

A-203-01  
2001 FCA 241

A-203-01  
2001 CAF 241

**Siemens Westinghouse Inc. (Applicant)**

v.

**The Minister of Public Works and Government Services Canada, MIL Systems a Division of Davie Industries Inc., and Fleetway Inc. (Respondents)**

and

**Canadian International Trade Tribunal (Intervener)**

**INDEXED AS: SIEMENS WESTINGHOUSE INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (C.A.)**

Court of Appeal, Linden, Isaac and Malone JJ.A.—  
Calgary, June 19; Ottawa, July 24, 2001.

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Judicial review of CITT's dismissal of applicant's complaint — "Pragmatic and functional approach" applied to determine appropriate standard of review — Issue extent to which legislature intended to grant exclusive decision-making power to CITT — F.C.A. holding standard applicable for matters of jurisdiction correctness; standard applicable to matters within CITT's jurisdiction patent unreasonableness — Agreed whether CITT must ensure compliance with own, this Court's previous procurement decisions jurisdictional, reviewable on correctness standard — Effect of Canada (Deputy Minister of National Revenue — M.N.R.) v. Mattel Canada Inc. wherein S.C.C. held standard of correctness applicable to CITT decision on question of law within jurisdiction limited to exceptional cases where legal issue within tribunal's jurisdiction, but outside area of expertise — Parliament intended Court's review of CITT's decisions, except jurisdictional, other exceptional cases, to be on standard of patent unreasonableness — Four factors considered — (1) Legal issues herein squarely within CITT's area of expertise — (2) CITT Act granting wide latitude to CITT to review procurement process, also certain policy advisory functions — Legislated role in policy formation reflecting on expertise, suggesting deference be accorded CITT by Court — (3) As neither privative clause nor specific right of appeal in CITT Act, usual judicial review provisions of Federal Court Act, ss. 18 to 18.5, 28 govern scope of review — (4) Generally, decisions regarding factual issues entitled to more deference than those on legal issues, but certain administrative boards*

**Siemens Westinghouse Inc. (demanderesse)**

c.

**Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada, MIL Systems, une Division de Davie Industries Inc., et Fleetway Inc. (défendeurs)**

et

**Le Tribunal canadien du commerce extérieur (intervenant)**

**RÉPERTORIÉ: SIEMENS WESTINGHOUSE INC. c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Linden, Isaac et Malone, J.C.A.—  
Calgary, 19 juin; Ottawa, 24 juillet 2001.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire du rejet par le TCCE de la plainte de la demanderesse — Une «analyse pragmatique et fonctionnelle» est effectuée pour déterminer la norme de contrôle à utiliser — Il s'agit de déterminer la mesure dans laquelle le législateur voulait conférer le pouvoir décisionnel exclusif au TCCE — Selon la C.A.F., la norme de contrôle à utiliser est celle de la décision correcte pour les questions de compétence et celle de la décision manifestement déraisonnable pour les questions relevant de la compétence du TCCE — Il a été convenu que la question de savoir si le TCCE doit assurer la conformité avec les décisions qu'il a déjà rendues en matière de marchés publics ainsi qu'avec les décisions antérieures de la présente Cour dans le domaine est une question de compétence, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte — Effet de l'arrêt Canada (Sous-ministre du Revenu national — M.R.N.) c. Mattel Canada Inc., dans lequel la Cour suprême a dit que l'application de la norme de la décision correcte à une décision dans laquelle le TCCE statue sur une question de droit relevant de sa compétence est limitée aux cas exceptionnels où la question de droit relève de sa compétence mais ne relève pas de son domaine d'expertise — Le législateur voulait que l'examen par la Cour des décisions du TCCE, sauf en ce qui concerne les questions de compétence et d'autres cas exceptionnels, soit fondé sur la norme de la décision manifestement déraisonnable — Quatre facteurs pris en considération — 1) Les questions de droit qui étaient examinées relevaient carrément du domaine d'expertise du TCCE — 2) Aux termes de la Loi, le TCCE*

*so specialized that interpretations of statutes under which operate accorded some deference by courts — Non-jurisdictional issues essentially involved application of trade law principles to tender documents, facts of technical re-evaluation — Questions of mixed fact, law particularly suited to CITT's expertise — Based on pragmatic, functional approach, considering factors stressed by S.C.C., legal, factual issues within CITT's jurisdiction must be determined on patent unreasonableness standard.*

*Crown — Contracts — Judicial review of CITT's dismissal of applicant's complaint — Applicant successful bidder, but after complaint of another bidder, CITT recommending re-evaluation of proposals of other bidders — On judicial review, Court holding applicant's bid should also be re-evaluated — On re-evaluation, applicant found to be non-compliant — Rejection of applicant's complaint subject of this review — (1) CITT correctly refused to address whether procurement conducted in accordance with earlier Court directions, CITT recommendations — As CITT only has recommendation power in respect of procurement complaints, enforcement of recommendations outside its jurisdiction — Accordingly "enforcement of orders" power in CITT Act, s. 17(2) not including orders enforcing CITT recommendations or Court orders — (2) CITT's determination "depth and experience of staff" subcriterion anticipated from language of Request for Proposal (RFP) entitled to high degree of deference — While RFP must identify all major evaluation criteria, not required to identify all aspects of each criterion which might be considered, provided unidentified aspects reasonably related to or encompassed by express criterion — (3) CITT's opinion RFP open to being broken into simpler constituents for evaluation not unfair — Translation of criteria, weightings in RFP so as to evaluate proposals may yield different formulations consistent with methodology in RFP — CITT only concerned with whether particular formulation consistent with RFP — (4) As applicant not demonstrating how withholding of documents from re-evaluation team would have changed assessment, CITT's conclusion not patently unreasonable — (5) Applicant submitted decision to re-evaluate technical merits*

*a énormément de latitude pour examiner la procédure des marchés publics et il s'est vu attribuer certaines fonctions en matière de politique et de consultation — Le rôle prévu par la Loi en matière d'élaboration de politiques influe sur l'étendue de l'expertise du TCCE et donne à entendre que la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de ses décisions — 3) Comme la Loi sur le TCCE ne renferme aucune clause privative et ne prévoit pas non plus un droit précis d'appel, les dispositions habituelles relatives au contrôle judiciaire figurant aux art. 18 à 18.5 et à l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale régissent la portée de l'examen — 4) En règle générale, les questions de fait peuvent faire l'objet d'un degré plus élevé de retenue que les questions de droit, mais dans certaines circonstances, les tribunaux administratifs peuvent être si spécialisés que les cours feront preuve d'une certaine retenue à l'égard de l'interprétation qu'ils donnent à leurs lois habilitantes — Les questions ne se rapportant pas à la compétence avaient essentiellement trait à l'application de principes en matière de droit commercial aux documents d'appel d'offres et aux faits de la réévaluation technique — Il s'agit de questions de fait et de droit particulièrement adaptées à l'expertise du TCCE — Selon une analyse pragmatique et fonctionnelle, et compte tenu des quatre facteurs signalés par la C.S.C., les questions juridiques et factuelles relevant de la compétence du TCCE doivent être tranchées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.*

*Couronne — Contrats — Contrôle judiciaire du rejet par le TCCE de la plainte de la demanderesse — Celle-ci avait initialement soumis la proposition retenue, mais en réponse à une plainte déposée par un concurrent qui avait présenté une soumission, le TCCE a recommandé que les propositions des autres concurrents soient évaluées de nouveau — À la suite d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a statué que la soumission de la demanderesse devait être de nouveau évaluée avec les autres soumissions — Au terme de la réévaluation, la proposition de la demanderesse a été jugée non conforme — Le rejet de la plainte de la demanderesse fait l'objet du présent contrôle judiciaire — 1) Le TCCE a refusé avec raison d'examiner la question de savoir si les marchés publics ont été passés selon les directives données par la Cour ou selon les recommandations faites par le TCCE — Étant donné qu'il possède uniquement un pouvoir de recommandation à l'égard des plaintes relatives à des marchés publics, le TCCE n'a pas la compétence voulue pour donner suite à ses recommandations — Par conséquent, l'«exécution des ordonnances» dont il est fait mention à l'art. 17(2) de la Loi sur le TCCE ne comprend pas les ordonnances donnant suite aux recommandations du Tribunal ou aux directives de la Cour — 2) La décision du TCCE selon laquelle le sous-critère «connaissances et expérience du personnel» devait être anticipé à partir du libellé de la demande de propositions (DP) doit faire l'objet d'un degré élevé de retenue — Une DP doit indiquer les principaux critères d'évaluation, mais elle n'a pas à indiquer tous les aspects de chaque critère dont il sera peut-être tenu compte, à condition que les aspects non mentionnés aient un lien raisonnable avec le critère exprès*

*of two of three bid proposals deviation from CITT's recommendations — Since CITT not having jurisdiction to enforce recommendations, no error in refusal to address this aspect of complaint — (6) Applicant not establishing CITT's conclusion allegation of bias, unfairness groundless, clearly irrational.*

*Foreign Trade — Judicial review of CITT decision dismissing complaint regarding fairness of PWGSC's re-evaluation process for major defence procurement — Standard of review of CITT decisions — Jurisdictional issues reviewable on correctness standard — Whether patent unreasonableness standard for other issues — as established by prior case law — affected by S.C.C. decision in *Mattel* — Correctness standard appropriate only in rare cases where legal issues are outside CITT's area of expertise — Legal issues herein squarely within Tribunal's area of expertise — Complex legal, factual issues demanding specialized expertise in economics, business and procurement — CITT Canada's bid challenge authority under NAFTA and for WTO Agreement on Government Procurement — Parliament conferred broad authority on this expert tribunal to oversee government's procurement activities — Tribunal's statutory role in policy information also suggests deference be accorded by Court — Application of trade law principles involve questions to which CITT's expertise particularly suited — Due to volume of such cases heard, CITT having more experience than courts in this area — Under its Act, CITT having power only to make, not to enforce, recommendations where complaint found valid.*

*ou qu'ils soient englobés dans ce critère — 3) L'avis du TCCE selon lequel la DP pouvait être divisée en un certain nombre d'éléments plus simples aux fins de l'évaluation n'est pas inéquitable — Pour que les critères et les méthodes de pondération figurant dans une DP s'appliquent de façon à permettre l'évaluation des propositions, il doit y avoir un processus de conversion qui peut entraîner un certain nombre de formulations différentes, compatibles avec la méthodologie énoncée dans la DP — Le TCCE se demande seulement si une décomposition particulière est logiquement compatible avec les conditions de la DP — 4) Puisque la demanderesse n'a pas démontré de quelle façon le contenu précis des documents non communiqués aurait eu pour effet de modifier l'évaluation, la conclusion que le TCCE a tirée n'était pas manifestement déraisonnable — 5) La demanderesse a soutenu que la décision de réévaluer la valeur technique de seulement deux des trois propositions allait clairement à l'encontre des recommandations du TCCE — Comme le TCCE n'a pas la compétence voulue pour donner suite à ses recommandations, aucune erreur n'est constatée dans son refus d'examiner cet aspect de la plainte — 6) La demanderesse n'a pas établi que la conclusion du TCCE, selon laquelle son allégation de partialité ou de manque d'équité était dénuée de fondement, était clairement irrationnelle.*

*Commerce extérieur — Contrôle judiciaire d'une décision du TCCE rejetant une plainte au sujet du caractère équitable de la procédure de réévaluation par TPSGC d'un important marché d'approvisionnement militaire — Norme de contrôle des décisions du TCCE — Pour les questions de compétence, la norme de contrôle à utiliser est celle de la décision correcte — Quant aux autres questions, il faut décider si la norme de contrôle à appliquer — selon les décisions antérieures — à savoir celle de la décision manifestement déraisonnable, a été modifiée par l'arrêt *Mattel* de la C.S.C. — La norme de la décision correcte est appropriée seulement dans les rares cas où se posent des questions de droit ne relevant pas du domaine d'expertise du TCCE — En l'espèce, les questions de droit qui étaient examinées relevaient carrément du domaine d'expertise du Tribunal — Il s'agit de questions de droit et de fait complexes qui exigent des connaissances spéciales dans les domaines de l'économie, des affaires et des marchés publics — Le TCCE est devenu l'autorité responsable de la contestation des propositions au Canada conformément à l'ALENA et à l'Accord relatif aux marchés publics de l'OMC — Le législateur a conféré un pouvoir étendu à ce tribunal expert pour ce qui est de surveiller les activités du gouvernement en matière de marchés publics — Le rôle prévu par la loi en matière d'élaboration de politiques donne à entendre que la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de ses décisions — L'application de principes en matière de droit commercial fait jouer des questions particulièrement adaptées à l'expertise du TCCE — La quantité d'affaires dont le TCCE est saisi dans lesquelles pareilles questions sont soulevées indique que celui-ci a nécessairement acquis*

This was an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) dismissing the applicant's complaint. The applicant had submitted the winning proposal in respect of a \$35 million procurement by PWGS for the provision of in-service support for 16 Canadian frigates and destroyers, and had done part of the work which had been accepted. However, in response to a complaint by a competing bidder, the CITT found that the applicant's proposal was non-responsive and recommended that PWGS and DND re-evaluate the proposals from the other competitors on the basis that the evaluation handbook introduced evaluation and weighting methodology that could not be anticipated or derived from the methodology set out in the request for proposal (RFP). On judicial review of that decision, this Court held that the technical merit re-evaluations should go forward, but that the applicant's bid was responsive and therefore should be re-evaluated with the other bids. Thereafter the CITT issued an amended recommendation that PWGS and DND re-evaluate the technical merits of the proposals submitted in accordance with the evaluation methodology set out in the RFP. A re-evaluation handbook, establishing the rules for the re-evaluation and the assumptions that would apply to it, was developed. On re-evaluation, the applicant failed two sections of the RFP and was advised that it was non-compliant. The applicant objected to the results of the re-evaluation and filed a complaint, which the CITT rejected, holding that the decision to undertake a wholesale re-evaluation of the technical merits of the proposals was fair, and the methodology employed in the re-evaluation was, for the most part, consistent with the RFP and compliant with the *Agreement on Internal Trade* (AIT), or that no prejudice to the Siemens bid had occurred.

The issues were: (1) what was the appropriate standard of review; (2) whether the CITT erred in law in its interpretation of tender documents.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) In choosing the appropriate standard of review, courts take a "pragmatic and functional approach". The main issue is to determine the extent to which the legislature intended to grant exclusive decision-making power to the tribunal the decision of which is being reviewed. The factors to be considered in this exercise are: (i) the expertise of the

*plus d'expérience que les cours dans ce domaine — La Loi autorise le TCCE, dans le cas où il conclut à la validité de la plainte, uniquement à faire des recommandations, et non à y donner suite.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) par laquelle il rejetait la plainte de la demanderesse. Celle-ci avait initialement soumis la proposition retenue à l'égard d'un marché public de 35 millions de dollars passé par TPSGC aux fins de la prestation de services de soutien pour 16 frégates et destroyers canadiens et avait exécuté en partie les travaux, qui avaient été acceptés. Toutefois, en réponse à une plainte déposée par un concurrent qui avait présenté une soumission, le TCCE a conclu que la proposition de la demanderesse n'était pas recevable et a recommandé à TPSGC et au MDN d'évaluer de nouveau les propositions des autres concurrents sur la base du guide d'évaluation utilisé pour évaluer les premières propositions établissant une méthodologie d'évaluation et de pondération qui ne pouvait être ni anticipée ni déduite à partir de la méthodologie énoncée dans la demande de propositions (DP). À la suite d'une demande de contrôle judiciaire de la décision, la Cour a statué que la réévaluation de la valeur technique devait aller de l'avant, mais que la soumission de la demanderesse était en fait recevable et qu'elle devait donc être de nouveau évaluée avec les autres soumissions. Le TCCE a alors délivré une recommandation modifiée portant que TPSGC et le MDN devraient réévaluer la valeur technique des propositions conformément à la méthode d'évaluation établie dans la DP. Un guide de réévaluation fixant les règles de réévaluation et énonçant les hypothèses qui devaient s'appliquer a été élaboré. Au terme de la réévaluation, la proposition de la demanderesse n'avait pas réussi à deux sections de la DP et celle-ci a été avisée que sa proposition avait été jugée non conforme. La demanderesse a fait opposition aux résultats de la réévaluation et a déposé une plainte auprès du TCCE, qui l'a rejetée. Celui-ci a conclu que la décision de procéder à une réévaluation globale de la valeur technique des propositions était juste et que la méthodologie employée dans la réévaluation était dans l'ensemble compatible avec la DP et conforme à l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI) et que cela ne portait aucunement atteinte à la proposition de Siemens.

Les questions en litige étaient de savoir: 1) quelle était la norme de contrôle à appliquer; 2) si le TCCE a commis une erreur de droit dans son interprétation des documents d'appel d'offres.

*Arrêt*: la demande est rejetée.

(1) En choisissant la norme de contrôle à utiliser, les cours effectuent une analyse «pragmatique et fonctionnelle». Il s'agit principalement de déterminer la mesure dans laquelle le législateur voulait conférer le pouvoir décisionnel exclusif au tribunal assujéti au contrôle. Voici les facteurs à prendre en considération à cette fin: (i) l'expertise du tribunal par

tribunal relative to the courts in deciding the issue under review; (ii) the purpose of the Act and the provision being considered; (iii) the existence or absence of a privative clause; and (iv) the nature of the issue decided. In approaching judicial review of a CITT decision in procurement matters, this Court has established by prior decisions that, based on a pragmatic and functional approach, the standard of review to be employed is correctness for matters of jurisdiction and patent unreasonableness for matters within the jurisdiction of the CITT. It was agreed that the issue of whether the Tribunal must ensure compliance with its own and this Court's previous procurement decisions was jurisdictional and therefore reviewable on the correctness standard. But there was substantial disagreement as to the standard of review with respect to the remaining issues.

It was contended that this Court should reconsider its earlier decisions in light of *Canada (Deputy Minister of National Revenue—M.N.R.) v. Mattel Canada Inc.*, wherein the Supreme Court of Canada applied the above-mentioned four factors to a CITT decision dealing with the *Customs Act*, and held that the standard of correctness was applicable to a CITT decision determining a question of law within its jurisdiction. The applicant suggested that the Court should determine the standard of review appropriate to each issue and give deference to the CITT's expertise only where it is greater than that of the Court. That was not the effect of *Mattel*. Legal issues may emerge during the course of judicial review that are within the jurisdiction of the CITT but outside its area of expertise, which may require the Court to invoke the correctness standard, such as in *Mattel*, but this would occur only rarely. (i) In this case, the legal issues being reviewed were squarely within the CITT's area of expertise. They were not pure questions of law, but complex legal and factual issues that demanded specialized expertise in the field of economics, business and procurement practices. The detailed criteria in the RFP and the second evaluation handbook had to be interpreted in addition to intricate contractual and legislative provisions. The CITT had to decide whether the tender documents properly identified the requirements and evaluation criteria in the RFP and whether the procurement was conducted according to them and the applicable contracts, trade agreements and legislation. This complex exercise demanded unique expertise and experience, and is the everyday work of the CITT. The CITT's expertise in such matters was undisputed. Under NAFTA, Article 1017 the CITT became Canada's bid challenge authority and it also had that role for purposes of the World Trade Organization Agreement on Government Procurement. Parliament meant that the courts' review of this expert tribunal's decisions, except for jurisdictional and other exceptional cases, to be on the standard of patent unreasonableness, i.e. unless they are clearly irrational, they must stand.

rapport à celle des cours lorsqu'il s'agit de trancher la question assujettie au contrôle; (ii) l'objet de la Loi et de la disposition en cause; (iii) la présence ou l'absence d'une clause privative; (iv) la nature de la question qui a été tranchée. En procédant au contrôle judiciaire d'une décision rendue par le TCCE dans une affaire de marché public, la Cour a établi, dans des décisions antérieures, que selon une analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle à utiliser est celle de la décision correcte pour les questions de compétence et celle de la décision manifestement déraisonnable pour les questions relevant de la compétence du TCCE. Il a été convenu que la question de savoir si le Tribunal doit assurer la conformité avec les décisions qu'il a déjà rendues en matière de marchés publics ainsi qu'avec les décisions antérieures de la présente Cour dans le domaine se rapporte à la compétence et est donc susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Quant aux autres questions, on était loin de s'entendre au sujet de la norme de contrôle à appliquer.

Il a été soutenu que la Cour devrait réexaminer ses décisions antérieures compte tenu de l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national—M.R.N.) c. Mattel Canada Inc.*, dans lequel la Cour suprême a appliqué les quatre facteurs précités à une décision du TCCE se rapportant à la *Loi sur les douanes* et a dit que la norme de la décision correcte s'applique à une décision dans laquelle le TCCE statue sur une question de droit relevant de sa compétence. La demanderesse a soutenu que la Cour devrait déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer pour trancher chaque question et qu'il conviendrait de faire preuve de retenue seulement lorsque l'expertise du TCCE est supérieure à celle des cours. Or, tel n'est pas l'effet de l'arrêt *Mattel*. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, des questions de droit relevant de la compétence du TCCE, mais ne relevant pas de son domaine d'expertise, peuvent se poser. Pareilles questions peuvent exiger que la Cour invoque la norme de la décision correcte, comme dans l'arrêt *Mattel*, mais cela ne se produirait que fort rarement. (i) En l'espèce, les questions de droit qui étaient examinées relevaient carrément du domaine d'expertise du Tribunal. Il ne s'agit pas de «pures questions de droit». Il s'agit plutôt de questions de droit et de fait complexes qui exigent des connaissances spéciales dans les domaines de l'économie, des affaires et des pratiques en matière de marchés publics. Les critères détaillés énoncés dans la DP et dans le deuxième guide d'évaluation ainsi que des dispositions contractuelles et législatives complexes devaient être interprétés. Le TCCE avait à déterminer si les documents d'appel d'offres indiquaient bien les conditions et les critères d'évaluation dans la DP et si le marché public avait été tenu conformément à ceux-ci et aux contrats, aux accords commerciaux et à la législation applicables. Cette analyse complexe exigeait une expertise et une expérience uniques en leur genre et c'était une tâche dont le TCCE s'acquittait d'une façon courante. L'expertise du TCCE dans les affaires de ce genre est indubitable. Le TCCE est devenu l'autorité responsable de la contestation des propositions au Canada

(ii) The power granted to the CITT to review the procurement process demonstrated that it is to be afforded wide latitude. The CITT has also been granted certain policy and advisory functions in addition to its supervisory role in the procurement field. This legislated role in policy formation reflects upon the scope of the CITT's expertise and suggests a degree of deference be accorded to that Tribunal by the Court.

(iii) There is no privative clause in the statute creating the CITT. Nor is there any specific right of appeal. It appeared, therefore, that the usual judicial review provision of *Federal Court Act*, sections 18 to 18.5 and 28 governed the scope of review of the CITT's decisions on procurement.

(iv) As to the nature of the issue, generally decisions regarding factual issues will be entitled to greater deference than those on legal issues. But, in certain circumstances, administrative boards may be so specialized that their interpretations of the statutes under which they operate will be accorded some deference by the courts. In this case, the non-jurisdictional issues essentially involved the application of trade law principles as found in the various trade agreements to the tender documents and to the facts of this technical re-evaluation. These are questions of mixed fact and law. While the CITT did not hear oral evidence in this case, it still enjoyed a relative expertise in analysing tender documents which demanded deference from this Court. The questions of mixed fact and law under review were questions to which the CITT's expertise is particularly suited. The volume of cases before the CITT raising such questions indicated that, of necessity, the CITT and its members have acquired considerable experience as compared with the courts. Hence, the legal and factual issues within the jurisdiction of the Tribunal must be determined on the patent unreasonableness standard.

(2) (i) CITT refused to address the question as to whether the procurement was conducted in strict accordance with earlier Court directions or CITT recommendations because

conformément à l'article 1017 de l'ALENA et il l'est également à l'égard de l'Accord relatif aux marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce. Le législateur voulait que l'examen par les cours des décisions de ce tribunal expert, sauf en ce qui concerne les questions de compétence et d'autres cas exceptionnels, soit fondé sur la norme de la décision manifestement déraisonnable, ce qui veut dire qu'à moins d'être clairement irrationnelles, pareilles décisions doivent être maintenues.

(ii) Le pouvoir d'examiner la procédure des marchés publics qui est conféré au TCCE démontre que celui-ci a énormément de latitude. À cet égard, le TCCE s'est vu attribuer certaines fonctions en matière de politique et de consultation, en plus de son rôle de supervision dans le domaine des marchés publics. Le rôle prévu par la loi en matière d'élaboration de politiques influe sur l'étendue de l'expertise du TCCE et donne à entendre que la Cour doit faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard des décisions de ce tribunal.

(iii) La loi par laquelle le TCCE est créé ne renferme aucune clause privative. Elle ne prévoit pas non plus un droit précis d'appel. Il semble donc que les dispositions habituelles relatives au contrôle judiciaire figurant aux articles 18 à 18.5, ainsi qu'à l'article 28, de la *Loi sur la Cour fédérale* régissent la portée de l'examen des décisions rendues par le TCCE en matière de marchés publics.

(iv) Quant à la nature de la question, en règle générale, les questions de fait peuvent faire l'objet d'un degré plus élevé de retenue que les questions de droit. Pourtant, dans certaines circonstances, les tribunaux administratifs peuvent être si spécialisés que les cours feront preuve d'une certaine retenue à l'égard de l'interprétation qu'ils donnent à leurs lois habilitantes. En l'espèce, les questions ne se rapportant pas à la compétence ont essentiellement trait à l'application de principes en matière de droit commercial tels qu'ils sont énoncés dans les divers accords commerciaux, aux documents d'appel d'offres et aux faits de la réévaluation technique. Il s'agit de questions de fait et de droit. Le TCCE n'a pas entendu de témoignages oraux en l'espèce, mais il a néanmoins une expertise relative lorsqu'il analyse les documents d'appel d'offres, de sorte que la présente Cour doit faire preuve de retenue. Les questions de fait et de droit qui font l'objet du présent examen sont des questions particulièrement adaptées à l'expertise du TCCE. De fait, la quantité d'affaires dont le TCCE est saisi dans lesquelles pareilles questions sont soulevées indique que le TCCE et ses membres ont nécessairement acquis énormément d'expérience par rapport à l'expérience des cours dans ce domaine. Par conséquent, les questions juridiques et factuelles relevant de la compétence du Tribunal doivent être tranchées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

2) (i) Le TCCE a refusé d'examiner la question de savoir si les marchés publics ont été passés strictement selon les directives données par la Cour ou selon les recommanda-

they did not constitute an aspect of the procurement process. CITT was correct to regard the enforcement of prior procurement decisions as outside its jurisdiction. Under CITT Act, subsection 30.15(2) the CITT has the power to make only recommendations in the event that it finds a complaint to be valid. The discretion not to implement CITT recommendations is limited only by a requirement to advise the CITT in writing of the reasons why the government institution decided not to implement them. The applicant relied on CITT Act, subsection 17(2) which speaks of the CITT as having the powers of a superior court with respect to enforcement of its orders. Subsection 17(2) provides for such powers as regards the "attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction". Given that the CITT only has a recommendation power in respect of procurement complaints according to subsection 30.15(2), the enforcement of the CITT's recommendations was not within the CITT's jurisdiction. Accordingly, the "enforcement of orders" mentioned in subsection 17(2) does not include orders enforcing the CITT's recommendations or the Court's directions. The extent to which such recommendations and orders are complied with is not an aspect of the procurement process which triggers the CITT's jurisdiction under section 30.11. The Procurement Regulations, sections 7 and 11 clearly limit the CITT's inquiry to whether the procurement has complied with the terms of the applicable trade agreements.

The applicant cited no authority for the proposition that the re-evaluations must take place only on the basis of the first evaluation handbook, except for the specific errors identified in a CITT or Court decision.

(ii) Article 506(6) of the AIT requires the tender documents to clearly identify the requirements of the procurement, the criteria that will be used in the evaluation of bids and the methods of weighting and evaluating criteria. The applicant identified in the re-evaluation handbook an undisclosed subcriterion called "depth and experience of staff", which it argued was a material deviation from the RFP. The CITT's determination that the "depth and experience of staff" subcriterion was to be anticipated on the language of the RFP was entitled to a high degree of deference. The evaluation of tender documents to assess compliance with the AIT was at the centre of the CITT's

tions faites par le TCCE, étant donné qu'il ne s'agissait pas là d'un aspect de la procédure de passation du marché public. Le TCCE a eu raison de considérer l'application de décisions antérieurement rendues en matière de marchés publics comme une question ne relevant pas de sa compétence. Selon le paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE, celui-ci est uniquement autorisé à faire des recommandations dans le cas où il conclut à la validité de la plainte. Mis à part l'exigence suivant laquelle l'institution fédérale doit aviser le TCCE par écrit des motifs pour lesquels elle a décidé de ne pas appliquer ses recommandations, il semble qu'aucune restriction ne soit imposée au pouvoir discrétionnaire qu'elle possède de ne pas donner suite aux recommandations du TCCE. La demanderesse s'est fondée sur le libellé du paragraphe 17(2) de la Loi sur le TCCE, qui prévoit que celui-ci a, pour l'exécution de ses ordonnances, les attributions d'une cour supérieure. Le paragraphe 17(2) prévoit que le TCCE a «les attributions d'une cour supérieure d'archives pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances, ainsi que pour toutes autres questions liées à l'exercice de sa compétence». Étant donné que, selon le paragraphe 30.15(2), il possède uniquement un pouvoir de recommandation à l'égard des plaintes relatives à des marchés publics, le TCCE n'a pas la compétence voulue pour donner suite à ses recommandations. Par conséquent, l'«exécution des ordonnances» dont il est fait mention au paragraphe 17(2) ne comprend pas les ordonnances donnant suite aux recommandations du TCCE ou aux directives de la Cour. La mesure dans laquelle pareilles directives et recommandations sont observées ne constitue pas un aspect de la procédure des marchés publics ayant pour effet de déclencher la compétence du TCCE en vertu du paragraphe 30.11(1). Les articles 7 et 11 du Règlement sur les marchés publics limitent clairement l'enquête que le TCCE effectue au sujet de la question de savoir si le marché public en question était conforme aux conditions des accords commerciaux applicables.

La demanderesse n'a mentionné aucun arrêt à l'appui de la thèse selon laquelle les réévaluations doivent uniquement être fondées sur le premier guide d'évaluation, sauf pour les erreurs précises mentionnées dans une décision du TCCE ou de la Cour.

(ii) Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit que les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères. La demanderesse a trouvé dans le deuxième guide de réévaluation un sous-critère non divulgué appelé «connaissances et expérience du personnel», lequel représentait d'après elle une dérogation importante à la méthodologie énoncée dans la DP. La décision du TCCE selon laquelle le sous-critère «connaissances et expérience du personnel» devait être anticipé à partir du libellé de la DP doit faire l'objet d'un degré élevé

jurisdiction and expertise. Various references in the RFP as well as references to resources and personnel in the statement of work lent adequate support to the CITT's conclusion. While an RFP must identify all major evaluation criteria, it is not required to identify all aspects of each criterion which might be taken into account, provided that the unidentified aspects are reasonably related to, or encompassed by, the express criterion. The CITT's decision was not irrational.

(iii) The applicant submitted that if the RFP was capable of supporting two different evaluation processes, each with different criteria and weightings, then its terms were ambiguous in that they did not clearly identify the criteria and methods for weighting them in breach of Article 506(6) of the AIT, and that ambiguity prejudiced its bid because it led to the adoption of a completely different evaluation methodology according to which the Siemens proposal was found to be non-compliant. In order to evaluate proposals, the criteria and weightings in an RFP must be translated and, depending on the particular RFP, that process may yield different formulations, each of which may be consistent with the methodology stated in the RFP. The CITT is concerned with whether any particular decomposition identified in an evaluation or re-evaluation handbook is in fact logically consistent with the terms of the RFP. Therefore, the CITT's decision that the terms of the RFP were not ambiguous was not patently unreasonable.

(iv) The applicant submitted that it had been prejudiced by the withholding of documents submitted by it to the initial evaluation team from the re-evaluation team, but it made no attempt to demonstrate how the specific contents of the withheld documents would have changed the assessment of the "depth and experience of staff" subcriterion applicable to the technical merits of its bid. Knowing the contents of these documents, Siemens was well placed to demonstrate the allegedly detrimental effect of their absence but made no attempt to do so. The CITT's conclusion was not patently unreasonable.

(v) The applicant submitted that the decision to re-evaluate the technical merits of only two of the three bid proposals constituted a clear deviation from the CITT's recommendations which the CITT should have enforced. This ground related to the CITT's jurisdiction to enforce prior procurement decisions. Given the finding that the CITT was limited to being mindful of past decisions, there was no error in its refusal to address the enforcement aspect of the Siemens complaint.

de retenue. L'évaluation des documents d'appel d'offres destinée à assurer la conformité avec l'ACI relève de la compétence et de l'expertise du TCCE. Certaines mentions figurant dans la DP, ainsi que diverses mentions additionnelles des ressources et du personnel figurant dans l'énoncé du travail, étaient d'une façon adéquate la conclusion du TCCE. Une DP doit indiquer les principaux critères d'évaluation, mais elle n'a pas à indiquer tous les aspects de chaque critère dont il sera peut-être tenu compte, à condition que les aspects non mentionnés aient un lien raisonnable avec le critère exprès ou qu'ils soient englobés dans ce critère. La décision du TCCE n'était pas irrationnelle.

(iii) La demanderesse a affirmé que, si la DP pouvait étayer deux procédures d'évaluation différentes, comportant chacune des critères et des méthodes de pondération différents, ses conditions étaient ambiguës en ce sens qu'elles n'indiquaient pas clairement les critères et méthodes permettant de les pondérer, et ce, en violation du paragraphe 506(6) de l'ACI. D'après elle, cette ambiguïté a nui à sa soumission parce qu'elle a amené l'adoption d'une méthodologie d'évaluation tout à fait différente en vertu de laquelle sa proposition a été jugée non conforme. Pour permettre l'évaluation des propositions, il doit nécessairement y avoir un processus de conversion des critères et des méthodes qui, selon la DP particulière en cause, peut entraîner un certain nombre de formulations différentes, chacune pouvant être compatible avec la méthodologie énoncée dans la DP. Le TCCE se demande si une décomposition particulière mentionnée dans un guide d'évaluation ou de réévaluation est en fait logiquement compatible avec les conditions de la DP. La décision du TCCE selon laquelle les conditions de la DP n'étaient pas ambiguës n'est donc pas manifestement déraisonnable.

(iv) La demanderesse a soutenu que la décision de ne pas remettre à l'équipe de réévaluation les documents soumis par elle à l'équipe initiale d'évaluation lui avait été préjudiciable, mais elle n'a pas tenté de démontrer de quelle façon le contenu précis des documents non communiqués aurait eu pour effet de modifier l'évaluation du sous-critère «connaissances et expérience du personnel» applicable à la valeur technique de sa soumission. Puisqu'elle connaissait le contenu de ces documents, Siemens était bien placée pour démontrer le présumé effet préjudiciable de leur absence, mais elle n'a pas tenté de le faire. La conclusion que le TCCE a tirée n'était pas manifestement déraisonnable.

(v) La demanderesse a soutenu que la décision de réévaluer la valeur technique de seulement deux des trois propositions allait clairement à l'encontre des recommandations du TCCE, auxquelles le TCCE aurait dû donner suite. Ce motif d'examen est lié à la compétence que possède le TCCE lorsqu'il s'agit d'appliquer les décisions antérieurement rendues en matière de marchés publics. La Cour ayant estimé que le TCCE a eu raison de se contenter de tenir compte des décisions passées, aucune erreur n'est constatée dans son refus d'examiner l'aspect «application» de la plainte de Siemens.

(vi) Finally, the applicant argued that there was an appearance of bias or lack of fairness when PWGS's legal counsel reviewed the Fleetway proposal before the re-evaluation criteria had been developed because the legal counsel were an integral part of the re-evaluation team. Siemens failed to establish that the CITT's conclusion that the allegation of bias or lack of fairness was groundless and that the re-evaluation handbook had been prepared before the re-evaluators became aware of the contents of any of the proposals submitted, was clearly irrational.

(vi) Finalement, la demanderesse a allégué qu'il y avait une apparence de partialité ou un manque d'équité puisque les avocats de TPSGC, qui faisaient partie intégrante de l'équipe de réévaluation, avaient examiné la proposition de Fleetway avant l'élaboration des critères de réévaluation. Siemens n'a pas établi que la conclusion tirée par le TCCE, à savoir que son allégation de partialité ou de manque d'équité était dénuée de fondement et que le guide de réévaluation avait été préparé avant que les nouveaux évaluateurs eussent pris connaissance du contenu des propositions soumises, était clairement irrationnelle.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Government Procurement*, Annex 4 of the *Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed at Marrakesh, 15 April 1994.
- Agreement on Internal Trade*, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995), Arts. 506(6), 514(2), 518.
- Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 17(2), 18, 30.11(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), (2) (as enacted *idem*), 30.14(2) (as enacted *idem*), 30.15(2) (as enacted *idem*), 30.18 (as enacted *idem*).
- Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 (as am. by SOR/95-300, s. 2), ss. 7 (as am. *idem*, s. 7; SOR/96-30, s. 5), 11 (as am. *idem*, s. 8).
- Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
- Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 18.3 (as enacted *idem*), 18.4 (as enacted *idem*), 18.5 (as enacted *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8).
- Free Trade Agreement between Canada and the United States of America*, S.C. 1988, c. 55, Schedule — Part A.
- National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 81.
- 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. 1017.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Deputy Minister of National Revenue—M.N.R.) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36; [2001] S.C.J. No. 37 (QL); (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, L.C. 1988, ch. 55, annexe — partie A.
- 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*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1017.
- Accord sur le commerce intérieur*, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995), art. 506(6), 514(2), 518.
- Accord sur les marchés publics*, Annexe 4 de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, le 15 avril 1994.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 18.3 (édicte, *idem*), 18.4 (édicte, *idem*), 18.5 (édicte, *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8).
- Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 17(2), 18, 30.11(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), (2) (édicte, *idem*), 30.14(2) (édicte, *idem*), 30.15(2) (édicte, *idem*), 30.18 (édicte, *idem*).
- Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 81.
- Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.
- Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 (mod. par DORS/95-300, art. 2), art. 7 (mod., *idem*, art. 7; DORS/96-30, art. 5), 11 (mod., *idem*, art. 8).
- Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Sous-ministre du Revenu national—M.R.N.) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36; [2001] A.C.S. n° 37 (QL); (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153.

## CONSIDERED:

*MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) (Re)*, [2000] C.I.T.T. No. 54 (QL); *Leroux v. Transcanada Pipelines Ltd.*, [1998] F.C.J. No. 724 (C.A.) (QL); *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise—M.N.R. v. Schrader Automotive Inc.)* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 260 N.R. 367 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] S.C.C.A. No. 342 (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514; (1999), 236 N.R. 143 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Corel Corp.* (1999), 241 N.R. 190 (F.C.A.); *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 267 N.R. 190 (F.C.A.); *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 257 N.R. 179 (F.C.A.); *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. granted, [2000] S.C.C.A. No. 474 (QL).

APPLICATION for judicial review of the Canadian International Trade Tribunal's dismissal of the applicant's complaint in respect of a \$35 million procurement by PWGS for the provision of in-service support for 16 Canadian frigates and destroyers (*Siemens Westinghouse Inc. (Re)*, [2001] C.I.T.T. No. 26 (QL)). Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Ronald D. Lunau and Carina De Pellegrin* for applicant.

*Michael F. Ciavaglia and Susanne G. Pereira* for respondent Minister of Public Works and Government Services.

*J. Bruce Carr-Harris, David Sherriff-Scott and Vincent DeRose* for respondents MIL Systems and Fleetway Inc.

*Reagan Walker and John C. Dodsworth* for intervenor Canadian International Trade Tribunal.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) (Re)*, [2000] T.C.C.E. n° 54 (QL); *Leroux c. Transcanada Pipelines Ltd.*, [1998] A.C.F. n° 724 (C.A.) (QL); *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et accise—M.R.N.) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2000), 260 N.R. 367 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] S.C.C.A. n° 342 (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514; (1999), 236 N.R. 143 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Corel Corp.* (1999), 241 N.R. 190 (C.A.F.); *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2001), 267 N.R. 190 (C.A.F.); *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2000), 257 N.R. 179 (C.A.F.); *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, [2000] S.C.C.A. n° 474 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par le Tribunal canadien du commerce extérieur de la plainte de la demanderesse au sujet d'un marché public de 35 millions de dollars passé par TPSGC aux fins de la prestation de services de soutien pour 16 frégates et destroyers canadiens (*Siemens Westinghouse Inc. (Re)*, [2001] T.C.C.E. n° 26 (QL)). Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Ronald D. Lunau et Carina De Pellegrin* pour la demanderesse.

*Michael F. Ciavaglia et Susanne G. Pereira* pour le défendeur ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux.

*J. Bruce Carr-Harris, David Sherriff-Scott et Vincent DeRose* pour les défenderesses MIL Systems et Fleetway Inc.

*Reagan Walker et John C. Dodsworth* pour l'intervenant Tribunal canadien du commerce extérieur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Public Works and Government Services.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for respondent MIL Systems and Fleetway Inc.

Canadian International Trade Tribunal, Ottawa for intervener Canadian International Trade Tribunal.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MALONE J.A.:

Introduction

[1] This is an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (the CITT or the Tribunal) dated March 19, 2001 [[2001] C.I.T.T. No. 26 (QL)]. That decision dismissed the applicant's complaint on the basis that the procurement re-evaluation process conducted by Public Works and Government Services (the Department) and the Department of National Defence (DND) was fair, and that any errors that may have been committed had no material impact on the ultimate treatment of the applicant's bid proposal.

Issues

[2] There are several issues before the Court; jurisdictional as well as factual and legal. But generally, the primary issue is whether the CITT erred in law in its interpretation of tender documents when it upheld the results of the technical re-evaluation of the competing bid proposals.

Facts

[3] On November 3, 2000, the applicant Siemens Westinghouse Inc. (Siemens) filed a complaint with

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les défenderesses MIL Systems et Fleetway Inc.

Tribunal canadien du commerce extérieur, Ottawa pour l'intervenant Tribunal canadien du commerce extérieur.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

Introduction

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE ou le Tribunal) le 19 mars 2001 [[2001] T.C.C.E. n° 26 (QL)]. Par cette décision, le Tribunal rejetait la plainte que la demanderesse avait déposée en se fondant sur le fait que la procédure de réévaluation du marché public suivie par Travaux publics et Services gouvernementaux (le Ministère) et par le ministère de la Défense nationale (le MDN) était juste et que toute erreur qui avait pu être commise n'avait pas eu d'impact sensible sur le traitement ultime de la proposition de la demanderesse.

Les points litigieux

[2] La Cour est saisie de plusieurs questions, à savoir des questions de compétence ainsi que des questions de fait et de droit. Cependant, en général, il s'agit principalement de savoir si le TCCE a commis une erreur de droit dans son interprétation des documents d'appel d'offres lorsqu'il a confirmé les résultats de la réévaluation technique des propositions des concurrents.

Les faits

[3] Le 3 novembre 2000, la demanderesse Siemens Westinghouse Inc. (Siemens) a déposé une plainte

the CITT under subsection 30.11(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the CITT Act). The complaint was in respect of a \$35 million procurement by the Department for the provision of in-service support for 16 Canadian frigates and destroyers.

[4] Siemens had initially submitted the winning proposal and did part of the work which was accepted. However, in response to a complaint by a competing bidder, the CITT found Siemens' proposal to be non-responsive and recommended that the Department and DND re-evaluate the proposals from the other competitors, Fleetway Inc. (Fleetway) and a joint venture composed of MIL Systems and Fleetway (MIL/Fleetway). The re-evaluation was recommended on the basis that the evaluation handbook used in evaluating the first proposals introduced evaluation and weighting methodology that could not be anticipated or derived from the methodology set out in the request for proposal (RFP).

[5] Both Siemens and MIL/Fleetway applied to this Court for judicial review of the CITT's decision. On that review, this Court held that the technical merit re-evaluations should go forward but that the Siemens bid was, in fact, responsive and therefore should be re-evaluated with the other bids (*Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 260 N.R. 367 (F.C.A.)). In response to this Court's judicial review determination, the CITT issued an amended recommendation on July 21, 2000 ([*MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) (Re)*] [2000] C.I.T.T. No. 54 (QL), file No. PR-99-034R) in the following terms:

The Canadian International Trade Tribunal further recommends that the Department of Public Works and Government Services and the Department of National Defence re-evaluate the technical merits of the proposals submitted by MIL Systems, (a Division of Davie Industries Inc.), and

après du TCCE aux termes du paragraphe 30.11(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47 (la Loi sur le TCCE) à l'égard d'un marché public de 35 millions de dollars passé par le Ministère aux fins de la prestation de services de soutien pour 16 frégates et destroyers canadiens.

[4] Siemens avait initialement soumis la proposition retenue et avait exécuté en partie les travaux, qui avaient été acceptés. Toutefois, en réponse à une plainte déposée par un concurrent qui avait présenté une soumission, le TCCE a conclu que la proposition de Siemens n'était pas recevable et a recommandé au Ministère et au MDN d'évaluer de nouveau les propositions des autres concurrents, Fleetway Inc. (Fleetway) et une coentreprise composée de MIL Systems et de Fleetway (MIL/Fleetway). La réévaluation a été recommandée sur la base du guide d'évaluation utilisé pour évaluer les premières propositions établissant une méthodologie d'évaluation et de pondération qui ne pouvait être ni anticipée ni déduite à partir de la méthodologie énoncée dans la demande de propositions (la DP).

[5] Siemens et MIL/Fleetway ont toutes les deux présenté devant la Cour une demande de contrôle judiciaire de la décision du TCCE. À la suite de ce contrôle, la Cour a statué que la réévaluation de la valeur technique devait aller de l'avant, mais que la soumission de Siemens était en fait recevable et qu'elle devait donc être de nouveau évaluée avec les autres soumissions (*Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)* (2000), 260 N.R. 367 (C.A.F.)). En réponse à la décision rendue par la présente Cour à la suite du contrôle judiciaire, le TCCE a délivré une recommandation modifiée le 21 juillet 2000 ([*MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) (Re)*] [2000] T.C.C.E. n° 54 (QL), dossier PR-99-034R) qui est libellée comme suit:

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande en outre que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux et le ministère de la Défense nationale réévaluent la valeur technique des propositions de la coentreprise MIL Systems (a Division of Davie Industries

Fleetway Inc., a joint venture, and by Fleetway Inc. and the proposal submitted by Siemens Westinghouse Incorporated, in accordance with the evaluation methodology set out in the [R]equest for Proposal, and proceed thereon with this procurement as provided in the Request for Proposal and the Agreement on Internal Trade.

[6] In May 2000, the Department and DND had already begun to establish an independent structure for re-evaluating the technical merit of the proposals. The Department led the re-evaluation which was conducted by a team of five DND officials headed by a Chairperson from the Department. Various measures were instituted in order to create a barrier between the re-evaluation team and the prior evaluation team so as to ensure fairness and objectivity in the re-evaluation process.

[7] On July 11, 2000, the re-evaluation team completed the development of the re-evaluation handbook establishing the rules for the re-evaluation and the assumptions that would apply to it. The handbook also listed the roles of the re-evaluation team members, the independent chairperson and the "fairness monitor" who was appointed from the private sector in late May of 2000. The re-evaluation handbook was developed independently of any reference to, or examination of, the initial evaluation handbook or the review of the bids by the first evaluation team.

[8] The re-evaluation was guided by the following principles set out in the handbook:

- The members of the re-evaluation team were to have no previous involvement in the evaluation and must have stated that they have no personal interest in which bidder is ultimately successful.
- The members of the re-evaluation team were to be responsible for maintaining a high level of confidentiality during the re-evaluation and for ensuring complete confidentiality of the re-evaluation. All activities and team-related re-evaluation documentation were to be restricted to the Major Projects Service Line facilities.

Inc.) et Fleetway Inc., de Fleetway Inc. ainsi que de Siemens Westinghouse Incorporated, conformément à la méthode d'évaluation établie dans la demande de proposition, et qu'ils poursuivent la procédure de passation de marché public prescrite dans la demande de proposition et dans l'Accord sur le commerce intérieur.

[6] Au mois de mai 2000, le Ministère et le MDN avaient déjà commencé à mettre en place une structure indépendante pour la réévaluation de la valeur technique des propositions. Le Ministère assurait la direction de la réévaluation qui était effectuée par une équipe constituée de cinq représentants du MDN sous la présidence d'un fonctionnaire du Ministère. Diverses mesures ont été prises afin d'établir une «cloison» entre l'équipe de réévaluation et l'ancienne équipe d'évaluation de façon à assurer l'équité et l'objectivité de la procédure de réévaluation.

[7] Le 11 juillet 2000, l'équipe de réévaluation avait fini d'élaborer le guide de réévaluation fixant les règles de réévaluation et énonçant les hypothèses qui devaient s'appliquer. Le guide énumérait également les rôles des membres de l'équipe de réévaluation, du président indépendant et du «surveillant de l'équité» provenant du secteur privé, celui-ci ayant été nommé à la fin du mois de mai 2000. Le guide de réévaluation a été élaboré indépendamment de toute mention, ou examen, du guide initial d'évaluation ou de l'examen des soumissions par la première équipe d'évaluation.

[8] La réévaluation était fondée sur les principes suivants, qui étaient énoncés dans le guide:

- Les membres de l'équipe de réévaluation ne devaient pas auparavant avoir participé à l'évaluation et devaient avoir déclaré ne pas avoir d'intérêt personnel lié au choix d'un soumissionnaire.
- Les membres de l'équipe de réévaluation devaient maintenir un degré élevé de confidentialité au cours de la réévaluation et veiller à garder complètement confidentielle la teneur de la réévaluation. Tous les éléments de l'activité et tous les documents pertinents à l'équipe de réévaluation devaient être confinés aux installations du Service de la gestion des grands projets.

- A fairness monitor from the private industry would monitor all aspects of the re-evaluation process and would be given unlimited access to all proceedings. He would be mandated to raise fairness concerns at any time.
  - Department of Justice legal counsel was to be assigned to the re-evaluation, involved in all approval processes and consulted regularly.
  - Scoring documents were to be prepared to enable the members of the re-evaluation team to provide fair and equitable scoring of all proposals, in accordance with the original RFP documents; the detailed scoring criteria were to be developed to be consistent with Annex "H" of the RFP.
  - Copies of the RFP and bidders' proposals were to be clean (i.e. they were to have no notations or markings on them from the first evaluation).
  - Individual scoring by the members of the re-evaluation team was to be followed by consensus agreement.
- Un surveillant de l'équité, provenant du secteur privé, surveillait tous les aspects du processus de réévaluation et un accès illimité à toutes les procédures lui était ouvert. Il était chargé de soulever les questions d'équité en tout temps.
  - Un conseiller juridique du ministère de la Justice devait être désigné aux fins de la réévaluation, participer à tous les processus d'approbation et être consulté régulièrement.
  - Des documents de cotation devaient être préparés pour permettre aux membres de l'équipe de réévaluation de procéder à une cotation juste et équitable de toutes les propositions, en conformité avec les documents de la DP initiale; les critères de cotation détaillée devaient être élaborés conformément à l'annexe «H» de la DP.
  - Les copies de la DP et des propositions des soumissionnaires devaient être vierges (c.-à-d. sans annotation ou commentaire provenant de la première évaluation).
  - L'attribution des résultats individuels par les membres de l'équipe de réévaluation devait être suivie d'un accord par consensus.

[9] In addition, the following assumptions were set out in the second handbook:

- All bidders were to be compliant with respect to all mandatory requirements.
- No additional information could be obtained from bidders.
- The individuals evaluated in the proposals would be the ones doing the work under the resulting contract.
- Since the technical proposals from MIL/Fleetway and Fleetway were identical, the re-evaluation team would evaluate the MIL/Fleetway technical proposal and apply the score to both Fleetway bids.

[10] The re-evaluation commenced on July 12, 2000. By mid-September 2000, all individual scoring was

[9] De plus, les hypothèses suivantes étaient énoncées dans le deuxième guide:

- Tous les soumissionnaires devaient avoir présenté une proposition conforme à toutes les conditions obligatoires.
- Aucun renseignement supplémentaire ne pouvait être obtenu des soumissionnaires.
- Les personnes évaluées dans les propositions devaient être celles qui effectueraient le travail après l'adjudication du contrat.
- Étant donné que les propositions techniques reçues de MIL/Fleetway et de Fleetway étaient identiques, l'équipe de réévaluation devait évaluer la proposition technique de MIL/Fleetway et appliquer le résultat aux deux soumissions de Fleetway.

[10] La réévaluation a commencé le 12 juillet 2000. Au milieu du mois de septembre 2000, toutes les

completed and the members of the re-evaluation team held consensus review meetings. On September 15, 2000, the re-evaluation team's scoring was finalized and the personnel evaluation detailed scoring tables were prepared and signed by the evaluators. These tables showed that Siemens had failed section 2.0 (Project Management Organization Plan), section 6.0 (Data Link Access Plan) and section 7.0 (Transition Plan) of Annex "H" of the RFP.

[11] The fairness monitor certified the results in his report of September 19, 2000 and on October 5, 2000, Siemens was advised that its proposal was evaluated as being non-compliant. On October 13 and 19, 2000, Siemens objected in writing to the results of the re-evaluation and eventually filed a complaint with the CITT. On March 19, 2001, that complaint was dismissed by the Tribunal ([2001] C.I.T.T. No. 26 (QL), file No. PR-2000-039). In essence, the CITT found that the Department's decision to undertake a wholesale re-evaluation of the technical merits of the proposals was fair and the methodology employed in the re-evaluation was, for the most part, consistent with the RFP and compliant with the *Agreement on Internal Trade* [Canada Gazette, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995)] (the AIT). Where the re-evaluation was not consistent with the RFP or compliant with the AIT, the Tribunal determined that no prejudice to the Siemens bid had occurred.

[12] Siemens now applies to this Court for judicial review of the Tribunal's decision.

#### Standard of Review

[13] The first issue to be considered in any judicial review application is the appropriate standard of review to be applied to the decision being challenged. In recent years this exercise has proven increasingly sophisticated. It is now recognized that there is a spectrum of curial deference that may be utilized ranging from the most deferential—patent unreason-

cotations individuelles étaient terminées et les membres de l'équipe de réévaluation ont tenu des réunions d'accord par consensus. Le 15 septembre 2000, la cotation de l'équipe de réévaluation a été établie de manière définitive et les évaluateurs ont préparé et signé les tableaux de cotation détaillée de l'évaluation du personnel. Ces tableaux montraient que la proposition de Siemens n'avait pas réussi à la section 2.0 (Plan d'organisation de la gestion de projet), à la section 6.0 (Plan d'accès à la liaison de données) et à la section 7.0 (Plan de transition) de l'annexe «H» de la DP.

[11] Le surveillant de l'équité a certifié les résultats dans son rapport du 19 septembre 2000 et, le 5 octobre 2000, Siemens a été avisée que sa proposition avait été jugée non conforme. Les 13 et 19 octobre 2000, Siemens a fait opposition par écrit aux résultats de la réévaluation et a finalement déposé une plainte auprès du TCCE. Le 19 mars 2001, cette plainte a été rejetée par le Tribunal ([2001] T.C.C.E. n° 26 (QL), dossier PR-2000-039). Le TCCE a essentiellement conclu que la décision du Ministère de procéder à une réévaluation globale de la valeur technique des propositions était juste et que la méthodologie employée dans la réévaluation était dans l'ensemble compatible avec la DP et conforme à l'*Accord sur le commerce intérieur* [Gazette du Canada, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)] (l'ACI). Le Tribunal a statué que lorsque la réévaluation n'était pas compatible avec la DP ou qu'elle n'était pas conforme à l'ACI, cela ne portait aucunement atteinte à la proposition de Siemens.

[12] Siemens demande maintenant à la présente Cour d'exercer un contrôle judiciaire de la décision du Tribunal.

#### Norme de contrôle

[13] Dans une demande de contrôle judiciaire, il faut avant tout déterminer la norme de contrôle à appliquer à la décision contestée. Au cours des dernières années, cette détermination s'est avérée de plus en plus complexe. Il est maintenant reconnu que la retenue judiciaire se situe le long d'un spectre, un degré élevé de retenue existant à un bout du spectre, la décision

ableness, through unreasonableness *simpliciter* and ending with correctness, the most exacting standard.

[14] In choosing which of these standards of review to employ, and in applying it, our courts take a “pragmatic and functional” approach. The main issue in this preliminary exercise is to determine the extent to which the legislature intended to grant the exclusive decision-making power to the tribunal being reviewed. The factors to be considered in this exercise are: (1) the expertise of the tribunal relative to the courts in deciding the issue under review; (2) the purpose of the Act and the provision being considered; (3) the existence or absence of a privative clause; and (4) the nature of the issue decided (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982). Mr. Justice Major, on behalf of the Supreme Court, has recently re-examined and applied these principles to a CITT decision dealing with the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1] (see *Canada (Deputy Minister of National Revenue—M.N.R.) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] S.C.J. No. 37, at paragraph 24).

[15] In approaching a judicial review of the CITT in procurement matters, this Court has established in prior decisions that, based on a pragmatic and functional approach, the standard of review to be employed is correctness for matters of jurisdiction and patent unreasonableness for matters within the jurisdiction of the CITT. (See *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514 (C.A.), at page 533; *Canada (Attorney General) v. Corel Corp.* (1999), 241 N.R. 190 (F.C.A.); *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 267 N.R. 173 (F.C.A.); *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 257 N.R. 179 (F.C.A.), at page 180.) In the earlier judicial review application to this Court between these parties concerning this very same procurement, the standard of review employed by the Court to decide the issue, which was held to be within the jurisdiction of the Tribunal, was

devant alors être manifestement déraisonnable, alors qu’à l’autre bout, un contrôle rigoureux est exercé, la décision devant alors être correcte, la décision déraisonnable *simpliciter* se situant entre les deux bouts du spectre.

[14] En choisissant la norme de contrôle à utiliser et en appliquant cette norme, nos cours effectuent une analyse «pragmatique et fonctionnelle». À ce stade préliminaire, il s’agit principalement de déterminer la mesure dans laquelle le législateur voulait conférer le pouvoir décisionnel exclusif au tribunal assujéti au contrôle. Voici les facteurs à prendre en considération à cette fin: 1) l’expertise du tribunal par rapport à celle des cours lorsqu’il s’agit de trancher la question assujéti au contrôle; 2) l’objet de la Loi et de la disposition en cause; 3) la présence ou l’absence d’une clause privative; et 4) la nature de la question qui a été tranchée (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982). Le juge Major, au nom de la Cour suprême, a récemment réexaminé ces principes et les a appliqués à une décision du TCCE se rapportant à la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] (voir *Canada (Sous-ministre du Revenu national—M.R.N.) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] A.C.S. n<sup>o</sup> 37, au paragraphe 24).

[15] En procédant au contrôle judiciaire d’une décision rendue par le TCCE dans une affaire de marché public, la présente Cour a établi, dans des décisions antérieures, que selon une analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle à utiliser est celle de la décision correcte pour les questions de compétence et celle de la décision manifestement déraisonnable pour les questions relevant de la compétence du TCCE. (Voir *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (C.A.), à la page 533; *Canada (Procureur général) c. Corel Corp.* (1999), 241 N.R. 190 (C.A.F.); *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2001), 267 N.R. 173 (C.A.F.); *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)* (2000), 257 N.R. 179 (C.A.F.), à la page 180.) Dans la demande antérieure de contrôle judiciaire dont la présente Cour avait été saisie au sujet du même

patent unreasonableness. (See *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 260 N.R. 367 (F.C.A.), at paragraph 9.) It is noteworthy that the Supreme Court denied leave to appeal that decision of this Court ([2000] S.C.C.A. No. 342 (QL)).

[16] It was agreed by counsel that at least one of the issues involved in this appeal is jurisdictional and, hence, reviewable on the correctness standard: that is, whether the Tribunal must ensure compliance with its own and this Court's previous procurement decisions. As for the remaining issues, there was substantial disagreement about the standard of review. This Court must therefore, having regard to the legislation and the jurisprudence, determine whether the standard to be employed is patent unreasonableness, as decided in earlier cases, or whether the correctness or reasonableness standard is more appropriate in light of the *Mattel* decision, *supra*.

[17] On this application, it has been contended that this Court should reconsider its earlier decisions in light of the *Mattel* decision, in which the Supreme Court held that the standard of correctness was applicable to a CITT decision determining a question of law within its jurisdiction. Counsel for Siemens contended that for each legal issue that may arise in the course of the procurement process, the Court should not necessarily give high deference, but should determine which standard of review is appropriate to decide the specific matter. Where the legal issue is one in which the CITT's expertise is not superior to that of the Court, it was urged that the standard of review should be correctness; where the CITT's expertise is greater than that of the Court, then deference might well be accorded to it.

marché public et mettant en cause les mêmes parties, la norme de contrôle que la Cour a utilisée en vue de trancher la question qui, à son avis, relevait de la compétence du Tribunal était celle de la décision manifestement déraisonnable. (Voir *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)* (2000), 260 N.R. 367 (C.A.F.), au paragraphe 9.) Il importe de noter que la Cour suprême a refusé l'autorisation d'en appeler de la décision rendue par la présente Cour ([2000] S.C.A.A. n° 342 (QL)).

[16] Les avocats ont convenu qu'au moins l'une des questions ici en cause se rapporte à la compétence et que cette question est donc susceptible de révision selon la norme de la décision correcte: il s'agit de savoir si le Tribunal doit assurer la conformité avec les décisions qu'il a déjà rendues en matière de marchés publics ainsi qu'avec les décisions antérieures de la présente Cour dans le domaine. Quant aux autres questions, les avocats étaient loin de s'entendre au sujet de la norme de contrôle à appliquer. Eu égard à la législation et à la jurisprudence, la présente Cour doit donc déterminer si la norme à utiliser est celle de la décision manifestement déraisonnable, comme il a été statué dans des décisions antérieures, ou si compte tenu de l'arrêt *Mattel*, précité, il convient d'appliquer la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable.

[17] Dans le cadre de la présente demande, il a été soutenu que la Cour devrait réexaminer ses décisions antérieures compte tenu de l'arrêt *Mattel*, dans lequel la Cour suprême a dit que la norme de la décision correcte s'applique à une décision dans laquelle le TCCE statue sur une question de droit relevant de sa compétence. L'avocat de Siemens a soutenu que la Cour ne devrait pas nécessairement faire preuve d'une grande retenue pour chaque question de droit qui se pose dans une procédure de passation du marché public, mais qu'elle devrait déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer pour trancher la question particulière. Il a été soutenu que lorsque l'expertise du TCCE, en ce qui concerne la question de droit qui se pose, n'est pas supérieure à celle de la Cour, la norme de contrôle devrait être celle de la décision correcte; lorsque l'expertise du TCCE est

[18] In response to questions from the Court, counsel for Siemens acknowledged that there could be dozens of potential legal issues that might arise, which would necessitate a judicial determination of the appropriate standard of review applicable to each one. He suggested that the various issues might be grouped together, some to be decided by one standard and others by yet another.

[19] In my view, that is not the effect of *Mattel*. In that case, the issue being reviewed was a CITT decision about a finding of “value for duty” under the *Customs Act*. During the course of that determination, the Tribunal had to decide the meaning of the words “a sale of goods for export to Canada” and the phrase “a condition of the sale of goods”, as contained in the *Customs Act*. The Supreme Court found (at paragraph 33) that:

These were pure questions of law that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law. Such matters are traditionally the province of the Courts and there is nothing to suggest that the CITT had any particular expertise in respect of these matters.

[20] Thus, it is apparent that particular legal issues may emerge during the course of judicial review that are within the jurisdiction of the CITT but outside its area of expertise. Such questions may require the Court to invoke the correctness standard, such as in *Mattel*, but this in my view would occur only rarely. Other examples of this might be where a constitutional or international treaty issue arises before a tribunal (*Pushpanathan, supra*), where the interpretation of a general statute not within the expertise of the tribunal arises or where a significant legal question arises for the first time (*President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, [2000] S.C.C.A. No. 474 (QL)). No analogous situation arises in this case.

supérieure à celle de la Cour, il conviendrait peut-être bien de faire preuve de retenue.

[18] En réponse aux questions de la Cour, l’avocat de Siemens a reconnu qu’il pouvait y avoir des douzaines de questions de droit susceptibles de se poser, lesquelles nécessiteraient une détermination judiciaire de la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer dans chaque cas. Il a proposé de regrouper les diverses questions, certaines devant être tranchées selon une norme alors que d’autres seraient tranchées selon une autre norme.

[19] À mon avis, tel n’est pas l’effet de l’arrêt *Mattel*. Dans cette affaire-là, la question qui était examinée découlait d’une décision que le TCCE avait rendue au sujet de la «valeur en douane» en vertu de la *Loi sur les douanes*. Dans le cadre de cette affaire, le Tribunal devait se prononcer sur le sens des expressions «vente de marchandises pour exportation au Canada» et «condition de la vente des marchandises», telles qu’elles figuraient dans la *Loi sur les douanes*. La Cour suprême a conclu (au paragraphe 33) que:

Il s’agit de pures questions de droit, qui commandent l’application de principes d’interprétation législative et d’autres concepts inhérents au droit commercial. Ces questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires et rien n’indique que le TCCE possède une expertise particulière à leur égard.

[20] Il est donc évident que, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, des questions de droit particulières relevant de la compétence du TCCE, mais ne relevant pas de son domaine d’expertise, peuvent se poser. Pareilles questions peuvent exiger que la Cour invoque la norme de la décision correcte, comme dans l’arrêt *Mattel*, mais cela ne se produirait à mon avis que fort rarement. Il peut également en être de même lorsqu’une question ayant trait à la constitution ou à un traité international est soulevée devant un tribunal (*Pushpanathan, précité*), lorsqu’une loi de portée générale ne relevant pas de l’expertise du tribunal doit être interprétée ou lorsqu’une question de droit importante se pose pour la première fois (*President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2000] S.C.C.A. n° 474 (QL)). Aucune situation analogue n’existe en l’espèce.

[21] In this case, the legal issues being reviewed are squarely within the Tribunal's area of expertise. They are not "pure questions of law that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law". Rather, they are complex legal and factual issues that demand specialized expertise in the fields of economics, business and procurement practices. The detailed criteria in the RFP and the second evaluation handbook have to be interpreted in addition to intricate contractual and legislative provisions. In other words, in this case the CITT had to decide whether the tender documents properly identified the requirements and evaluation criteria in the RFP and whether the procurement was conducted according to them and the applicable contracts, trade agreements and legislation. This complex exercise demands unique expertise and experience and is the everyday work of the Tribunal.

[22] The expertise of the CITT in these matters is undoubted. Since 1995, it has dealt with more than 375 procurement complaints. The CITT became Canada's bid challenge authority pursuant to Article 1017 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) on January 1, 1994, replacing its predecessor under the *Free Trade Agreement Between Canada and the United States of America* [S.C. 1988, c. 55, Schedule—Part A], the Procurement Review Board of Canada. The CITT also became the bid challenge authority for the *Agreement on Internal Trade (AIT)* on July 1, 1995 and for the *World Trade Organization Agreement on Government Procurement* [Annex 4 of the *Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed at Marrakesh, 15 April 1994] (AGP) on January 1, 1996. Legislation has been enacted to ensure that procurements are conducted openly and fairly, and the CITT is responsible for overseeing all of this activity. The CITT consists of a Chairperson, two Vice-Chairpersons and not more than six other permanent members appointed

[21] En l'espèce, les questions de droit qui sont examinées relèvent carrément du domaine d'expertise du Tribunal. Il ne s'agit pas de «pures questions de droit qui commandent l'application de principes d'interprétation législative et d'autres concepts inhérents au droit commercial». Il s'agit plutôt de questions de droit et de fait complexes qui exigent des connaissances spéciales dans les domaines de l'économie, des affaires et des pratiques en matière de marchés publics. Les critères détaillés énoncés dans la DP et dans le deuxième guide d'évaluation ainsi que des dispositions contractuelles et législatives complexes doivent être interprétés. En d'autres termes, en l'espèce, le TCCE n'avait pas à déterminer si les documents d'appel d'offres indiquaient les conditions et les critères d'évaluation dans la DP et si le marché public avait été tenu conformément à ceux-ci et aux contrats, aux accords commerciaux et à la législation applicables. Cette analyse complexe exige une expertise et une expérience uniques en leur genre et c'est une tâche dont le Tribunal s'acquitte d'une façon courante.

[22] L'expertise du TCCE dans les affaires de ce genre est indubitable. Depuis 1995, le Tribunal a examiné plus de 375 plaintes relatives à des marchés publics. Le TCCE est devenu l'autorité responsable de la contestation des propositions au Canada conformément à l'article 1017 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*, [le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]] (l'ALENA) le 1<sup>er</sup> janvier 1994; il remplaçait la Commission de révision des marchés publics du Canada, qui était son prédécesseur en vertu de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, [L.C. 1988, ch. 55, annexe—partie A]. Le TCCE est également devenu l'autorité responsable de la contestation des soumissions à l'égard de l'*Accord sur le commerce intérieur* (l'ACI), le 1<sup>er</sup> juillet 1995, et de l'*Accord sur les marchés publics* de l'Organisation mondiale du commerce [Annexe 4 de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, le 15 avril 1994] (l'AMP) le 1<sup>er</sup> janvier 1996. La législation a été édictée en vue d'assurer que les marchés publics soient passés d'une façon ouverte et équitable,

for terms of up to five years. Assisting the members are staff experts with in-depth knowledge of procurement practices.

[23] Hence, it is clear that Parliament meant this expert tribunal to be responsible for overseeing the procurement activities of the government and that the courts review of their decisions, except for jurisdictional and other exceptional cases, ought to be on the standard of patent unreasonableness, which means that, unless they are clearly irrational, they must stand.

[24] Also to be considered, in addition to comparative expertise, is the legislative language. The power granted to the CITT to review the procurement process demonstrates that it is to be afforded wide latitude. In order to comply with the AIT, which requires governments to promote “fair, open and impartial procurement procedures”(see Article 514(2)), bid protest procedures were created. Section 30.11 of the CITT Act allows complaints to the Tribunal on “any aspect of the procurement process”. Subsection 30.14(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the CITT Act also mandates that the Tribunal shall determine the validity of a complaint on the basis of whether the procedures and other requirements prescribed in respect of the designated contract have been or are being observed. Section 11 [as am. by SOR/96-30, s. 8] of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 [as am. by SOR/95-300, s. 2] (the Procurement Regulations) further specifies that, in conducting an inquiry into a complaint, the CITT is to determine whether the procurement was conducted in accordance with the NAFTA, AIT, or AGP, whichever is applicable. This is a broad authority indeed.

[25] The language of the CITT Act also indicates that the Tribunal was designed to grapple with issues

et le TCCE est chargé de surveiller toutes ces activités. Le TCCE est composé d’un président, de deux vice-présidents et d’au plus six autres membres permanents nommés pour une période d’au plus cinq ans. Un personnel composé d’experts ayant une connaissance approfondie des pratiques en matière de marchés publics aide les membres.

[23] Il est donc clair que le législateur voulait que le tribunal expert ici en cause soit chargé de surveiller les activités du gouvernement en matière de marchés publics, l’examen de ses décisions par les cours, sauf en ce qui concerne les questions de compétence et d’autres cas exceptionnels, devant être fondé sur la norme de la décision manifestement déraisonnable, ce qui veut dire qu’à moins d’être clairement irrationnelles, pareilles décisions doivent être maintenues.

[24] En plus de l’expertise comparative, il faut également tenir compte du libellé de la Loi. Le pouvoir d’examiner la procédure des marchés publics qui est conféré au TCCE démontre que celui-ci a énormément de latitude. Pour être conformes à l’ACI, qui exige que les gouvernements favorisent «des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics» (voir le paragraphe 514(2)), des procédures de contestation des offres ont été établies. L’article 30.11 de la Loi sur le TCCE permet le dépôt de plaintes auprès du Tribunal concernant «la procédure des marchés publics». Le paragraphe 30.14(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la Loi sur le TCCE prévoit également que le Tribunal détermine la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L’article 11 [mod. par DORS/96-30, art. 8] du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 [mod. par DORS/95-300, art. 2] (le Règlement sur les marchés publics) précise en outre qu’en enquêtant sur une plainte, le TCCE doit déterminer si le marché public a été passé conformément à l’ALENA, à l’ACI ou à l’AMP, selon l’accord qui est applicable. Il s’agit de fait d’un pouvoir étendu.

[25] Le libellé de la Loi sur le TCCE indique également que le Tribunal devait s’attaquer aux

affecting the interrelated and interconnected rights and interests of different constituencies. In this connection, the CITT has been granted certain policy and advisory functions in addition to its supervisory role in the procurement field. For example, section 18 of the CITT Act provides that the Tribunal is to conduct inquiries into, and prepare reports on, any economic, trade or commercial matters referred to it by the Governor in Council. This advisory function is clearly distinguishable from the regular functions of a court in adjudicating legal rights. Although the Tribunal was not acting under section 18 or an analogous section of the CITT Act in the matter presently under review, its legislated role in policy formation, as suggested in *Mattel* (at paragraph 31), reflects upon the scope of the CITT's expertise and suggests a degree of deference be accorded to that Tribunal by this Court.

[26] There is no privative clause in the statute creating the CITT. Nor is there any specific right of appeal given. It appears, therefore, that the usual judicial review provisions of sections 18 to 18.5 [ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1-18.5 (as enacted *idem*, s. 5)] (except subsection 18.4(2)) and section 28 [as am. *idem*, s. 8] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] govern the scope of review of the CITT's decisions on procurement. In contrast, when the CITT reviews customs matters, as in the *Mattel* case, the *Customs Act* specifically permits appeals to the Federal Court of Appeal on any question of law.

[27] Yet another factor to examine is the nature of the issue that was decided by the Tribunal. This factor overlaps to some extent with the relative expertise factor previously canvassed. The distinction between questions of law and fact for the purposes of identifying the appropriate review standard is necessary because, as a general rule, factual issues will be entitled to more deference than legal issues on the basis that primary finders of fact usually possess the

questions influant sur les droits interdépendants de différents intéressés. À cet égard, le TCCE s'est vu attribuer certaines fonctions en matière de politique et de consultation, en plus de son rôle de supervision dans le domaine des marchés publics. Ainsi, l'article 18 de la Loi sur le TCCE prévoit que le Tribunal, sur saisine du gouverneur en conseil, enquête et lui fait rapport sur toute question touchant les intérêts économiques ou commerciaux. Il est clairement possible de faire une distinction entre cette fonction de consultation et les fonctions régulières d'une cour qui statue sur des droits légaux. En l'espèce, le Tribunal n'agissait pas en vertu de l'article 18 ou d'une disposition analogue de la Loi sur le TCCE, mais comme il a été dit dans l'arrêt *Mattel* (au paragraphe 31), le rôle prévu par la loi en matière d'élaboration de politiques influe sur l'étendue de l'expertise du TCCE et donne à entendre que la présente Cour doit faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard des décisions de ce tribunal.

[26] La loi par laquelle le TCCE est créé ne renferme aucune clause privative. Elle ne prévoit pas non plus un droit précis d'appel. Il semble donc que les dispositions habituelles relatives au contrôle judiciaire figurant aux articles 18 à 18.5 [art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 à 18.5 (édicte, *idem*)] (à l'exception du paragraphe 18.4(2)) ainsi qu'à l'article 28 [mod., *idem*, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] régissent la portée de l'examen des décisions rendues par le TCCE en matière de marchés publics. Par contre, lorsque le TCCE est saisi d'une affaire de douanes, comme c'était le cas dans l'affaire *Mattel*, la *Loi sur les douanes* permet expressément l'introduction d'un appel devant la Cour d'appel fédérale sur toute question de droit.

[27] Pourtant, un autre facteur à examiner se rapporte à la nature de la question que le Tribunal a tranchée. Ce facteur empiète dans une certaine mesure sur le facteur de l'expertise relative qui a déjà été examiné. Il faut faire une distinction entre les questions de droit et de fait aux fins de la détermination de la norme de contrôle pertinente parce que, en règle générale, les questions de fait peuvent faire l'objet d'un degré plus élevé de retenue que les questions de

advantage of seeing and hearing witnesses first-hand. Legal issues, on the other hand, generally warrant less deference given the expertise of courts in legislative interpretation and jurisprudential application.

[28] Of course, in certain circumstances administrative boards may be so specialized that their interpretation of the statutes under which they operate will be accorded some deference by the courts. In this way, the National Energy Board's interpretation of "mines and minerals" in section 81 of the *National Energy Board Act* [R.S.C., 1985, c. N-7] was accorded a high degree of deference by this Court in *Leroux v. Transcanada Pipelines Ltd.*, [1998] F.C.J. No. 724 (C.A.) (QL). Similarly, the CITT's interpretation of certain classifications of goods under the *Customs Tariff* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41] was reviewed on a reasonableness *simpliciter* standard in *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise—M.N.R.) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.) because the highly technical nature of that legislation reduced the scope for expert judicial interpretation of the classifications.

[29] In this case, the non-jurisdictional issues under review essentially involve the application of trade law principles as found in the various trade agreements to the tender documents and to the facts of this technical re-evaluation. In essence, these are questions of mixed fact and law. While the Tribunal did not hear oral evidence in this case, it nonetheless still enjoyed a relative expertise in analysing tender documents which demands deference from this Court. Unlike the pure questions of law raised in *Mattel* which required the interpretation of non-technical legislative provisions, the questions of mixed fact and law under review in the present case are questions to which the CITT's expertise is particularly suited. Indeed, the volume of cases before the Tribunal which raise such questions indicates that, of necessity, the CITT and its members have acquired considerable experience relative to courts in this area.

droit puisque les juges des faits ont habituellement l'avantage de voir et d'entendre eux-mêmes les témoins. D'autre part, les questions de droit exigent généralement un degré moins élevé de retenue compte tenu de l'expertise que possèdent les cours en matière d'interprétation de la loi et d'application de la jurisprudence.

[28] Bien sûr, dans certaines circonstances, les tribunaux administratifs peuvent être si spécialisés que les cours feront preuve d'une certaine retenue à l'égard de l'interprétation qu'ils donnent à leurs lois habilitantes. Ainsi, l'interprétation que l'Office national de l'énergie a donnée à l'expression «gisements» figurant à l'article 81 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* [L.R.C. (1985), ch. N-7] s'est vu attribuer un degré élevé de retenue par la présente Cour dans l'arrêt *Leroux c. Transcanada Pipelines Ltd.*, [1998] A.C.F. n° 724 (C.A.) (QL). De même, l'interprétation que le TCCE a donnée à certains classements de marchandises en vertu du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41] a été examinée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et accise—M.R.N.) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (C.A.F.) parce que la nature fortement technique de cette loi réduisait l'étendue de l'interprétation judiciaire des classements.

[29] En l'espèce, les questions ne se rapportant pas à la compétence qui font l'objet de l'examen ont essentiellement trait à l'application de principes en matière de droit commercial tels qu'ils sont énoncés dans les divers accords commerciaux, aux documents d'appel d'offres et aux faits de la réévaluation technique. Il s'agit essentiellement de questions de fait et de droit. Le Tribunal n'a pas entendu de témoignages oraux en l'espèce, mais il a néanmoins une expertise relative lorsqu'il analyse les documents d'appel d'offres, de sorte que la présente Cour doit faire preuve de retenue. Contrairement aux pures questions de droit qui ont été soulevées dans l'arrêt *Mattel*, lesquelles exigeaient l'interprétation de dispositions législatives non techniques, les questions de fait et de droit qui font l'objet du présent examen sont des questions particulièrement adaptées à l'expertise du TCCE. De fait, la quantité d'affaires dont le Tribunal

[30] As this Court stated in *Symtron* (*supra*, at page 540) the CITT is given “wide latitude when deciding [both] legal and factual matters within its jurisdiction”. This must be so if the procurement system is to function as Parliament intended. It would not be advisable for the Courts to undermine the Tribunal by undertaking to supervise in detail, on a correctness standard, every minute aspect of the complex decision-making process entrusted to the CITT with respect to government procurements.

[31] Hence, on the basis of the pragmatic and functional approach, and considering the four factors stressed by the Supreme Court of Canada and applied most recently in *Mattel*, the legal and factual issues within the jurisdiction of the Tribunal that are being challenged by this application must continue to be determined on the patent unreasonableness standard.

#### Analysis

[32] Siemens raised six different grounds upon which it seeks review of the CITT’s decision. I will deal with each issue in turn.

##### (a) Jurisdiction of CITT to Enforce Prior Procurement Decisions

[33] The first ground of review raised by Siemens is that the CITT failed to ensure that the re-evaluation complied with the previous decisions of the CITT and this Court regarding the flawed methodology and unreliable results of the initial evaluation. In Siemens’ submission, those decisions recognized that the initial evaluation of the proposals adopted the correct methodology under the RFP in all respects save one: the use of the compressed scale for passes and fails.

est saisi dans lesquelles pareilles questions sont soulevées indique que le TCCE et ses membres ont nécessairement acquis énormément d’expérience par rapport à l’expérience des cours dans ce domaine.

[30] Comme la présente Cour l’a dit dans la décision *Symtron* (précitée, à la page 540), 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». Pour que le système des marchés publics fonctionne comme le législateur l’entendait, il doit en être ainsi. Il ne serait pas opportun que les cours portent atteinte aux décisions du Tribunal en entreprenant une surveillance détaillée, selon la norme de la décision correcte, des moindres aspects du processus décisionnel complexe relevant du TCCE à l’égard des marchés publics.

[31] Par conséquent, selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle, et compte tenu des quatre facteurs signalés par la Cour suprême du Canada, lesquels ont été appliqués récemment dans l’arrêt *Mattel*, les questions juridiques et factuelles relevant de la compétence du Tribunal qui sont contestées au moyen de la présente demande doivent continuer à être tranchées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

#### Analyse

[32] Siemens a soulevé six motifs à l’appui du contrôle de la décision du TCCE. J’examinerai chaque question à tour de rôle.

##### a) Compétence du TCCE en ce qui concerne l’application des décisions antérieures en matière de marchés publics

[33] Selon le premier motif d’examen invoqué par Siemens, le TCCE ne s’est pas assuré que la réévaluation était conforme aux décisions qui avaient antérieurement été rendues, que ce soit par le Tribunal ou par la présente Cour, au sujet de la méthodologie viciée et des résultats peu fiables de l’évaluation initiale. De l’avis de Siemens, dans ces décisions, on reconnaissait que l’évaluation initiale des propositions utilisait la bonne méthodologie en vertu de la DP à tous les

That is, the first evaluation team improperly introduced a median figure “0.3” for a fail and “0.8” for a pass when computing the final scores. In the circumstances, Siemens argued that the CITT, in reviewing the re-evaluation of proposals, was bound to ensure that the re-evaluation proceeded in the same way as the initial evaluation but with the use of a pass/fail scale using the full range between “0” and “1”. In short, Siemens argued that the CITT, in reviewing the re-evaluation of the proposals, should have ensured that the re-evaluation proceeded on the basis of a simple recalculation of the scores on a full “0” to “1” scale instead of on the basis of an evaluation *de novo* according to the second handbook.

[34] All counsel agreed that this first ground of review involves a question going to the scope of the CITT’s jurisdiction. Specifically, the question is whether it is within the CITT’s legislative mandate to ensure that procurements are conducted in strict accordance with any court directions or CITT recommendations pronounced in earlier reviews of that particular procurement. According to the Tribunal, it is not. The CITT refused to entertain Siemens’ argument for the following reasons (at paragraphs 76-78):

The Tribunal notes that the issue is not to determine whether the directions of the Court or the recommendation of the Tribunal in relation to this solicitation have been properly implemented or fully complied with by the Department and DND. Rather, . . . the Tribunal is of the view that the implementation by the Department of its recommendation of July 21, 2000, effectively extended the procurement process for this solicitation and gave rise to the possibility of new challenges by potential suppliers, which are entitled to submit protests concerning any aspect of the procurement process. In this context, the Tribunal will consider and decide the grounds of complaint, properly filed by SWI, which allege that the conduct of the Department and DND in completing the re-evaluation breached the provisions of the RFP and the AIT. In so doing, the Tribunal will, of course, be mindful of the previous Court and Tribunal decisions in relation to this solicitation. However, the Tribunal will not review the extent to which the directions of the Court and the recommendation of the Tribunal have

égards sauf un: l’emploi de l’échelle tronquée pour les réussites et les échecs. En effet, en calculant les résultats finaux, la première équipe d’évaluation avait introduit à tort un chiffre médian «0,3» dans le cas d’un échec et «0,8» dans le cas d’une réussite. Siemens a soutenu que, dans ces conditions, le TCCE, en examinant la réévaluation des propositions, était tenu de s’assurer que la réévaluation soit effectuée de la même façon que l’évaluation initiale, mais en se servant d’une échelle de réussite et d’échec utilisant toute la gamme entre «0» et «1». Bref, Siemens a affirmé qu’en examinant la réévaluation des propositions, le TCCE aurait dû s’assurer que la réévaluation était effectuée sur la base d’un simple nouveau calcul des résultats selon une échelle allant de «0» à «1» plutôt que sur la base d’une nouvelle évaluation effectuée conformément au deuxième guide.

[34] Tous les avocats ont convenu que ce premier motif d’examen se rapporte à une question ayant trait à l’étendue de la compétence du TCCE. Plus précisément, il s’agit de savoir si, dans le cadre de son mandat législatif, le TCCE est tenu de s’assurer que les marchés publics sont passés strictement selon les directives données par la Cour ou selon les recommandations faites par le TCCE dans des examens antérieurs du marché public en cause. Selon le Tribunal, la question ne relève pas de sa compétence. Le TCCE a refusé d’examiner l’argument de Siemens, et ce, pour les motifs ci-après énoncés (aux paragraphes 76 à 78):

Le Tribunal fait observer que la question en litige n’est pas celle de savoir si le Ministère et le MDN ont correctement mis en œuvre les directives de la Cour ou la recommandation du Tribunal concernant cette invitation à soumissionner, ou s’ils s’y sont entièrement conformés. Plutôt, [ . . . ] le Tribunal est d’avis que la mise en œuvre par le Ministère de sa recommandation du 21 juillet 2000 a, de fait, prolongé la procédure de passation du marché public concernant cette invitation à soumissionner et donné lieu à la possibilité de nouvelles contestations par les fournisseurs potentiels, qui ont droit de contester tout aspect de la procédure de passation du marché public. Dans un tel contexte, le Tribunal examinera les motifs de plainte, correctement déposés par SWI, et statuera à leur égard, ces motifs alléguant que l’action du Ministère et du MDN dans l’exercice de réévaluation a contrevenu aux dispositions de la DP et de l’ACI. Dans son examen, le Tribunal tiendra évidemment compte des décisions antérieures rendues par la Cour et par le Tribunal relativement à cette invitation à

been complied with or implemented, because they do not constitute an aspect of the procurement process.

Article 506(6) of the AIT provides that “[t]he tender documents shall clearly identify the requirements of the procurement, the criteria that will be used in the evaluation of bids and the methods of weighting and evaluating the criteria”.

With respect to the first question raised by SWI, the Tribunal will not decide the extent to which the Department’s and DND’s actions in developing the re-evaluation methodology and in establishing the re-evaluation team complied with the Court’s directions and/or the Tribunal’s determination. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[35] Siemens argued that the CITT, in refusing to address the issue of enforcing past procurement decisions, took too narrow a view of its jurisdiction and, in so doing, committed a reversible error of law. Following the jurisprudential authority cited above (at paragraph 15), this Court must apply the most exacting standard of review to the CITT’s decision not to address this ground of the Siemens complaint, as that decision was based squarely on an assessment of its own jurisdiction. Applying this standard, I am satisfied that the CITT was correct to regard the enforcement of prior procurement decisions as a matter falling outside of its jurisdiction.

[36] On my reading of the CITT Act, the CITT only has the power to make recommendations in the event that it finds a complaint to be valid. Subsection 30.15(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] reads as follows:

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;

soumissionner. Cependant, le Tribunal n’examinera pas dans quelle mesure les directives de la Cour et la recommandation du Tribunal ont été respectées ou mises en œuvre, étant donné qu’il ne s’agit pas là d’un aspect de la procédure de passation du marché public.

Le paragraphe 506(6) de l’ACI prévoit que «[l]es documents d’appel d’offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l’évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d’évaluation des critères».

Pour ce qui concerne la première question soulevée par SWI, le Tribunal ne statuera pas sur la mesure dans laquelle les actions du Ministère et du MDN, lorsqu’ils ont élaboré la méthode de réévaluation et mis en place l’équipe de réévaluation, étaient conformes aux directives de la Cour ou à la décision du Tribunal. [Non souligné dans l’original; notes de bas de page omises.]

[35] Siemens a soutenu qu’en refusant d’examiner la question de l’application des décisions antérieurement rendues en matière de marchés publics, le TCCE a interprété d’une façon trop restrictive sa compétence et que, ce faisant, il a commis une erreur de droit susceptible de révision. Selon les arrêts susmentionnés (au paragraphe 15), la présente Cour doit appliquer une norme de contrôle particulièrement rigoureuse à la décision du TCCE de ne pas examiner ce motif de la plainte de Siemens, étant donné que la décision du Tribunal était carrément fondée sur une appréciation de sa propre compétence. Si j’applique cette norme, je suis convaincu que le TCCE a eu raison de considérer l’application de décisions antérieurement rendues en matière de marchés publics comme une question ne relevant pas de sa compétence.

[36] Selon l’interprétation que je donne à la Loi sur le TCCE, le Tribunal est uniquement autorisé à faire des recommandations dans le cas où il conclut à la validité de la plainte. Le paragraphe 30.15(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] se lit comme suit:

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) 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.

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.

According to subsection 30.18(1) [as enacted *idem*], the government institution to which the CITT has made a recommendation under subsection 30.15(2) shall, subject to the regulations, implement the recommendations "to the greatest extent possible". The balance of section 30.18 requires the government institution to advise the CITT in writing of the extent to which it has implemented the Tribunal's recommendations and, if applicable, to give the reasons why it has decided not to implement them fully:

### 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.

Apart from this advisory requirement, there does not appear to be any limitation on the government institution's discretion not to implement CITT recommendations.

[37] Siemens relied on the language of subsection 17(2) of the CITT Act which speaks of the CITT's powers of a superior court with regard to the enforcement of its orders. However, it should be noted that subsection 17(2) provides for "all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record" only "as regards the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction". Given that the CITT only possesses a recommendation power in respect of procurement complaints according to subsection 30.15(2), it is apparent that the enforcement of the Tribunal's

Selon le paragraphe 30.18(1) [édicte, *idem*], l'institution fédérale à qui le TCCE a fait une recommandation en vertu du paragraphe 30.15(2) doit, sous réserve des règlements, les mettre en œuvre «dans toute la mesure du possible». Le reste de l'article 30.18 exige que l'institution fédérale avise le TCCE par écrit de la mesure dans laquelle elle a donné suite à ses recommandations et, le cas échéant, qu'elle motive sa décision de ne pas les appliquer en totalité:

### 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.

À part cette exigence, il semble qu'aucune restriction ne soit imposée au pouvoir discrétionnaire que possède l'institution fédérale de ne pas donner suite aux recommandations du TCCE.

[37] Siemens s'est fondée sur le libellé du paragraphe 17(2) de la Loi sur le TCCE, qui prévoit que le TCCE a, pour l'exécution de ses ordonnances, les attributions d'une cour supérieure. Toutefois, il importe de noter que le paragraphe 17(2) prévoit que le TCCE a «les attributions d'une cour supérieure d'archives» uniquement «pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances, ainsi que pour toutes autres questions liées à l'exercice de sa compétence». Étant donné que, selon le paragraphe 30.15(2), le TCCE possède uniquement un pouvoir de recommandation à l'égard des plaintes relatives à des marchés publics, il est

recommendations is not within the CITT's jurisdiction. Accordingly, the "enforcement of orders" mentioned in subsection 17(2) does not, in my opinion, include orders enforcing the Tribunal's recommendations or the directions of this Court.

[38] I agree with the submission by counsel for the CITT that the extent to which such directions and recommendations are complied with is not an "aspect of the procurement process" which triggers the CITT's jurisdiction under subsection 30.11(1) of the CITT Act. Sections 7 [as am. by SOR/95-300, s. 7; 96-30, s. 5] and 11 of the Procurement Regulations and subsections 30.11(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] and 30.14(2) of the CITT Act clearly limit the CITT's inquiry to whether the procurement in question has complied with the terms of the applicable trade agreements.

[39] It should also be noted that Siemens has downplayed the nature and scope of the defects in the first handbook as identified by the CITT and this Court. Contrary to the position taken by Siemens, these defects cannot be corrected merely by recalculating the scores from the initial evaluation on the basis of a full "0" to "1.0" rating scale. Furthermore, the July 21, 2000 revised recommendation of the CITT clearly states that a re-evaluation should take place in accordance with the methodology described in the RFP and on the basis of the procedural rules in the AIT. The Department and DND did just that. Siemens has cited no authority for the proposition that the re-evaluations must take place only on the basis of the first evaluation handbook, except for the specific errors identified in a CITT or Court decision. In the result, the first ground of review must be dismissed.

(b) Re-evaluation Criteria and Article 506(6) of the AIT

[40] Under this second ground of review, Siemens contended that the re-evaluation methodology as

apparent que le TCCE n'a pas la compétence voulue pour donner suite à ses recommandations. Par conséquent, l'«exécution des ordonnances» dont il est fait mention au paragraphe 17(2) ne comprend pas, à mon avis, les ordonnances donnant suite aux recommandations du Tribunal ou aux directives de la présente Cour.

[38] Je souscris à l'argument de l'avocat du TCCE selon lequel la mesure dans laquelle pareilles directives et recommandations sont observées ne constitue pas un aspect de «la procédure des marchés publics» ayant pour effet de déclencher la compétence du TCCE en vertu du paragraphe 30.11(1) de la Loi sur le TCCE. Les articles 7 [mod. par DORS/95-300, art. 7; 96-30, art. 5] et 11 du Règlement sur les marchés publics et les paragraphes 30.11(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] et 30.14(2) de la Loi sur le TCCE limitent clairement l'enquête que le TCCE effectue au sujet de la question de savoir si le marché public en question était conforme aux conditions des accords commerciaux applicables.

[39] Il importe également de noter que Siemens a minimisé la nature et l'étendue des vices du premier guide d'évaluation tels qu'ils avaient été décelés par le TCCE et par la présente Cour. Contrairement à la position que Siemens a prise, il est impossible de corriger ces vices en calculant simplement de nouveau les résultats de l'évaluation initiale en fonction d'une échelle de cotation allant de «0» à «1,0». En outre, la recommandation révisée que le TCCE a faite le 21 juillet 2000 prévoit clairement qu'une réévaluation devrait avoir lieu conformément à la méthodologie décrite dans la DP et compte tenu des règles procédurales de l'ACI. C'est ce que le Ministère et le MDN ont fait. Siemens n'a mentionné aucun arrêt à l'appui de la thèse selon laquelle les réévaluations doivent uniquement être fondées sur le premier guide d'évaluation, sauf pour les erreurs précises mentionnées dans une décision du TCCE ou de la Cour. Il faut donc rejeter le premier motif d'examen.

b) Critères de réévaluation et paragraphe 506(6) de l'ACI

[40] En ce qui concerne le deuxième motif d'examen, Siemens a soutenu que la méthodologie de

developed in the second evaluation handbook deviated from the methodology established by the RFP and therefore breached Article 506(6) of the AIT. In particular, Siemens identified in the re-evaluation handbook an undisclosed subcriterion called “depth and experience of staff” in relation to Rated Requirements 6.0 and 7.0 of Annex “H” of the RFP. This, it argued, was a material deviation from the methodology set out in the RFP. In Siemens’ submission, the blanket application of that subcriterion amounted to an unfair repeated assessment of the same criterion and was wholly unforeseeable because bidders were required by the RFP to identify personnel and expertise only in relation to Rated Requirements 2.0, 3.0 and 4.0. Furthermore, the subcriterion was nowhere to be found in the initial evaluation of Rated Requirements 6.0 and 7.0 and therefore could not have been clearly identified in the RFP as required by Article 506(6).

[41] Article 506(6) of the AIT states, in part:

**Article 506 . . .**

6. The tender documents shall clearly identify the requirements of the procurement, the criteria that will be used in the evaluation of bids and the methods of weighting and evaluating criteria.

The CITT’s determination that the subcriterion “depth and experience of staff”, as applied to Rated Requirements 6.0 and 7.0, was to be anticipated on the language of the RFP is entitled to a high degree of deference. The evaluation of tender documents to assess compliance with the AIT is at the centre of the CITT’s jurisdiction and expertise (see subsection 30.14(2) of the CITT Act and section 11 of the Procurement Regulations).

[42] It is true that verbatim reference to the “depth and experience of staff” subcriterion only appears in relation to Rated Requirements 2.0, 3.0 and 4.0 in Annex “H” of the RFP. However, the CITT’s conclusion is supported in particular by section 2 of the RFP’s Section C which states that the evaluation of technical merit in Annex “H” shall assess, among

réévaluation telle qu’elle a été élaborée dans le deuxième guide d’évaluation dérogeait à la méthodologie établie par la DP et qu’elle allait donc à l’encontre du paragraphe 506(6) de l’ACI. En particulier, Siemens a trouvé dans le deuxième guide de réévaluation un sous-critère non divulgué appelé «connaissances et expérience du personnel» à l’égard des exigences cotées 6.0 et 7.0 de l’annexe «H» de la DP. Il a été soutenu qu’il s’agissait d’une dérogation importante à la méthodologie énoncée dans la DP. Selon Siemens, l’application générale de ce sous-critère constituait une nouvelle évaluation inéquitable du même critère et elle était tout à fait imprévisible parce que la DP obligeait les soumissionnaires à désigner le personnel et leur expertise uniquement à l’égard des exigences cotées 2.0, 3.0 et 4.0. En outre, le sous-critère ne figurait nulle part dans l’évaluation initiale des exigences cotées 6.0 et 7.0 et la DP n’aurait donc pas pu l’indiquer clairement comme l’exige le paragraphe 506(6).

[41] Le paragraphe 506(6) de l’ACI prévoit notamment ce qui suit:

**Article 506 [ . . . ]**

6. Les documents d’appel d’offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l’évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d’évaluation des critères.

La décision du TCCE selon laquelle le sous-critère «connaissances et expérience du personnel» tel qu’il s’applique aux exigences cotées 6.0 et 7.0 devait être anticipé et déduit à partir du libellé de la DP, doit faire l’objet d’un degré élevé de retenue. L’évaluation des documents d’appel d’offres destinée à assurer la conformité avec l’ACI relève de la compétence et de l’expertise du TCCE (voir le paragraphe 30.14(2) de la Loi sur le TCCE et l’article 11 du Règlement sur les marchés publics).

[42] Il est vrai que la mention textuelle du sous-critère «connaissances et expérience du personnel» ne figure qu’à l’égard des exigences cotées 2.0, 3.0 et 4.0 de l’annexe «H» de la DP. Toutefois, la conclusion du TCCE est étayée en particulier par l’article 2 de la section C de la DP, qui prévoit que l’évaluation de la valeur technique, à l’annexe «H», porte entre autres

other things, “the extent of additional experience above the minimum (mandatory) requirement”. In addition, there is a clear statement under heading II “Rated Requirements” at the beginning of Annex “H” that all of the Rated Requirements will be assessed on the resources and personnel tendered. I am satisfied that these references, together with various additional references to resources and personnel in the statement of work, lend adequate support to the Tribunal’s conclusion that the subcriterion “depth and experience of staff” was clearly signalled to the bidders by the language of the RFP.

[43] While an RFP must identify all major evaluation criteria, it is not required to identify all aspects of each criterion which might be taken into account, provided that the unidentified aspects are reasonably related to, or encompassed by, the express criterion. The CITT’s decision was not irrational, let alone clearly irrational. This ground of review must accordingly be dismissed.

#### (c) Ambiguity of the RFP

[44] Siemens argued in the alternative that if the RFP is indeed capable of supporting two different evaluation processes, each with different criteria and weightings, then its terms are clearly ambiguous in that they do not clearly identify the criteria and methods for weighting them in breach of Article 506(6) of AIT. That ambiguity was said to have prejudiced the Siemens bid because it led to the adoption of a completely different evaluation methodology according to which the Siemens proposal was found to be non-compliant. Siemens took particular exception to the following passage of the CITT’s reasons (at paragraph 79):

Insofar as the re-evaluation methodology is concerned, the Tribunal is of the view that the RFP and related SOW [Statement of Work] were open to a number of reasonable “decompositions” of their component parts for evaluation purposes. In the absence of any particular or specific “decomposition” prescribed in the RFP, the Tribunal is of the view that it was open to the Department and DND to adopt any “decomposition” that was consistent with the

choses sur «l’étendue de [l’]expérience au-delà du minimum “obligatoire” requis». De plus, sous le titre II «Exigences cotées» figurant au début de l’annexe «H», il est clairement déclaré que toutes les exigences cotées sont évaluées à l’égard des ressources et du personnel proposés. Je suis convaincu que ces mentions, ainsi que diverses mentions additionnelles des ressources et du personnel figurant dans l’énoncé du travail, étayent d’une façon adéquate la conclusion du Tribunal selon laquelle le libellé de la DP informait clairement les soumissionnaires du sous-critère «connaissances et expérience du personnel».

[43] Une DP doit indiquer les principaux critères d’évaluation, mais elle n’a pas à indiquer tous les aspects de chaque critère dont il sera peut-être tenu compte, à condition que les aspects non mentionnés aient un lien raisonnable avec le critère exprès ou qu’ils soient englobés dans ce critère. La décision du TCCE n’était pas irrationnelle, et encore moins clairement irrationnelle. Il faut donc rejeter ce motif d’examen.

#### c) Ambiguïté de la DP

[44] Siemens a affirmé subsidiairement que si la DP peut de fait étayer deux procédures d’évaluation différentes, comportant chacune des critères et des méthodes de pondération différents, ses conditions sont clairement ambiguës en ce sens qu’elles n’indiquent pas clairement les critères et méthodes permettant de les pondérer, et ce, en violation du paragraphe 506(6) de l’ACI. Il a été dit que cette ambiguïté avait nui à la soumission de Siemens parce qu’elle avait amené l’adoption d’une méthodologie d’évaluation tout à fait différente en vertu de laquelle la proposition de Siemens a été jugée non conforme. Siemens s’est opposée en particulier au passage suivant des motifs prononcés par le TCCE (paragraphe 79):

Pour ce qui a trait à la méthodologie élaborée pour la réévaluation, le Tribunal est d’avis que la DP et l’ÉT [l’énoncé du travail] y afférent laissent place à la possibilité d’un nombre raisonnable de «décompositions» de leurs éléments respectifs aux fins d’évaluation. En l’absence de toute «décomposition» déterminée ou particulière prescrite dans la DP, le Tribunal est d’avis que le Ministère et le MDN pouvaient retenir toute «décomposition» compatible

provisions of the RFP, which brings us to the second question.

[45] The Tribunal's opinion that the RFP was open to be broken into a number of simpler constituents for evaluation purposes is not unfair. It certainly does not amount to an admission that the RFP was ambiguous and therefore not in compliance with the requirements of Article 506(6) of the AIT. In my view, it is obvious that in order to render operational the criteria and weightings in an RFP so as to evaluate proposals, there must, of necessity, be a translation or descriptive process that, depending on the particular RFP in question, is capable of yielding a number of different formulations or "decompositions", each of which may be consistent with the methodology stated in the RFP. To find otherwise would, in my opinion, be unrealistic. What is of concern to the CITT in hearing a complaint under section 30.11 of the CITT Act is whether any particular decomposition identified in an evaluation or re-evaluation handbook is in fact logically consistent with the terms of the RFP. Therefore, the CITT's decision that the terms of the RFP were not ambiguous is not patently unreasonable. This ground of review must also be dismissed.

(d) Prejudice to Siemens by Virtue of Withholding Documents

[46] The CITT found that the Department and DND had contravened the "fair treatment of proposals" obligations outlined in Article 518 of the AIT when they decided to isolate the re-evaluation team from the documents submitted by Siemens to the initial evaluation team for the purposes of pre-qualifying the minimum mandatory requirements under section 1.3 of Section C of the RFP. This was because, in the Tribunal's view, technical evaluation criterion "2.0c C2" was virtually the same as the minimum requirement in section 1.3 of Section C of the RFP on which the first evaluation team had found Siemens compliant. According to the CITT, the failure to provide the re-evaluation team with the pre-qualifying documents (which did not form part of the actual Siemens proposal) in order to assess technical criterion "2.0c C2" therefore resulted in a material downgrading of

avec les dispositions de la DP, ce qui donne lieu à la deuxième question que doit trancher le Tribunal.

[45] L'avis du Tribunal selon lequel la DP pouvait être divisée en un certain nombre d'éléments plus simples aux fins de l'évaluation n'est pas inéquitable. Cela ne constitue certes pas un aveu selon lequel la DP est ambiguë, de sorte qu'elle n'est pas conforme aux exigences du paragraphe 506(6) de l'ACI. À mon avis, il est évident que, pour que les critères et les méthodes de pondération figurant dans une DP s'appliquent de façon à permettre l'évaluation des propositions, il doit nécessairement y avoir un processus de conversion ou un processus descriptif qui, selon la DP particulière en cause, peut entraîner un certain nombre de formulations ou de «décompositions» différentes, chacune pouvant être compatible avec la méthodologie énoncée dans la DP. À mon avis, il ne serait pas réaliste de conclure le contraire. Lorsqu'il instruit une plainte fondée sur l'article 30.11 de la Loi sur le TCCE, le TCCE se demande si une décomposition particulière mentionnée dans un guide d'évaluation ou de réévaluation est en fait logiquement compatible avec les conditions de la DP. La décision du TCCE selon laquelle les conditions de la DP n'étaient pas ambiguës n'est donc pas manifestement déraisonnable. Il faut également rejeter ce motif d'examen.

d) Préjudice causé à Siemens par suite de la non-communication de documents

[46] Le TCCE a conclu que le Ministère et le MDN avaient contrevenu aux obligations concernant le [TRADUCTION] «traitement équitable des propositions» énoncées à l'article 518 de l'ACI lorsqu'ils ont décidé d'isoler l'équipe de réévaluation d'une part, et les documents soumis par Siemens à l'équipe initiale d'évaluation, d'autre part, aux fins de la présélection relative aux conditions minimales obligatoires prévues à l'article 1.3 de la section C de la DP. Il en était ainsi parce que, de l'avis du Tribunal, le critère d'évaluation technique «2.0c C2» était presque identique à la condition minimale prévue à l'article 1.3 de la section C de la DP à laquelle Siemens s'était conformée, selon la première équipe d'évaluation. Selon le TCCE, l'omission de remettre à l'équipe de réévaluation les documents relatifs à la présélection (qui ne faisaient pas partie de la proposition même de

the evaluation results for the Siemens bid with respect to Rated Requirement 2.0 of Annex "H" of the RFP. However, the Tribunal determined that this error did not "substantively permeate and materially affect" the overall scoring of Rated Requirements 6.0 and 7.0 of the Siemens proposal and therefore was not grounds to provide a remedy.

[47] Siemens argued that there was no evidence upon which the CITT could have relied in arriving at its determination that the withholding of documents from the re-evaluation team did not materially affect Siemens' results for Rated Requirements 6.0 and 7.0. I am of the opinion that it is sufficient, in order to dispose of this ground, to note that Siemens has made no attempt to demonstrate how the specific contents of the withheld documents would have changed the assessment of the "depth and experience of staff" subcriterion applicable to the technical merits of its bid. Knowing the contents of these documents, Siemens was well placed to demonstrate the allegedly detrimental effect of their absence during the technical re-evaluation of Rated Requirements 6.0 and 7.0. However, it has not attempted to do so in any substantive manner. On my analysis, the Tribunal's conclusion on this issue was not patently unreasonable.

(e) Withholding Fleetway Proposal from Re-evaluation

[48] Siemens argued that the decision of the Department and DND to re-evaluate the technical merits of only two of the three bid proposals constituted a clear deviation from the CITT's July 21, 2000 recommendations, which the Tribunal should have enforced when addressing the Siemens complaint. This ground of review relates back to the first ground regarding the jurisdiction of the CITT to enforce prior procurement decisions. Given my view that the CITT was correct to limit itself to being mindful of past decisions (see paragraphs 33-38, *supra*), I can find no error in its refusal to address the enforcement aspect of the

Siemens) afin d'évaluer le critère technique «2.0c C2» a eu un effet à la baisse sensible sur les résultats de l'évaluation de la soumission de Siemens à l'égard de l'exigence cotée 2.0 de l'annexe «H» de la DP. Toutefois, le Tribunal a conclu que cette erreur «n'a pas déteint de façon importante» sur l'évaluation globale et sur la cotation des sections 6.0 et 7.0 de la proposition de Siemens et «n'a pas eu sur elles d'effet sensible» de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'accorder une réparation.

[47] Siemens a soutenu qu'il n'existe aucun élément de preuve sur lequel le TCCE aurait pu se fonder en concluant que la non-communication de documents à l'équipe de réévaluation n'avait pas eu d'effet sensible sur les résultats obtenus par Siemens à l'égard des exigences cotées 6.0 et 7.0. J'estime que, pour régler ce motif, il suffit de noter que Siemens n'a pas tenté de démontrer de quelle façon le contenu précis des documents non communiqués aurait eu pour effet de modifier l'évaluation du sous-critère «connaissances et expérience du personnel» applicable à la valeur technique de sa soumission. Puisqu'elle connaissait le contenu de ces documents, Siemens était bien placée pour démontrer le présumé effet préjudiciable de leur absence au cours de la réévaluation technique des conditions assujetties à une exigence cotée 6.0 et 7.0. Toutefois, elle n'a pas vraiment tenté de le faire. Selon l'analyse que j'ai effectuée, la conclusion que le Tribunal a tirée sur ce point n'était pas manifestement déraisonnable.

e) Non-communication de la proposition de Fleetway aux fins de la réévaluation

[48] Siemens a soutenu que la décision qu'avaient prise le Ministère et le MDN de réévaluer la valeur technique de seulement deux des trois propositions allait clairement à l'encontre des recommandations que le TCCE avait faites le 21 juillet 2000, auxquelles le Tribunal aurait dû donner suite en examinant sa plainte. Ce motif d'examen est lié au premier motif concernant la compétence que possède le TCCE lorsqu'il s'agit d'appliquer les décisions antérieurement rendues en matière de marchés publics. Étant donné que j'estime que le TCCE a eu raison de se contenter de tenir compte des décisions passées (voir

Siemens complaint on this ground.

[49] It is noteworthy that the CITT nonetheless addressed the fairness aspect of the decision to withhold the Fleetway proposal from re-evaluation. It concluded that each proposal was re-evaluated on its own merits and that the evaluation methodology reflected in the solicitation documents did not involve a comparative analysis and rating of the proposals received. On this basis, the CITT came to the conclusion that the Siemens bid could not have been prejudiced by the withholding of the Fleetway proposal from re-evaluation on the basis that its technical proposals were identical to the joint MIL/Fleetway bid. I have not been convinced that this view of the re-evaluation is patently unreasonable.

(f) Departmental Bias: Drafting Second Handbook with Knowledge of Fleetway Bid

[50] On the final ground of judicial review, Siemens alleged that the Department's legal counsel reviewed the Fleetway proposal before the evaluation criteria had been developed by the re-evaluation team. Given that legal counsel were an integral part of the re-evaluation team, Siemens submitted that there must be, at the very least, an appearance of bias or lack of fairness in the re-evaluation process. The CITT found the Siemens allegation to be groundless and concluded that the re-evaluation handbook had been prepared before the re-evaluators became aware of the contents of any of the proposals submitted. Nothing in Siemens' submission leads me to believe that the CITT's conclusion in respect of this ground was clearly irrational.

Disposition

[51] I would dismiss the application for judicial review. The respondent Department shall have its

les paragraphes 33 à 38 ci-dessus), je ne puis constater l'existence d'aucune erreur dans son refus d'examiner l'aspect «application» de la plainte de Siemens sur ce point.

[49] Il importe de noter que le TCCE a néanmoins examiné l'aspect «équité» de la décision de ne pas communiquer la proposition de Fleetway aux fins de la réévaluation. Il a conclu que chaque proposition était réévaluée selon les faits qui lui étaient propres et que la méthodologie d'évaluation dont faisaient état les documents d'appel d'offres ne comportait pas une analyse comparative et la cotation des propositions reçues. Cela étant, le TCCE a conclu que la non-communication de la proposition de Fleetway aux fins de la réévaluation ne pouvait pas avoir porté atteinte à la soumission de Siemens pour le motif que ses propositions techniques étaient identiques à la soumission conjointe de MIL/Fleetway. Je ne suis pas convaincu que ce point de vue soit manifestement déraisonnable.

f) Partialité du Ministère qui a rédigé le deuxième guide alors qu'il était au courant de la soumission de Fleetway

[50] Quant au dernier motif de contrôle judiciaire, Siemens a allégué que les avocats du Ministère avaient examiné la proposition de Fleetway avant l'élaboration des critères d'évaluation par l'équipe de réévaluation. Elle a soutenu qu'étant donné que les avocats faisaient partie intégrante de l'équipe de réévaluation, il doit à tout le moins y avoir une apparence de partialité ou un manque d'équité dans la procédure de réévaluation. Le TCCE estimait que l'allégation de Siemens était dénuée de fondement et il a conclu que le guide de réévaluation avait été préparé avant que les nouveaux évaluateurs eussent pris connaissance du contenu des propositions soumises. Il n'y a rien dans la prétention de Siemens qui me fasse croire que la conclusion que le TCCE a tirée sur ce point est clairement irrationnelle.

Dispositif

[51] Je rejeterais la demande de contrôle judiciaire. Le Ministère défendeur a droit à ses dépens. Les

costs. The respondents MIL and Fleetway, together, shall be entitled to one set of costs. There will be no costs for or against the intervener, CITT.

LINDEN J.A.: I agree.

ISAAC J.A.: I agree.

défenderesses MIL et Fleetway ont conjointement droit à un seul mémoire de frais. Il n'y aura pas de dépens adjugés en faveur ou à l'encontre de l'intervenant, le TCCE.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris à cet avis.