

T-1155-92

J.G. Morgan Development Corporation
(Applicant)

v.

Minister of Public Works, 926260 Ontario Ltd., Thomas N. Hammond & Associates Ltd., Cohole Development Corporation, Clifford O.O/A Ventures 2000 & Grant Development Corporation and Garth Aselford Developments Limited & J. Walton Developments Limited (Respondents)

INDEXED AS: J.G. MORGAN DEVELOPMENT CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)

Trial Division, Denault J.—Ottawa, June 29 and September 30, 1992.

Crown — Contracts — Leased accommodation — Tenders — Lowest bidder on second tender process unable to post required security bond — Department of Public Works contracting with second lowest bidder without resorting to third tender process as more than one year passed since beginning of process — Unsuccessful bidder's motion for certiorari denied for undue delay (3 months) in bringing motion and as granting motion would prejudice DPW and contractor — Court without jurisdiction to review DPW's decision to award contract as contract not negotiated pursuant to powers conferred by Act of Parliament but to powers incidental to Crown's inherent right to contract and following principles of agency — Inherent right to contract recognized by doctrine and case law in Canada and other common law jurisdictions.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Department of Public Works inviting bids for contract to lease office space — Lowest bidder on second tender process unable to post required security bond — DPW contracting with second lowest bidder without resorting to third tender process as more than one year passed since beginning of process — Certiorari denied for undue delay in bringing motion and as granting motion would prejudice DPW and contractor — Issue of Court's jurisdiction to review decision to award contract under tender not resolved as contract not awarded pursuant to tender process but as result of direct negotiations — Court without jurisdiction to review DPW's decision to award contract as contract negotiated pursuant to powers incidental to Crown's inherent right to contract and not, as required for jurisdiction under Federal Court Act, pursuant to powers conferred by or under Act of Parliament — Exception to obligation to use

T-1155-92

J.G. Morgan Development Corporation
(requérante)

a c.

Ministre des Travaux publics, 926260 Ontario Ltd., Thomas N. Hammond & Associates Ltd., Cohole Development Corporation, Clifford O.O/A Ventures 2000 & Grant Development Corporation et Garth Aselford Developments Limited & J. Walton Developments Limited (intimés)

RÉPERTORIÉ: J.G. MORGAN DEVELOPMENT CORP. c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 29 juin et 30 septembre 1992.

Couronne — Contrats — Locaux loués — Appel d'offres — Le plus bas soumissionnaire lors du second appel d'offres était incapable de fournir le cautionnement exigé — Le ministère des Travaux publics a contracté avec le soumissionnaire qui s'était classé deuxième sans lancer un troisième appel d'offres étant donné que plus d'une année s'était écoulée depuis le début du processus — La requête en certiorari du soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue est rejetée en raison du retard excessif (3 mois) dans la présentation de sa requête et parce que le fait d'accueillir la requête causerait un préjudice au Ministère et à l'entrepreneur — La Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle le Ministère a attribué le marché, étant donné que le marché n'a pas été négocié en vertu de pouvoirs prévus par une loi fédérale mais en vertu de pouvoirs accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne et suivant les principes du mandat — Le droit inhérent de contracter est reconnu par la doctrine et la jurisprudence au Canada et dans d'autres territoires de common law.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le ministère des Travaux publics a lancé un appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché portant sur la location de bureaux — Le plus bas soumissionnaire lors du second appel d'offres était incapable de fournir le cautionnement exigé — Le Ministère a contracté avec le soumissionnaire qui s'était classé deuxième sans lancer un troisième appel d'offres étant donné que plus d'une année s'était écoulée depuis le début du processus — La requête en certiorari est rejetée à cause d'un retard excessif dans la présentation de la requête et parce que le fait d'accueillir la requête causerait un préjudice au Ministère et à l'entrepreneur — La question de la compétence de la Cour pour contrôler la décision d'attribuer le marché à la suite de l'appel d'offres n'est pas résolue, étant donné que le marché n'a pas été attribué dans le cadre d'un appel d'offres mais à la suite de négociations directes — La

tender process in conformity with Government Contract Regulations where, given nature of work, not in public interest to solicit bids — Given all circumstances herein, not in public interest to engage in another tender process — Presence of exceptional circumstance set out in Government Contract Regulations, s. 6 taking negotiations outside ambit of Regulations and into Crown's inherent right to contract, over which Court without judicial review jurisdiction — Motion dismissed without costs as permitted Court to clarify issue of jurisdiction.

Construction of statutes — Government Contract Regulations, s. 6 — Difference between French, English texts noted — English text speaking of "nature of the work": French text "nature du marché" — "Marché" defined therein as "construction, goods or service contract" or "lease" — In context, "work" much broader than "contract" — Interpretation issue not resolved as raised by Court, not counsel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).*

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 41.

Government Contract Regulations, SOR/87-402, ss. 5, 6.

Public Works Act, R.S.C., 1985, c. P-38.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec), [1977] 1 S.C.R. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057; (1980), 81 CLLC 14,119.

REFERRED TO:

Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.).

Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle le Ministère a attribué le marché, étant donné que le marché a été négocié en vertu de pouvoirs accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne et non en vertu de pouvoirs prévus par une loi fédérale, ainsi que l'exige la Loi sur la Cour fédérale pour que la Cour fédérale ait compétence — L'exception à l'obligation de lancer un appel d'offres est conforme au Règlement sur les marchés de l'État dans les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public — Compte tenu de l'ensemble des circonstances en cause en l'espèce, lancer un autre appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public — La présence de l'une des circonstances exceptionnelles énoncées à l'art. 6 du Règlement sur les marchés de l'État soustrait les négociations du champ d'application du Règlement et les fait relever du droit inhérent de contracter de la Couronne, sur lequel la Cour n'est pas compétente pour exercer un contrôle judiciaire — La requête est rejetée sans frais, étant donné qu'elle a permis à la Cour de clarifier la question de sa compétence.

Interprétation des lois — Art. 6 du Règlement sur les marchés de l'État — La Cour constate une différence entre la version française et la version anglaise — Le texte anglais parle de «nature of the work», tandis que le texte français parle de «nature du marché» — Le terme «marché» y est défini comme étant un «marché de travaux publics», un «marché de fournitures», un «marché de services» ou un «bail» — Dans ce contexte, le terme «work» est beaucoup plus large que le terme «contract» — La question d'interprétation n'est pas résolue étant donné qu'elle a été soulevée par la Cour et non par les avocats.

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4).*

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 41 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50 (ann. II, item 11)).

Loi sur les travaux publics, L.R.C. (1985), ch. P-38.
Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402, art. 5, 6.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec), [1977] 1 R.C.S. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057; (1980), 81 CLLC 14, 119.

DÉCISION MENTIONNÉE:

Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.).

AUTHORS CITED

Dussault, René and Borgeat, Louis. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 1, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

Griffith, J. A. G. and H. Street. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., London: Pitnam Publishing, 1963. ^a

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

APPLICATION for *certiorari* quashing a decision of the Minister of Public Works to award a contract for leased accommodation. Application dismissed. ^b

COUNSEL:

Martin W. Mason for applicant.

Peter M. Southey for respondent Minister of Public Works.

James H. Smellie for respondents. ^c

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Public Works. ^e

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for respondents. ^d

The following are the reasons for order rendered in English by ^f

DENAULT J.: The applicant seeks an order by way of *certiorari* quashing the decision of the Minister of Public Works to award a contract for leased accommodation to numbered company 926260 Ontario Ltd. The contract was for the lease of office space in Kirkland Lake, Ontario, which was to be occupied by the Department of Veterans Affairs. ^g

This motion was heard on an urgent basis on June 29, 1992. The urgency was due to the fact that 926260 Ontario Ltd. (hereinafter 926260) had already engaged in steps towards the execution of its contract. ⁱ

I rejected the applicant's motion for *certiorari* on the grounds that there was undue delay by the applicant in bringing the motion and that the issuance of ^j

DOCTRINE

Dussault, René et Borgeat, Louis, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., tome 1, Presses de l'Université Laval, 1984.

Griffith, J. A. G and H. Street, *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., London: Pitnam Publishing, 1963.

Hogg, Peter W., *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

DEMANDE en bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le ministre des Travaux publics a attribué un marché portant sur des locaux loués. Requête rejetée.

AVOCATS:

Martin W. Mason pour la requérante.

Peter M. Southey pour l'intimé, le ministre des Travaux publics.

James H. Smellie pour les intimés. ^c

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour la requérante.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé, le ministre des Travaux publics. ^e

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour les intimés. ^d

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par ^f

LE JUGE DENAULT: La requérante sollicite un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le ministre des Travaux publics a attribué à la compagnie à matricule 926260 Ontario Ltd. un marché relatif à la location de bureaux. Le marché portait sur la location de bureaux situés à Kirkland Lake, en Ontario, qui devaient être occupés par le ministère des Anciens combattants. ^g

La présente requête a été entendue d'urgence le 29 juin 1992. L'urgence s'expliquait par le fait que 926260 Ontario Ltd. (ci-après appelée 926260) avait déjà pris des mesures en vue d'exécuter son marché. ⁱ

J'ai rejeté la requête en bref de *certiorari* de la requérante au motif que celle-ci avait tardé de façon excessive à présenter la requête et que le prononcé ^j

such an order under the circumstances would prejudice both Public Works Canada and 926260.

During the course of the proceedings, counsel for Public Works Canada (hereinafter PWC) took issue with this Court's jurisdiction to entertain an order for *certiorari* in this case. Given my decision to reject the motion on the ground of undue delay, it was not necessary for me to deal with the merits of his objection at that time and I indicated to counsel that I would provide more detailed written reasons on the issue of this Court's jurisdiction at a later date.

BACKGROUND

In December of 1990, the respondent companies were invited by PWC to submit bids for the contract to lease office space for the Department of Veterans Affairs (hereinafter DVA). One of the conditions required of tenderers was to provide "proof of correct zoning" and the closing date for bids was January 3, 1991.

However, the evidence discloses that none of the respondent companies were in a position to satisfy this condition and consequently PWC disqualified each of them.

On February 1, 1991, PWC called upon the same respondent companies to submit new tenders again with proof of correct zoning. This second tender process specified that the respondents had to provide proof of correct zoning by March 31, 1991. On request from the respondent companies PWC later agreed to extend this date to May 31. The date was again extended on a few occasions and finally, on June 21, 1991, the contract was awarded to Cohole Development Corporation (hereinafter Cohole). The net present value of all four bids are as follows:

Cohole Development Corporation	\$9.3 million
926260 Ontario Limited	\$10.2 million
Thomas N. Hammond & Associates Ltd.	\$10.8 million

d'une telle ordonnance causerait dans les circonstances un préjudice tant à Travaux publics Canada qu'à 926260.

Au cours de l'instance, l'avocat de Travaux publics Canada (ci-après appelé TPC) a contesté la compétence de la Cour pour prononcer une ordonnance de bref de *certiorari* dans la présente affaire. Compte tenu de ma décision de rejeter la requête pour des motifs ayant trait au retard excessif, il ne m'a pas été nécessaire d'examiner le bien-fondé de son objection à ce moment-là et j'ai précisé à l'avocat que je fournirais plus tard des motifs écrits plus détaillés sur la question de la compétence de la Cour.

GENÈSE DE L'INSTANCE

En décembre 1990, les compagnies intimées ont été invitées par TPC à présenter des soumissions relativement à un marché de location de bureaux pour le ministère des Anciens combattants (ci-après appelé MAC). Une des conditions exigées des entreprises concurrentes était de fournir une «preuve de conformité de zonage», et la date limite de présentation des soumissions a été fixée au 3 janvier 1991.

La preuve révèle toutefois qu'aucune des compagnies intimées n'était en mesure de satisfaire à cette condition et, en conséquence, TPC a rejeté la soumission de chacune d'entre elles.

Le 1^{er} février 1991, TPC a invité les mêmes compagnies intimées à soumettre de nouvelles propositions ainsi qu'une preuve de conformité de zonage. Il était précisé dans ce second appel d'offres que les intimées devaient fournir une preuve de conformité de zonage au plus tard le 31 mars 1991. À la demande des compagnies intimées, TPC a par la suite accepté de repousser cette date au 31 mai. Cette échéance a été repoussée à nouveau à quelques reprises et, finalement, le 21 juin 1991, le marché a été attribué à Cohole Development Corporation (ci-après appelée Cohole). La valeur nette actuelle des quatre offres était la suivante:

Cohole Development Corporation	9,3 millions \$
926260 Ontario Limited	10,2 millions \$
Thomas N. Hammond & Associates Ltd.	10,8 millions \$

J.G. Morgan Development Corporation \$12.6 million

On June 28, the unsuccessful bidders, including the applicant, were informed of the decision and their security deposits were returned to them.

On November 27, 1991, it became clear to PWC that Cohole would be unable to post the \$2,000,000 security bond required under the contract and as a result, PWC was forced to terminate the contract.

Following this decision, PWC entered into direct negotiations with 926260 which had been the second lowest bidder in the second tender process of February 1, 1991. On December 12, 1991, the applicant was expressly advised that these direct negotiations had been entered into.

PWC enquired as to whether 926260 was able to perform the contract pursuant to the same terms and conditions as stated in its previous bid. After having received the proper assurances, PWC awarded the contract to 926260 on February 25, 1992.

The applicant was informed shortly thereafter of this decision. Notwithstanding the fact that it knew of these contractual negotiations as of December 1991 and was later promptly informed of the ultimate decision, it waited until May 21, some three months later, to bring its motion for *certiorari*. For the reasons expressed earlier, this motion was rejected on the grounds that there was undue delay on the part of the applicant and that granting the order in the circumstances would prejudice both PWC and 926260. It is important to underline that the only transaction which was in issue here was the contract awarded to 926260, the calls to tender of December 1990 and February 1991 were not here in question.

ISSUES

I shall deal with the contest to this Court's jurisdiction raised by counsel for PWC. Counsel submits that there are two questions which this Court must determine:

J.G. Morgan Development Corporation 12,6 millions \$

Le 28 juin, les entreprises dont l'offre n'avait pas été retenue, y compris la requérante, ont été informées de la décision et la garantie qu'elles avaient déposée leur a été remise.

Le 27 novembre 1991, il est devenu évident pour TPC que Cohole serait incapable de fournir le cautionnement de 2 000 000 \$ exigé aux termes du marché et TPC a par conséquent été forcé de résilier le marché.

À la suite de cette décision, TPC a engagé des négociations directes avec 926260, le soumissionnaire qui s'était classé deuxième lors du second appel d'offres du 1^{er} février 1991. Le 12 décembre 1991, la requérante a été expressément avisée que les négociations directes en question avaient été entamées.

TPC s'est renseigné pour savoir si 926260 était en mesure d'exécuter le marché selon les mêmes modalités que celles qu'elle avait énoncées dans son offre antérieure. Après avoir obtenu les assurances voulues, TPC a attribué le marché à 926260 le 25 février 1992.

La requérante a été informée peu de temps après de cette décision. Malgré le fait qu'elle était au courant de ces négociations contractuelles en décembre 1991 et qu'elle a été par la suite promptement informée de la décision finale, elle a attendu au 21 mai, quelque trois mois plus tard, pour présenter sa requête en bref de *certiorari*. Pour les motifs déjà exposés, cette requête a été rejetée au motif que la requérante avait tardé de façon excessive à présenter sa requête et que le prononcé d'une telle ordonnance causerait dans les circonstances un préjudice tant à TPC qu'à 926260. Il importe de souligner que la seule opération qui était en litige en l'espèce était le marché attribué à 926260. L'appel d'offres de décembre 1990 et celui de février 1991 n'étaient pas en litige en l'espèce.

QUESTIONS EN LITIGE

J'examinerai l'exception soulevée par l'avocat de TPC pour contester la compétence de notre Cour. L'avocat prétend que notre Cour doit trancher deux questions:

1. Does this Court have jurisdiction to judicially review the decision of the Minister of Public Works to award a contract under a tender?

2. Does this Court have jurisdiction to judicially review the decision of the Minister of Public Works to contract directly with a third party?

Obviously the first question is predicated on the assumption that the contract awarded to 926260 was offered pursuant to the tender process. I believe that assumption is wrong. The evidence clearly shows that the second tender process was closed at the moment when the contract was awarded to Cohole and that no other call to tender was issued. The contract awarded to 926260 was awarded as a result of direct negotiations between both parties.

I agree that in contacting the second lowest bidder from the second tender process it might be said that there is the appearance that the tender process was on-going, however, in examining the more objective evidence, it is clear that that process had come to an end much earlier and that the negotiation leading to 926260's contract constituted a very separate process. The first question thus becomes purely hypothetical and it is not necessary for the Court to deal with it at this time.

Therefore, the only remaining question is whether it was open to PWC to enter into direct negotiations with 926260 and if so, whether the decision to award the contract to 926260 is one which can be reviewed by this Court.

RESPONDENT'S ARGUMENT

The respondent [PWC] argues that in evaluating bids and recommending a bid to the Treasury Board, the Minister is acting on behalf of the Queen's Privy Council and for the benefit of the Crown at large and not pursuant to any specific statutory power accorded by Parliament. Indeed, the respondent argues that neither the *Public Works Act*, R.S.C., 1985, c. P-38 nor the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 and the *Government Contract Regulations*

1. La Cour a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics d'attribuer un marché à la suite d'un appel d'offres?

2. La Cour a-t-elle compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics de contracter directement avec un tiers?

De toute évidence, la première question est basée sur la supposition que le marché attribué à 926260 a été offert dans le cadre de l'appel d'offres. J'estime que cette supposition est erronée. Il ressort à l'évidence de la preuve que le second appel d'offres était terminé au moment où le marché a été attribué à Cohole et qu'aucun autre appel d'offres n'a été lancé. Le marché attribué à 926260 a été attribué par suite des négociations directes entamées entre les deux parties.

Je conviens que le fait qu'on a communiqué avec le soumissionnaire qui s'est classé deuxième lors du second appel d'offres permettrait de dire qu'il semble que le processus d'appel d'offres était en cours, mais en examinant les éléments de preuve plus objectifs, il est évident qu'on avait mis fin à ce processus beaucoup plus tôt et que les négociations débouchant sur l'attribution du marché à 926260 constituaient un processus très distinct. La première question devient donc purement hypothétique et il n'est pas nécessaire pour la Cour de l'examiner à ce moment-ci.

Par conséquent, la seule question qu'il nous reste à examiner est celle de savoir s'il était loisible à TPC d'entamer des négociations directes avec 926260 et, dans l'affirmative, si la décision d'attribuer le marché à 926260 est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de la part de notre Cour.

THÈSE DE L'INTIMÉ

L'intimé [TPC] fait valoir qu'en évaluant les soumissions et en recommandant une soumission au Conseil du trésor, le ministre agit au nom du Conseil privé de la Reine et au profit de la Couronne en général et non en vertu d'un pouvoir législatif précis accordé par le législateur fédéral. En fait, l'intimé prétend que ni la *Loi sur les travaux publics*, L.R.C. (1985), ch. P-38, ni la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, ni le *Règlement*

(SOR/87-402), confer an authority or capacity on the Crown to contract and therefore, the power to do so is reposed in the Governor in Council. That being the case, the respondent submits that this Court cannot review the decision to contract under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] because according to subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act, the Minister does not come within the definition of “federal board, commission or other tribunal” in that it is not a “body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament”. [Underlining added.]

ANALYSIS

I have reviewed the legislation to which counsel refers and I am unable to find an express grant of authority to contract. In *Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41, the question of whether, in the absence of any statutory restriction, a minister is capable of contracting in the name of the government was raised. Mr. Justice Pigeon adopted this passage from Griffith and Street, *Principles of Administrative Law* [at pages 269-270] as the correct statement of the law [at page 47]:

It is submitted that the law is as follows: a contract made by an agent of the Crown acting within the scope of his ostensible authority is a valid contract by the Crown . . .

Then he made the following comments [at page 47]:

Her Majesty is clearly a physical person,¹ and I know of no principle on the basis of which the general rules of mandate,

¹ Professor Hogg in *Liability of the Crown*, 2nd ed. (1989, Carswell), at chapter 8 takes some issue with the “monarch as a natural person” concept and suggests that it would be more “realistic to think of each government representing the Crown as a common law corporation with all the powers of a natural person to enter into contracts” [at pp. 163-164]. See also Dussault & Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, (1985), vol. 1, part one, at pp. 54-55. This dispute however has no determinative effect on the conclusion in the present case.

sur les marchés de l'État (DORS 87/402) ne confère à la Couronne le pouvoir ou la capacité de contracter et que, en conséquence, le pouvoir de le faire appartient au gouverneur en conseil. Dans ces conditions, l'intimé prétend que notre Cour ne peut contrôler en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] la décision de contracter parce que le ministre ne répond pas à la définition d'«office fédéral» contenue au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi parce qu'il ne constitue pas un «Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale». [Soulignements ajoutés.]

ANALYSE

J'ai examiné les dispositions législatives citées par l'avocat et je suis incapable d'y trouver une attribution expresse du pouvoir de contracter. Dans l'arrêt *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41, la question de savoir si, en l'absence d'une restriction législative, un ministre est capable de contracter au nom du gouvernement a été soulevée. Le juge Pigeon a considéré que le passage suivant de l'ouvrage de Griffith et Street, *Principles of Administrative Law* [aux pages 269 et 270], constituait un énoncé exact du droit [à la page 47]:

[TRADUCTION] Nous estimons que la vraie règle est la suivante: Un contrat signé par un représentant du gouvernement agissant dans les limites de son mandat apparent est un contrat valide obligeant le gouvernement . . .

Il a ensuite fait les observations suivantes [à la page 47]:

[TRADUCTION] Sa Majesté est évidemment une personne physique¹, et je cherche en vain le principe d'après lequel les

¹ Au chapitre 8 de son ouvrage *Liability of the Crown*, 2^e éd. (1989, Carswell), le professeur Hogg s'en prend quelque peu au concept du [TRADUCTION] «monarque considéré comme une personne physique» et laisse entendre qu'il serait plus [TRADUCTION] «réaliste de penser que chaque État représente la Couronne en tant que personne morale qui est reconnue en common law et qui est dotée de tous les pouvoirs de contracter que possède une personne physique» [aux p. 163 et 164]. Voir aussi Dussault & Borgeat, *Traité de droit administratif*, (1984), tome I, partie 1, aux p. 67 à 69. Ce différend n'a cependant pas d'effet déterminant sur l'issue de la présente cause.

including those of apparent mandate, would not be applicable to her.

In *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057, Mr. Justice Beetz followed much the same reasoning and concluded that it is an aspect of the rule of law that the Crown is a Sovereign, a physical person who, in addition to the prerogative, enjoys a general capacity to contract in accordance with the rule of ordinary law.

It is worth noting that this principle recognizing that there is an inherent right to contract has been recognized in other common law jurisdictions.²

Therefore, in concluding the contract with 926260, PWC was, following the principles of agency, agent for the Crown and the contract entered into is binding upon the Crown.

This right to contract however is subject to restrictions. The Governor in Council has enacted regulations that direct the conduct of its agents in certain situations.

The *Government Contract Regulations* which were enacted pursuant to section 41 of the *Financial Administration Act* provide the instructions upon which government contracts are to be negotiated. Sections 5 and 6 of the Regulations provide as follows:

Bids

5. Before any contract is entered into, the contracting authority shall solicit bids therefor in the manner prescribed by section 7.

6. Notwithstanding section 5, a contracting authority may enter into a contract without soliciting bids where

- (a) the need is one of pressing emergency in which delay would be injurious to the public interest;
- (b) the estimated expenditure does not exceed

- (i) \$30,000,
- (ii) \$100,000, where the contract is for the acquisition of architectural, engineering and other services required in

² *Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.), at p. 189, where Fox J. stated:

The power to contract is an inherent prerogative or governmental power

règles générales du mandat, y compris celles du mandat apparent, ne lui seraient pas applicables.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057, le juge Beetz a suivi essentiellement le même raisonnement et a conclu qu'un des aspects du principe de la primauté du droit veut que la Couronne soit un Souverain, une personne physique qui, en plus de bénéficiaire de la prérogative royale, jouit d'une capacité générale de contracter conformément aux principes généraux du droit.

Il vaut la peine de noter que d'autres territoires de common law ont souscrit à ce principe, qui reconnaît l'existence d'un droit inhérent de contracter².

Par conséquent, en concluant le marché avec 926260, TPC était, suivant les principes du mandat, mandataire de la Couronne, et le marché qui a été conclu lie la Couronne.

Ce droit de contracter est cependant soumis à des restrictions. Le gouverneur en conseil a pris des règlements qui règlent la conduite de ses mandataires dans certaines situations.

Le *Règlement sur les marchés de l'État* qui a été pris en application de l'article 41 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50 (ann. II, item 11)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévoit les directives qui doivent être suivies pour la négociation des marchés de l'État. Voici le texte des articles 5 et 6 du Règlement:

Appel d'offres

5. Avant la conclusion d'un marché, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres de la façon prévue à l'article 7.

6. Malgré l'article 5, l'autorité contractante peut conclure un marché sans lancer d'appel d'offres dans les cas suivants:

- a) les cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
- b) les cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas selon le cas:

- (i) 30 000 \$,
- (ii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché portant sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou

² *Hawker Pacific Pty Ltd v Freeland* (1983), 52 ALR 185 (F. Ct. Aust.), à la p. 189 dans lequel le juge Fox a déclaré:

[TRADUCTION] Le pouvoir de contracter est une prérogative ou un pouvoir gouvernemental inhérent

respect of the planning, design, preparation or supervision of the construction, repair, renovation or restoration of a work, or

iii) \$100,000, where the contract is to be entered into by the member of the Queen's Privy Council for Canada responsible for the Canadian International Development Agency and is for the acquisition of architectural, engineering or other services required in respect of the planning, design, preparation or supervision of an international development assistance program or project;

(c) the nature of the work is such that it would not be in the public interest to solicit bids; or

(d) only one person is capable of performing the contract.

I should want to point out that there is a difference in the French and English texts in regards to paragraph 6(c). While the English text speaks of "nature of the work" the French text speaks of *nature du marché*. This latter term is defined in the Regulations as is the term "contract" in English. The term "work" as in "nature of the work" however is not defined.

This of course raises questions with respect to statutory interpretation. The term contract which appears as the equivalent of *marché* is defined as being (a) a construction contract; (b) a goods contract; (c) a service contract or (d) a lease. The legislator however chose the term "work" in drafting paragraph 6(c). Had the term "nature of the contract" been used instead of "nature of the work" the interpretation may have been different. However, in choosing the term "work", the legislator is taken to have intended that term to be used. Neither counsel raised this point and no representations were made and as a result I shall not deal with this question further except to say that the term "work" in this context is much broader than the term "contract".

Before discussing whether or not the decision made by PWC is reviewable I would think that an enquiry should be made to determine whether there was compliance with the provisions of the Regulations.

d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance de la construction, de la réparation, de la rénovation ou de la restauration d'un ouvrage,

(iii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché que doit conclure le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada responsable de l'Agence canadienne de développement international et qui porte sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance d'un programme ou projet d'aide au développement international;

c) les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public;

d) les cas où le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

Je tiens à souligner qu'il existe une différence entre le texte français et le texte anglais de l'alinéa 6c). Le texte anglais parle de *nature of the work*, tandis que le texte français parle de «nature du marché». Ce dernier terme est, comme le terme anglais *contract*, défini dans le Règlement. Le terme *work* que l'on trouve dans l'expression *nature of the work* n'est cependant pas défini.

Cela soulève évidemment des questions d'interprétation législative. Le terme anglais *contract*, qui est l'équivalent de «marché», est défini comme étant l'un des marchés suivants: a) un marché de travaux publics (*construction contract*); b) un marché de fournitures (*goods contract*); c) un marché de services (*service contract*); d) un bail (*lease*). Le législateur a cependant choisi le terme anglais *work* en rédigeant l'alinéa 6c). S'il avait employé l'expression *nature of the contract* au lieu de l'expression *nature of the work*, l'interprétation aurait pu être différente. Mais, en choisissant le terme *work*, le législateur est réputé avoir voulu que ce terme soit employé. Aucun des avocats n'a soulevé ce point et aucune observation n'a été formulée à cet égard; en conséquence, je ne traiterai pas davantage de cette question, si ce n'est que pour ajouter que le terme *work* dans ce contexte est beaucoup plus large que le terme *contract*.

Avant d'aborder la question de savoir si la décision prise par TPC peut ou non faire l'objet d'un contrôle, j'estime qu'il y a lieu de vérifier si les dispositions du Règlement ont été respectées.

There can be no doubt that there is a duty to solicit bids unless it can be shown by the contracting authority that one of the exceptions of section 6 exists. In the present case, PWC argues that considering the nature of the work it was not practicable nor was it in the public interest to engage a third tender process. This argument is founded on paragraph (c) of section 6.

It is important at this stage to consider all the circumstances concerning the nature of the work in order to appreciate whether the public interest required a different approach than the one provided for in the Regulations.

As stated earlier, the first call to tender was made in December of 1990 and had to be cancelled on the grounds that none of the respondent companies satisfied the express condition with respect to zoning. In February of 1991, PWC tried again to solicit bids, the due date for bids was extended on a few occasions and finally, some 5 months after the first call to tender was made, the contract was awarded. PWC was again confronted with problems and consequently had to terminate the contract at the end of November 1991. This represented close to a one-year delay in concluding a contract.

I agree that the subsequent decision by PWC to contact the company that had submitted the second lowest bid in the previous tender process and to contract directly with it was motivated by the need to get the project under way therefore making up for a considerable loss of time and expense. Given all of these circumstances, I am of the view that it was not in the public interest to engage in yet another tender process.

The subsequent direct negotiations with 926260 were conducted pursuant to the Crown's inherent right to contract and not pursuant to the *Government Contract Regulations* and this is a critical point in terms of this Court's jurisdiction.

With the introduction of the *Government Contract Regulations* the Governor in Council chose to define

Il est indubitable que l'autorité contractante est tenue de lancer un appel d'offres à moins qu'elle puisse démontrer que l'une des exceptions énumérées à l'article 6 existe. En l'espèce, TPC fait valoir que, compte tenu de la nature du marché, il n'était pas réalisable de lancer un troisième appel d'offres et que cela ne servait pas l'intérêt public. Ce moyen est tiré de l'alinéa 6c).

Il est important à cette étape-ci d'examiner toutes les circonstances relatives à la nature du marché pour déterminer si l'intérêt public exigeait une approche différente de celle qui est prévue par le Règlement.

Comme je l'ai déjà précisé, le premier appel d'offres a été lancé en décembre 1990 et a dû être annulé au motif qu'aucune des compagnies intimées ne satisfaisait à la condition expressément énoncée au sujet du zonage. En février 1991, TPC a de nouveau essayé de lancer un appel d'offres, la date d'échéance pour la présentation des offres a été reportée à plusieurs reprises et finalement, quelque cinq mois après la date du premier appel d'offres, le marché a été attribué. TPC a de nouveau été confronté à certains problèmes et a par conséquent été forcé de résilier le marché à la fin de novembre 1991. Cela représentait un retard de près d'un an dans la conclusion du marché.

Je conviens que la décision subséquente de TPC d'entrer en communication avec la compagnie qui avait soumis la deuxième offre la plus basse lors de l'appel d'offres précédent et de conclure un marché directement avec elle était motivée par le besoin de mettre le projet en branle et de rattraper ainsi les pertes considérables de temps et d'argent. Compte tenu de toutes ces circonstances, je suis d'avis qu'il n'était pas dans l'intérêt public de lancer un autre appel d'offres.

Les négociations directes qui ont par la suite eu lieu avec 926260 ont été entamées en vertu du pouvoir inhérent de contracter que possède la Couronne et non en vertu du *Règlement sur les marchés de l'État*. C'est là un élément critique en ce qui concerne la compétence de notre Cour.

En prenant le *Règlement sur les marchés de l'État*, le gouverneur en conseil a choisi de définir la con-

the conduct required of its "agents" (otherwise referred to as the contracting authorities) when seeking to contract. These Regulations only operate to direct the conduct where the contracting authority actually solicits bids. However, when, as is the case here, the contracting authority does not engage in that process because of the existence of one or several of the exceptional circumstances found in section 6 of the Regulations, the subsequent contractual negotiations are undertaken pursuant to the Crown's inherent right to contract. In other words, the presence of one of the exceptional circumstances takes the subsequent contractual negotiations outside the ambit of the Regulations and the negotiations are thus viewed from the point of view of the Crown's inherent right to contract.

In this situation, the Court must refer to section 18 and section 2 of the *Federal Court Act* which provide as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal

2. (1) . . .

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown

It might be argued that the two tender processes were entered into by a "person . . . exercising . . . powers conferred by . . . an Act of Parliament" and are therefore open to judicial review however, as I indicated earlier this is a question which must be left to some other more appropriate time.

What can be said is that the subsequent negotiations and the final decision to award the contract to 926260 were not pursuant to powers conferred by an Act of Parliament but rather were incidental to the Crown's inherent right to contract.

duite exigée de ses «mandataires» (autrement qualifiés d'autorités contractantes) lorsque ceux-ci cherchent à contracter. Le Règlement en question n'a pour effet de régler la conduite de l'autorité contractante que lorsque celle-ci lance effectivement un appel d'offres. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité contractante n'engage pas ce processus à cause de l'existence de l'une ou de plusieurs des circonstances exceptionnelles énumérées à l'article 6 du Règlement, les négociations contractuelles subséquentes sont entamées en vertu du droit inhérent de contracter de la Couronne. En d'autres termes, la présence de l'une des circonstances exceptionnelles soustrait les négociations contractuelles subséquentes du champ d'application du Règlement et les négociations sont alors envisagées du point de vue du droit inhérent de contracter de la Couronne.

Dans la présente situation, la Cour se doit de citer les articles 18 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui disposent:

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral . . .

2. (1) . . .

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale . . .

On pourrait prétendre que les deux appels d'offres ont été lancés par une «personne . . . exerçant . . . des pouvoirs prévus par une loi fédérale» et qu'ils peuvent par conséquent faire l'objet d'un contrôle judiciaire mais, comme je l'ai déjà dit, c'est là une question qui doit être laissée en suspens pour être abordée à un moment plus propice.

Ce que l'on peut dire, c'est que les négociations subséquentes et la décision finale d'attribuer le marché à 926260 n'étaient pas fondées sur des pouvoirs prévus par une loi fédérale mais plutôt qu'elles étaient accessoires au droit inhérent de contracter de la Couronne.

For the aforementioned reasons, I find that this Court does not have jurisdiction to review PWC's decision to award the contract to 926260. I would add that had my decision on this point been different I would have had no difficulty in finding that PWC acted fairly towards all parties during the entire period in question. ^a

During the hearing on June 29, counsel for the respondent asked that the motion be rejected with costs. I indicated at that time that I would make a finding on this question concurrent with reasons on the issue of jurisdiction. Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] provides that no order for costs will be made with respect to a request for judicial review unless the Court is satisfied that special reasons exist for granting the order. Although this motion was dismissed on the grounds of undue delay and in that connection the respondent might be entitled to costs, the motion did allow this Court to clarify certain aspects with respect to its jurisdiction in these matters and as a result I would dismiss the motion without costs to the Minister of Public Works. ^b

Par ces motifs, je conclus que notre Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision par laquelle TPC a attribué le marché à 926260. J'ajouterais que si ma décision sur ce point avait été différente, je n'aurais pas eu de difficulté à conclure que TPC a agi équitablement envers toutes les parties au cours de toute la période en question.

Au cours de l'audience du 29 juin, l'avocat de l'intimé a demandé que la requête soit rejetée avec dépens. J'ai précisé alors que je formulerais une conclusion sur cette question en même temps que j'énoncerais les motifs relatifs à la question de la compétence. La Règle 1618 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)] prévoit qu'il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour ne soit convaincue qu'il existe des raisons spéciales d'accorder l'ordonnance. Bien que la présente requête ait été rejetée en raison d'un retard excessif et qu'à cet égard, l'intimé pourrait avoir droit aux dépens, la requête autorisait bel et bien la Cour à clarifier certains aspects relativement à sa compétence sur ces questions et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter la requête sans frais pour le ministre des Travaux publics. ^c