, Nova Scotia
Esquimalt, British Columbia

[63] I am of the view, therefore, that the CITT did not err when it found that this contract should be evaluated as having been let by the Department of National Defence. On facts such as these, a contract should not be exempt from NAFTA simply because the government has decided to let the contract through DCC. The decisions of the Canadian civil service, no matter how well intentioned, may not supercede our international obligations.

[64] With regard to the application of estoppel, the parties raised the matter only briefly. ICS argued before this Court¹⁹ that estoppel can not apply in cases where it is said that an administrative tribunal was without jurisdiction. There have been several cases, not all consistent, decided in the Supreme Court of Canada,²⁰ in this Court and in the Federal Court (Trial Division) on this matter.²¹ Since the point was not fully argued here, nor is it necessary to decide it in this case, I would leave it open to be decided in another case.

il faut que le TCCE ait le pouvoir de décider que le véritable maître de l’ouvrage était le MDN, et non CDC. En l’espèce, le Tribunal a fondé sa conclusion sur les constatations suivantes: a) c’est le MDN qui avait besoin du SFLI; b) c’est le MDN qui a approuvé finalement les spécifications rédigées par CDC; c) le MDN a fait l’évaluation technique des propositions; d) le MDN paiera les travaux; e) le MDN sera propriétaire des installations. J’ajouterais à cette liste que la DDP porte la mention suivante en gras et en majuscules au haut de la page titre: [TRADUCTION] «MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE»¹⁸. Sur la page titre de la DDP, on ne trouve nulle part la dénomination «Construction de Défense (1951) Canada Limitée». En outre, chaque page de la DDP comporte l’en-tête suivante:

[TRADUCTION] Ministère de la Défense nationale
Installation de formation à la lutte contre l’incendie
Halifax (Nouvelle-Écosse)
Esquimalt (Colombie-Britannique)

[63] Je suis donc d’avis que le TCCE n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a conclu que le marché devait être considéré comme ayant été attribué par le ministère de la Défense nationale. Dans une situation comme celle-ci, un contrat ne devrait pas être exempté de l’application de l’ALÉNA simplement parce que le gouvernement a décidé d’attribuer le contrat par l’entremise de CDC. Les décisions de la fonction publique du Canada, si bien intentionnées soient-elles, ne sauraient prévaloir sur nos obligations internationales.

[64] En ce qui regarde l’application de l’irrecevabilité, les parties n’ont soulevé la question que de façon très brève. ICS a plaidé que l’irrecevabilité ne pouvait s’appliquer dans les affaires portant sur un excès de compétence d’un tribunal administratif¹⁹. On trouve sur ce point plusieurs décisions, parfois en conflit les unes avec les autres, de la Cour suprême du Canada²⁰, de notre Cour et de la Section de première instance de la Cour fédérale²¹. Comme la question n’a pas été plaidée de façon approfondie et qu’il n’est pas nécessaire non plus de nous prononcer sur ce point pour statuer en l’espèce, je suis d’avis de la faire trancher dans une autre affaire.

5. Was the Tribunal correct on the merits of the issue?

[65] The Tribunal is given wide latitude when deciding on legal and factual matters within its jurisdiction. When it decided that DCC acted unreasonably by relying entirely on the MH report to decide that ICS was a qualified contractor, the CITT made a decision which was within its competence. In my view, that decision was not shown to be patently unreasonable.

VI. Conclusion and disposition

[66] For the foregoing reasons, I am of the view that:

1. the CITT did not exceed its jurisdiction, nor was it *functus officio* in making its decision of September 10, 1997;

2. the CITT was not incorrect when it decided that it had jurisdiction with regard to the value of the contract since DND was the relevant contracting agency; and,

3. the CITT's decision of September 10, 1997 was not shown to be patently unreasonable on the merits.

[67] In the result I would dismiss both applications with one set of costs to Symtron.

STONE J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ See the North American Free Trade Agreement, legal text 1992, at Articles 1002 to 1016. The North American Free Trade Agreement was adopted by Parliament at s. 10 of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44.

² R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47.

³ The terms "complaint" and "designated contract" are defined in s. 30.1 [as enacted *idem*] as follows:

30.1 . . .

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

5. Le Tribunal a-t-il jugé justement sur le fond?

[65] Le Tribunal dispose d'une grande latitude lorsqu'il se prononce sur des questions de droit et de fait à l'intérieur de sa compétence. Lorsqu'il a décidé que CDC n'a pas agi de manière raisonnable en s'en remettant entièrement au rapport de MH pour décider qu'ICS était un soumissionnaire admissible, le TCCE a pris une décision qui relevait de sa compétence. À mon avis, il n'a pas été établi que cette décision était manifestement déraisonnable.

VI. Conclusion et dispositif

[66] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que:

1. le TCCE n'a pas excédé sa compétence et n'était pas *functus officio* au moment où il rendu sa décision du 10 septembre 1997;

2. le TCCE n'a pas jugé à tort lorsqu'il a décidé qu'il était compétent eu égard à la valeur du marché, puisque le MDN était le maître d'ouvrage;

3. il n'a pas été établi que la décision du TCCE du 10 septembre 1997 était manifestement déraisonnable sur le fond.

[67] En conséquence, je suis d'avis de rejeter les deux demandes, avec un seul mémoire de dépens en faveur de Symtron.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris.

¹ Voir l'Accord de libre-échange nord-américain, texte officiel 1992, aux articles 1002 à 1016. L'Accord de libre-échange nord-américain a été adopté par le Parlement par la voie de l'art. 10 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.

² L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47.

³ Les termes «plainte» et «contrat spécifique» sont définis à l'art. 30.1 [édicte, *idem*] de la manière suivante:

30.1 [. . .]

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

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

⁴ Department of National Defence, “Fire Fighter Training System Performance Specifications: Fire Fighter Training Facility, Halifax, Nova Scotia & Esquimalt, British Columbia.” October 7, 1996, at Section 00002(1) (“Selection Criteria”). Reproduced at Attorney General’s Application Record (A-687-97), at p. 567.

⁵ CITT decision dated May 6, 1997, at para. 57; Attorney General’s application record (A-687-97), at p. 26.

⁶ CITT decision dated September 10, 1997, at para. 35; Attorney General’s application record (A-687-97), at p. 36.

⁷ CITT decisions dated September 10, 1997, at paras 38-39; Attorney General’s application record (A-687-97), at pp. 37-38.

⁸ CITT decision dated September 10, 1997, at para. 41; Attorney General’s application record (A-687-97), at p. 37.

⁹ [1963] A.C. 808 (H.L.).

¹⁰ *Id.*, at pp. 820-821.

¹¹ *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigations and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

¹² See, e.g., *British Columbia (Vegetable Marketing Commission) v. Washington Potato and Onion Assn.*, [1997] F.C.J. No. 1543 (C.A.) (QL); see also *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise v. Hydro-Quebec* (1994), 172 N.R. 247 (F.C.A.), at para. 16.

¹³ CITT decision dated September 10, 1997, at paras. 35-36; Attorney General’s application record (A-687-97), at p. 36.

¹⁴ No party argued before this Court that DCC’s reliance on the MH report impermissibly subdelegated its responsibilities in violation of the legal maxim *delegatus non potest delegare*. I would therefore refrain from any discussion of impermissible delegation in this case.

¹⁵ [1989] 2 S.C.R. 848.

¹⁶ *Id.*, at p. 861.

¹⁷ *Id.*, at p. 862.

¹⁸ Department of National Defence Request for Proposals, cover page, at Attorney General’s application record (A-687-97), at p. 563.

¹⁹ Only ICS argued this point before this Court. Despite the fact that this argument supported the Attorney General’s overall conclusion that the Tribunal was without jurisdiction, counsel for the Attorney General was silent on this point.

²⁰ *Town of Grandview v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621.

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

⁴ Ministère de la Défense nationale, [TRADUCTION] «Spécifications sur le rendement du système de formation à la lutte contre l’incendie: Installation de formation à la lutte contre l’incendie, Halifax (Nouvelle-Écosse) et Esquimalt (Colombie-Britannique)». 7 octobre 1996, à l’article 00002(1) («Critères de sélection»). Reproduit dans le dossier de demande du procureur général (A-687-97), à la p. 567.

⁵ Décision du TCCE datée du 6 mai 1997, au par. 57; dossier de demande du procureur général (A-687-97), à la p. 26.

⁶ Décision du TCCE datée du 10 septembre 1997, au par. 35; dossier de demande du procureur général (A-687-97), à la p. 36.

⁷ Décision du TCCE datée du 10 septembre 1997, aux par. 38 et 39; dossier de demande du procureur général (A-687-97) aux p. 37 et 38.

⁸ Décision du TCCE datée du 10 septembre 1997, au par. 41; dossier de demande du procureur général (A-687-97) à la p. 37.

⁹ [1963] A.C. 808 (H.L.).

¹⁰ *Id.*, aux p. 820 et 821.

¹¹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

¹² Voir, p. ex. *British Columbia (Vegetable Marketing Commission) c. Washington Potato and Onion Assn.*, [1997] F.C.J. n° 1543 (C.A.) (QL); voir aussi *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l’accise c. Hydro-Québec* (1994), 172 N.R. 247 (C.A.F.), au par. 16.

¹³ Décision du TCCE datée du 10 septembre 1997 aux par. 35 et 36; dossier de demande du procureur général (A-687-97), à la p. 36.

¹⁴ Aucune des parties n’a soulevé la question que CDC, en s’appuyant ainsi sur le rapport de MH, se trouvait à sous-déléguer ses responsabilités en violation de la maxime *delegatus non potest delegare*. Je m’abstiendrai donc de traiter la question de la délégation illégale.

¹⁵ [1989] 2 R.C.S. 848.

¹⁶ *Id.*, à la p. 861.

¹⁷ *Id.*, à la p. 862.

¹⁸ Demande de propositions du ministère de la Défense nationale, page titre, dossier de la demande du procureur général (A-687-97) à la p. 563.

¹⁹ ICS a été la seule à plaider ce point. Bien que cet argument soutienne la conclusion globale du procureur général que le Tribunal excédait sa compétence, l’avocat du procureur général n’a rien dit sur ce point.

²⁰ *Ville de Grandview c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621.

²¹ See, e.g., *O'Brien v. Canada (Attorney General)* (1993), 12 Admin. L.R. (2d) (F.C.A.), at pp. 290 and 292 ("This Court has implicitly extended the applicability of the doctrine of issue estoppel, developed in the context of judicial proceedings, to proceedings before statutorily established administrative tribunals Application of the principle of issue estoppel to [administrative circumstances] is consistent with the interests of justice and administrative efficiency having regard for the nature of the appeal process."). The *O'Brien* case was recently followed in *Kaloti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL). I do, however, recognize that some cases from the Federal Court Trial Division suggest that estoppel does not apply to public law: see, e.g., *Jhammat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (F.C.T.D.); see also *Del Zotto v. Canada*, [1994] 2 F.C. 640 (T.D.). I note, however, that Muldoon J. has since resiled from the position he took in the *Jhammat* case: see *Singh v. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241 (F.C.T.D.). Further, in the *Del Zotto* matter, McKeown J. gives no reasons for stating that *res judicata* does not apply to public law and makes his holding on alternative grounds.

²¹ Voir, par ex.: *O'Brien c. Canada (Procureur général)* (1993), 12 Admin. L.R. (2d) 287 (C.A.F.), aux p. 290 et 292 («Cette Cour a implicitement étendu l'applicabilité du principe de l'autorité de la chose jugée, élaboré dans le contexte des procédures judiciaires, aux procédures tenues devant les tribunaux administratifs établis par la loi [. . .] L'application du principe de l'autorité de la chose jugée [en matière administrative] est conforme à l'intérêt de la justice et à l'efficacité administrative compte tenu de la nature de ce processus d'appel.) L'affaire *O'Brien* a été suivie récemment dans *Kaloti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 1281 (1^{re} inst.) (QL). Je reconnais cependant que certaines affaires de la Cour fédérale (Section de première instance) suggèrent que le principe ne s'applique pas en droit public: voir, par ex., *Jhammat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (C.F. 1^{re} inst.); voir aussi *Del Zotto c. Canada*, [1994] 2 C.F. 640 (1^{re} inst.). Je note, toutefois, que le juge Muldoon est revenu, depuis, sur la position qu'il avait prise dans l'affaire *Jhammat*: voir *Singh c. Canada* (1996), 123 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.). En outre, dans l'affaire *Del Zotto*, le juge McKeown ne donne pas de justification de sa position que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas en droit public et rend sa décision sur la base d'autres motifs.