

	T-374-95		T-374-95
<b>LGS Group Inc. (Applicant)</b>		<b>LGS Group Inc. (requérante)</b>	
v.		c.	
<b>The Attorney General of Canada (Respondent)</b>		<sup>a</sup> <b>Le procureur général du Canada (intimé)</b>	
and		et	
<b>Lee Daws (Intervenor)</b>		<sup>b</sup> <b>Lee Daws (intervenant)</b>	
<i>INDEXED AS: LGS GROUP INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: LGS GROUP INC. c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (1re INST.)</i>	
Trial Division, Gibson J.—Ottawa, June 5 and August 18, 1995.		<sup>c</sup> Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 5 juin et 18 août 1995.	
<i>Administrative law — Judicial review — Certiorari — Decision of Minister of Public Works and Government Services to rescind contract with applicant — Minister seeking proposals for design of demonstration environment for logistic, administrative support of DND weapons systems — Applicant's proposal accepted by Minister — Allegation of conflict of interest based on intervenor's participation in development of applicant's proposal — Contract rescinded by Minister for failure to comply with conflict of interest code — Decision to rescind subject to judicial review — No reviewable error by Minister — Duty of fairness to applicant met.</i>		<sup>d</sup> <i>Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux de résoudre le marché conclu avec la requérante — Le ministre a demandé des propositions pour la conception d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN — Le ministre a accepté la proposition de la requérante — Une allégation de conflit d'intérêts a été formulée parce que l'intervenant avait participé à l'élaboration de la proposition de la requérante — Le ministre a résolu le marché pour non-respect du code sur les conflits d'intérêts — La décision de résoudre le marché est assujettie au contrôle judiciaire — Le ministre n'a commis aucune erreur pouvant donner lieu au contrôle judiciaire — Le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté.</i>	
<i>Crown — Contracts — Contract between applicant and Minister of Public Works rescinded for failure by former public office holder to comply with conflict of interest provisions — Intervenor deriving direct benefit from contract — Term "contract" including solicitation process — Must be given broad interpretation commensurate with purpose, principles of conflict of interest code.</i>		<sup>f</sup> <i>Couronne — Contrats — Le marché conclu entre la requérante et le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux a été résolu pour non-respect des dispositions régissant les conflits d'intérêts par un ancien titulaire de charge publique — L'intervenant a tiré directement avantage du contrat — Le terme «contract» inclut le processus d'appel d'offres — Il doit recevoir une interprétation large à la mesure de l'objet et des principes du code régissant les conflits d'intérêts.</i>	
<i>Public Service — Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Issued by Treasury Board under Financial Administration Act, s. 11(2) — Decisions under conflict of interest provisions amenable to judicial review — Former CAF colonel disclosing "insider information" to applicant in preparing proposal for DND project — Deriving direct benefit from contract — Not paid substantial fees for mere "word-smithing" — Breach of CFAO 19-37 (Canadian Forces Administrative Orders) — No duty of fairness owed to intervenor.</i>		<sup>h</sup> <i>Fonction publique — Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — Publié par le Conseil du Trésor en vertu de l'art. 11(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques — Les décisions rendues par application des dispositions régissant les conflits d'intérêts peuvent donner lieu au contrôle judiciaire — Un ancien colonel des FAC a divulgué des «renseignements d'initié» à la requérante dans la préparation de sa proposition pour le projet du MDN — Il a tiré directement avantage du contrat — Il n'a pas été rémunéré pour simple «polissage de texte» — Violation de l'OAF 19-37 (Ordonnances administratives des Forces canadiennes) — Aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant.</i>	
<i>Armed forces — Retired colonel hired as consultant to corporation seeking DND contract — Formerly headed office</i>		<sup>j</sup> <i>Forces armées — Un colonel à la retraite a été embauché en qualité de consultant par une société qui voulait obtenir un</i>	

*recommending project in question — Paid \$38,000 for three months' consulting — Not paid such fee for mere editing or "wordsmithing" — Only colonel and few others knew mindset of those reviewing contract proposals — Contract rescinded by Public Works for breach of CFAO 19-37, Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Decision made by proper authority, Minister of Public Works, not by Admiral who merely prepared briefing note for Minister of National Defence.*

This was an application for judicial review of the decision of the Minister of Public Works and Government Services to rescind a contract between the Minister and the applicant. In November 1994 the Minister issued a request for proposals on behalf of the Department of National Defence (DND) for the design and implementation of a demonstration environment for the logistic and administrative support of DND weapons systems. In preparing its proposal, subsequently accepted by the Minister, the applicant hired a former colonel in the Canadian Armed Forces, the intervenor herein, as an independent contractor. The intervenor, who had taken advantage of an early retirement incentive program, previously headed the very office which recommended the request for proposals with respect to the project in question. Under section 28 of DSS-MAS 9676, which formed part of the general terms and conditions of the contract, no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this contract. An allegation of a possible conflict of interest and unfair advantage to the applicant arose out of the intervenor's participation in the development of the applicant's proposal. The latter denied that the intervenor had in any way released "privileged" or "insider" information, stating that his involvement was public knowledge and known at DND. The Minister rescinded the contract for failure to comply with the Conflict of Interest Code and the CFAO 19-37 (Canadian Forces Administrative Orders). The issues were: 1) whether the decision to rescind the contract was subject to judicial review, and 2) if so, whether there was any reviewable error.

*Held*, the application should be dismissed.

1) Decisions under the conflict of interest provisions for former public office holders are amenable to judicial review. The Federal Court of Appeal decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 695, is determinative of the jurisdictional issue. In that case it was said that the Minister's power related to the tender "may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the

*contrat du MDN — Il avait dirigé le bureau qui avait recommandé le projet en cause — Il a reçu la somme de 38 000 \$ pour trois mois de travail en qualité de consultant — Il n'a pas reçu pareille rémunération pour de simples services de révision ou de «polissage de texte» — Seuls le colonel et un nombre restreint d'autres personnes connaissaient l'attitude bien ancrée des personnes qui étudieraient les propositions — Le marché a été résolu par Travaux publics pour violation de l'O AFC 19-37 et du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — La décision a été rendue par l'autorité compétente, le ministre des Travaux publics, et non par l'amiral qui a simplement préparé une note de synthèse pour le ministre de la Défense nationale.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a résolu le marché conclu entre le ministre et la requérante. En novembre 1994, le ministre a présenté une demande de propositions au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour la conception et la mise en place d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN. Pour la préparation de sa proposition, qui a par la suite été acceptée par le ministre, la requérante a retenu les services d'un ancien colonel des Forces armées canadiennes, l'intervenant en l'espèce, en qualité d'entrepreneur indépendant. L'intervenant, qui s'était prévalu d'un programme d'encouragement à la retraite anticipée, avait dirigé le bureau même qui avait recommandé qu'une demande de propositions soit faite pour le projet en cause. En vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, qui faisait partie des conditions générales du marché, aucun ancien titulaire d'une charge publique au sein du gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux dispositions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat. Une allégation a été formulée selon laquelle il était possible qu'il y ait conflit d'intérêts et que la requérante ait tiré un avantage indu de la participation de l'intervenant à l'élaboration de sa proposition. La requérante a nié que l'intervenant ait, de quelque façon que ce soit, divulgué des renseignements «privilegiés» ou «d'initié» et elle a affirmé que sa participation était de notoriété publique et connue du MDN. Le ministre a résolu le marché pour violation du Code régissant les conflits d'intérêts et de l'O AFC 19-37 (Ordonnances administratives des Forces canadiennes). Les questions à trancher étaient les suivantes: 1) La décision de résoudre le marché était-elle assujettie au contrôle judiciaire? 2) Dans l'affirmative, une erreur justifiant l'exercice de ce contrôle a-t-elle été commise?

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Les décisions rendues en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts applicables aux anciens titulaires d'une charge publique sont susceptibles de contrôle judiciaire. La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 695, est concluante quant à la question de la compétence. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que le pouvoir du ministre relativement

authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity". Although the Minister's power to enter into contracts derives from a separate statutory provision, section 16 of the *Department of Supply and Services Act*, the Minister is still subject in the exercise of that power to regulations enacted by the Governor in Council. By analogy from *Cousineau*, decisions related to the tendering process for government contracts pursuant to the legislative scheme herein are amenable to judicial review; this rationale applies to the Minister's actions as a contracting party in rescinding a contract as well as to his actions in entering into a contract. The very basis of the rescission was that the proposal misrepresented compliance with the terms and conditions of the solicitation process. Based on the liberal and inclusive approach to the scope of judicial review approved of by the Court of Appeal, the rescission decision of the Minister was made by a "federal board, commission or other tribunal" as defined in section 2 of the *Federal Court Act* and was amenable to judicial review.

2) Three questions had to be answered in resolving the issue of reviewable error. It must first be decided whether the rescission decision was made by the proper authority. The submission of the applicant and intervenor, that Admiral Saker was in fact the decision maker, was not supported by the evidence. The Admiral prepared a briefing note for the Minister of National Defence and it was the latter who decided that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37. But it was the Minister of Public Works who rescinded the contract. The second question is whether there was evidence before the Minister of National Defence on which to base his finding. Treasury Board has issued the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* under subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*. The intervenor was found not to be in compliance with paragraph 11 of CFAO 19-37 which prohibits members or former members of the Canadian Forces from disclosing "insider information" concerning the programs or policies of the CF until that information becomes generally available to the public. The role of the Court was not to determine whether in fact there had been a breach of CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 but whether the finding by the Minister was in error based on the material before him and his advisors. The opinion formed by Admiral Saker as to a breach of paragraph 11 by the intervenor was reasonably open on the material before him and, through him, the decision maker. The giving by the intervenor of advice regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal and of key words and phrases to be emphasized or avoided is counsel, for commercial purposes, concerning the programs or policies of the Canadian Forces and not, as suggested by the applicant, mere editing or "wordsmithing". Intervenor would not have been paid \$38,000 for three months' work of that description. Only he and a very few others were privy to the mindset of those who would review contract proposals. It was reasonably open to the deci-

aux appels d'offres «ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque». Bien que le pouvoir du ministre de passer des marchés découle d'une disposition législative distincte, soit l'article 16 de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, l'exercice de ce pouvoir par le ministre demeure assujéti aux règlements pris par le gouverneur en conseil. Par analogie avec l'affaire *Cousineau*, les décisions concernant le processus d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché public, prises en vertu du régime législatif en cause, sont assujéties au contrôle judiciaire; ce raisonnement s'applique aussi bien aux actes accomplis par le ministre en sa qualité de partie contractante, à l'occasion de la résolution d'un marché, qu'à ses actes accomplis en vue de la passation d'un marché. Le véritable motif de la résolution tient au fait que la proposition contenait une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des modalités du processus d'appel d'offres. Par application de la conception libérale et englobante de la portée du contrôle judiciaire prônée par la Cour d'appel, la décision du ministre de résoudre le marché a été prise par un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et elle était assujéti au contrôle judiciaire.

2) Pour trancher la question de l'erreur pouvant donner lieu à l'exercice du contrôle judiciaire, il faut répondre à trois questions. Il faut d'abord déterminer si la décision de résoudre le contrat a été prise par l'autorité compétente. La prétention de la requérante et de l'intervenant portant que l'amiral Saker est en fait l'auteur de la décision n'était pas étayée par la preuve. L'amiral a préparé une note de synthèse à l'intention du ministre de la Défense nationale et c'est ce dernier qui a pris la décision portant que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'OAF 19-37. Toutefois, c'est le ministre des Travaux publics qui a résolu le marché. La deuxième question à résoudre est celle de savoir si le ministre de la Défense nationale disposait d'éléments de preuve sur lesquels fonder sa décision. Le Conseil du Trésor a publié le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Il a été jugé que l'intervenant avait contrevenu au paragraphe 11 de l'OAF 19-37 qui interdit à tous les membres ou les anciens membres des Forces canadiennes de divulguer des «renseignements d'initié» touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes avant qu'ils deviennent accessibles au public en général. Le rôle de la Cour ne consistait pas à déterminer s'il y avait bel et bien eu infraction à l'OAF 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, mais plutôt si la conclusion du ministre portant qu'une telle infraction avait été commise était erronée d'après les documents dont lui et les personnes qui l'ont conseillé disposaient. L'opinion à laquelle est parvenu l'amiral Saker quant à la violation du paragraphe 11 par l'intervenant était raisonnablement possible, compte tenu des documents dont disposaient l'amiral Saker et, par son entremise, l'auteur de la décision. Les conseils donnés par l'intervenant concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner la proposition de la requérante, les mots-clés et les expressions à mettre en évidence ou à éviter, consti-

sion maker, on the basis of the evidence before him, to find that the intervenor was not in compliance with paragraph 11 of CFAO 19-37. If the term "contract" in section 28 of DSS-MAS 9676 were read so as to exclude the solicitation process, a substantial element of the purpose of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* would be in part defeated and that provision would be of no consequence. Section 28 must not be read so as to exempt from scrutiny actions of former public office holders and contractors who mutually benefit from "insider" or "confidential" knowledge merely because the benefit occurs in the process of obtaining a contract and not in fulfilling it. The term "contract" must be given a broad interpretation commensurate with the purpose and principles of the Conflict of Interest Code. Based on this interpretation the intervenor derived a "direct benefit" from the solicitation process by way of the substantial remuneration received for assisting the applicant in preparing its response to the RFP. The decision to rescind the contract was not made without regard to the issue of whether the intervenor derived "any direct benefit from the contract" or in a manner that so lacked consideration of that question as to constitute a reviewable error on the part of the Minister. The last question is whether procedural fairness was required and accorded. The process as described in the record established that the applicant knew the case to be met and had a full opportunity to present its case in a time frame that was reasonable in all the circumstances. No allegation of bias having been raised, the duty of fairness to the applicant was met. The respondent did not owe a duty of fairness to the intervenor; in any case the opportunity provided indirectly for the intervenor to explain his role and the respondent's consideration of the latter's response met any minimal duty owed.

tuent des conseils touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à des fins commerciales, et non de la simple révision ou du «polissage de texte» comme le prétendait la requérante. L'intervenant n'aurait pas reçu une rémunération de 38 000 \$ sur une période de trois mois pour ce type de services. Seuls l'intervenant et un nombre très restreint d'autres personnes connaissaient l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner les propositions. Compte tenu de la preuve soumise à l'auteur de la décision, il lui était raisonnablement possible de statuer que l'intervenant ne s'était pas conformé au paragraphe 11 de l'OAFC 19-37. Si le terme «contrat» figurant à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 était interprété comme excluant le processus d'appel d'offres, un élément substantiel de l'objet du *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* ne pourrait être atteint et cette disposition serait sans effet. L'article 28 ne doit pas être interprété de façon à soustraire à tout examen les actes des anciens titulaires de charge publique et entrepreneurs qui bénéficient mutuellement de renseignements «d'initié» ou «confidentiels», simplement parce qu'ils tirent cet avantage dans le cadre du processus d'obtention du marché plutôt que dans l'exécution du marché. Le terme «contrat» doit recevoir une interprétation large à la mesure de l'objet et des principes du Code régissant les conflits d'intérêts. Si on applique cette interprétation, l'intervenant a tiré «directement avantage» du processus d'appel d'offres en recevant une rémunération substantielle pour aider la requérante à préparer sa réponse à la demande de propositions. La décision de résoudre le marché n'a pas été prise sans égard à la question de savoir si l'intervenant a tiré «directement avantage du contrat» ou en tenant si peu compte de cette question que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire. La dernière question est celle de savoir si l'équité procédurale devait être respectée et si elle l'a été. Le processus décrit dans le dossier établit que la requérante connaissait les faits qui lui étaient reprochés et qu'elle a eu pleinement l'occasion de faire valoir son point de vue dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances. Aucune allégation de partialité n'ayant été faite, le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté. L'intimé n'avait aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant; quoi qu'il en soit, l'occasion fournie indirectement à l'intervenant d'expliquer son rôle et l'examen par l'intimé de la réponse de l'intervenant satisfaisaient aux exigences minimales applicables.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Forces Administrative Orders*, 19-37.  
*Department of Supply and Services Act*, R.S.C., 1985, c. S-25, ss. 5(2), 16, 17, 18.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).  
*Federal Real Property Act*, S.C. 1991, c. 50, s. 16(2)(b).  
*Federal Real Property Regulations*, SOR/92-502, s. 4(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art.1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 18(2).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81), 41(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50).  
*Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.C. (1985), ch. S-25, art. 5(2), 16, 17, 18.

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 11(2) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81), 41(1).  
*Government Contract Regulations*, SOR/87-402, ss. 5, 7 (as am. by SOR/91-651, s. 3).  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 18(2).

a

*Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, art. 16(2)b).  
*Ordonnances administratives des Forces canadiennes*, 19-37.  
*Règlement concernant les immeubles fédéraux*, DORS/92-502, art. 4(1).  
*Règlement sur les marchés de l'État*, DORS/87-402, art. 5, 7 (mod. par DORS/91-651, art. 3).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1618 (éditée, *idem*).

b

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 695 (C.A.).

c

## APPLIED:

*Peet v. Canada (Attorney General)*, [1994] 3 F.C. 128; (1994), 78 F.T.R. 44 (T.D.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

d

## AUTHORS CITED

*Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders*. Ottawa: Office of the Ethics Counselor, 1994.  
 Treasury Board of Canada. *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

e

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION SUIVIE:

*Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 695 (C.A.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Peet c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 C.F. 128; (1994), 78 F.T.R. 44 (1<sup>re</sup> inst.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

## DOCTRINE

*Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat*. Ottawa: Bureau du conseiller en éthique, 1994.  
 Conseil du Trésor du Canada. *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*. Ottawa: Approvisionnements et Services, 1985.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Minister of Public Works and Government Services to rescind a contract between the Minister and the applicant. Application dismissed.

g

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a résolu un marché conclu entre le ministre et la requérante. Demande rejetée.

## COUNSEL:

*Barbara McIsaac*, Q.C., for applicant.  
*Michael F. Ciavaglia* and *Ian D. McCowan* for respondent.  
*Anne M. Mullins* and *Eric Gionet* for intervenor.

h

## AVOCATS:

*Barbara McIsaac*, c.r., pour la requérante.  
*Michael F. Ciavaglia* et *Ian D. McCowan* pour l'intimé.  
*Anne M. Mullins* et *Eric Gionet* pour l'intervenant.

## SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

j

## PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Ottawa, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, for intervenor.

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

GIBSON J.: These reasons arise out of an application for judicial review of the decision of the Minister of Public Works and Government Services (the Minister) to rescind contract W8464-4-CA03/01-ER, dated January 30, 1995, between the Minister, representing Her Majesty the Queen in right of Canada, and the applicant. The decision to rescind is dated February 17, 1995.

The applicant seeks an order declaring the decision of the Minister to be invalid and unlawful, and an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Minister. In effect, this relief, if ordered, would see the reinstatement of the contract. The intervenor supports the relief sought.

## I. FACTS AND BACKGROUND

On November 17, 1994 the Minister issued a request for proposals (RFP) on behalf of the Department of National Defence (DND) seeking proposals for the design and implementation of a demonstration environment for the logistic and administrative support of DND weapons systems. The project was termed the CALS/CAPERRS Demonstration Environment (CCDE). CALS is an acronym for "Continuous Acquisition and Life Cycle Support" and CAPERRS is an acronym for "Computer Assisted Publishing and Electronic Records Retrieval System". The intent of the CCDE project was described in the RFP as follows:

... [to] demonstrate the use of information technology applied to improved work processes to achieve substantial productivity gains; promote user acceptance of new technologies by demonstrating their advantages; and accumulate lessons learned on a small scale in order to reduce risks involved in larger scale implementations that will follow.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 2, par. 3.

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE GIBSON: Les présents motifs visent la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministre) a résolu le marché W8464-4-CA03/01-ER passé le 30 janvier 1995 entre le ministre, au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, et la requérante. La décision de résoudre le marché est datée du 17 février 1995.

La requérante sollicite une ordonnance prononçant la nullité et l'illégalité de la décision du ministre, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision du ministre. En fait, si le redressement demandé est accordé, le contrat sera rétabli. L'intervenant appuie la demande de redressement de la requérante.

## I. LES FAITS ET LE CONTEXTE

Le 17 novembre, 1994, le ministre a présenté une demande de propositions au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) en vue d'obtenir des propositions pour la conception et la mise en place d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN. Ce projet portait le nom de CALS/CAPERRS Demonstration Environment (CCDE). CALS est un acronyme formé à partir des mots «*Continuous Acquisition and Life Cycle Support*», qui signifient «Acquisition et soutien logistique assistés par ordinateur», et CAPERRS est un acronyme formé à partir des mots «*Computer Assisted Publishing and Electronic Records Retrieval System*», qui signifient «Système d'édition assisté par ordinateur et de recouvrement électronique des dossiers». La demande de propositions décrivait ainsi l'objet du projet CCDE:

[TRADUCTION] ... faire la démonstration de l'utilisation de la technologie de l'information appliquée à l'amélioration des méthodes de travail dans le but d'accroître substantiellement la productivité; promouvoir l'acceptation des nouvelles technologies par les usagers en en démontrant les avantages; acquérir de l'expérience sur une petite échelle de façon à réduire les risques liés à l'implantation subséquente sur une plus grande échelle<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 2, par. 3.

CALS/CAPERES technology is essentially an approach to information management which uses computer assisted technology to allow virtually instantaneous communication by electronic means as a replacement for paper/written communication. In other words, as described by the intervenor, it is a management strategy for doing business in a paperless environment. For example, CALS was apparently used in the design of the Boeing 777 aircraft by an international team which communicated design and logistic changes virtually instantaneously via integrated computer systems.

On January 30, 1995, the Minister accepted the applicant's proposal which formed the basis for a contract with the Department of Public Works and Government Services (Public Works) for the design phase of CCDE. In preparing its proposal, the applicant had employed Lee Daws, the intervenor in this matter, as an independent contractor. The intervenor is a former colonel in the Canadian Armed Forces who left the Armed Forces under an early retirement incentive program on September 15, 1994. From July of 1993 until his retirement, the intervenor was Director of Engineering, Maintenance and Planning Standardization and incident to this position, headed the CALS office at DND.

On February 2, 1995, Public Works called a meeting with the applicant to discuss an allegation by an unnamed complainant of a possible conflict of interest and unfair advantage to the applicant arising out of the intervenor's participation in the development of the applicant's proposal. Immediately following this meeting, the applicant received the following faxed request from Public Works:

... as stated during our meeting we are requesting a statement of Mr. Daws' involvement in the solicitation phase of the formulation of the LGS bid, and your explanation as to how this involvement relates to the post employment provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service. More specifically, if your view is that there is no problem, as you stated during our meeting, a detailed explanation of why there is no problem will enable both the Minister

La technologie CALS/CAPERES est essentiellement une méthode de gestion de l'information utilisant la technologie assistée par ordinateur aux fins de remplacer la communication sur papier ou écrite par une communication presque instantanée par voie électronique. L'intervenant la décrit, en d'autres termes, comme une stratégie de gestion des affaires sans papier. Par exemple, la technologie CALS aurait été utilisée pour la conception du Boeing 777 par une équipe internationale dont les membres se communiquaient toute modification de la conception et de la logistique, presque instantanément, à l'aide de systèmes informatiques intégrés.

Le 30 janvier 1995, le ministre a accepté la proposition de la requérante qui a donné lieu à la passation d'un marché avec le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (Travaux publics) pour l'étape de la conception du projet CCDE. Pour la préparation de sa proposition, la requérante a retenu les services de Lee Daws, l'intervenant, en qualité d'entrepreneur indépendant. L'intervenant est un ancien colonel des Forces armées canadiennes qui a quitté l'armée en se prévalant d'un programme d'encouragement à la retraite anticipée le 15 septembre 1994. Entre le mois de juillet 1993 et la date de sa retraite, l'intervenant a exercé les fonctions de Directeur—génie et maintenance (planification et normalisation); accessoirement à ses tâches, il dirigeait le bureau responsable de la technologie CALS au MDN.

Le 2 février 1995, Travaux publics a convoqué une réunion avec la requérante pour discuter d'une alléga-tion formulée par un plaignant non identifié selon laquelle il était possible qu'il y ait conflit d'intérêts et que la requérante ait tiré un avantage indu de la participation de l'intervenant à l'élaboration de sa proposition. Immédiatement après cette réunion, la requérante a reçu par télécopieur la demande de renseignements suivante de la part de Travaux publics:

[TRADUCTION] ... tel que nous l'avons mentionné au cours de notre réunion, nous vous demandons de préciser quelle a été la participation de M. Daws à l'étape des appels d'offre en ce qui concerne la formulation de la soumission de LGS et de nous expliquer comment cette participation se situe par rapport aux dispositions d'après-mandat énoncées dans le Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique. Plus particulièrement, si vous êtes d'avis

to respond to the complainant as well as to determine what the fate of the contract with LGS will be.<sup>2</sup>

On this date the applicant also received a stop work order, effective immediately, issued pursuant to section 22 (the "Suspension of Work" provision) of the general conditions forming part of the contract between the applicant and the Minister. This order requested the applicant "to show cause why we should not take further action to dissolve or terminate this contract for failure to comply with the terms and conditions applicable to both the solicitation prior to the contract and the contract itself".<sup>3</sup>

In response, the applicant wrote to Public Works on February 3, 1995 denying the intervenor had in any way released "privileged" or "insider" information to the applicant and stating the intervenor's participation was public knowledge and known at DND.<sup>4</sup> The applicant again responded, through its solicitors on February 7, 1995, with a detailed account of the intervenor's involvement in light of the provisions the applicant assumed were at issue: section 28 of DSS-MAS 9676 which formed part of the general terms and conditions of the contract; and the CFAO 19-37 [*Canadian Forces Administrative Orders*] the conflict of interest and post-employment compliance provisions governing the intervenor.<sup>5</sup> Section 28 of DSS-MAS 9676 reads as follows:

The Contractor agrees that it is a term of the Contract that no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this Contract.<sup>6</sup>

The intervenor also explained his role in the development of the applicant's proposal in light of the con-

qu'aucun problème ne se pose, comme vous l'avez affirmé au cours de notre réunion, une explication détaillée des raisons sur lesquelles se fonde cette affirmation permettra au ministre non seulement de répondre au plaignant mais aussi de se prononcer sur le sort réservé au marché passé avec LGS<sup>2</sup>.

À cette date, la requérante a également reçu un ordre d'arrêt des travaux, prenant effet le jour même, en conformité avec l'article 22 (la disposition concernant l'arrêt des travaux) des conditions générales faisant partie du marché passé entre la requérante et le ministre. Cet ordre enjoignait à la requérante [TRANSDUCTION] «de fournir une justification pour laquelle nous ne devrions pas prendre de mesures additionnelles pour dissoudre ou résilier le contrat pour cause de non-respect des modalités applicables à la fois à l'appel d'offres qui a précédé la passation du marché et au marché proprement dit».<sup>3</sup>

La requérante a répondu par écrit à Travaux publics le 3 février 1995 en niant que l'intervenant avait, de quelque façon que ce soit, divulgué des renseignements «priviliégiés» ou «d'initié» à la requérante et affirmant que la participation de l'intervenant était de notoriété publique et connue du MDN<sup>4</sup>. La requérante a répondu à nouveau, par l'entremise de ses procureurs, le 7 février 1995, en donnant un compte rendu détaillé de la participation de l'intervenant en regard des dispositions que la requérante croyait en cause: l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 qui faisait partie des conditions générales du contrat; ainsi que l'OAF 19-37 [*Ordonnances administratives des Forces canadiennes*], soit les dispositions régissant l'intervenant en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat<sup>5</sup>. L'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 se lit comme suit:

L'entrepreneur convient qu'il s'agit d'une condition du contrat qu'aucun ancien titulaire d'une charge publique au sein du Gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux dispositions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat<sup>6</sup>.

L'intervenant a lui aussi expliqué son rôle dans l'élaboration de la proposition de la requérante à la

<sup>2</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 5.

<sup>3</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 6.

<sup>4</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 7.

<sup>5</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 10.

<sup>6</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 4.

<sup>2</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 5.

<sup>3</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 6.

<sup>4</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 7.

<sup>5</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 10.

<sup>6</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 4.

flict of interest allegations. By letter to the applicant dated February 3, 1995 he stated:

On no occasion either while in Service, or since that time, have I released information to LGS, or any other contractor, which was not widely known, readily available, or had not been already been [sic] presented in an open forum.<sup>7</sup>

On February 17, 1995, the Department of Justice communicated the Minister's formal rescission of the contract as follows:

The contents of your letter have been reviewed by both contracting personnel and members of the Department of National Defence, all of whom have come to the conclusion that your letter does not demonstrate that Mr. Daws was in compliance with the post employment code for public office holders, nor CFAO 19-37. The result of this is that the LGS bid reflects a misrepresentation of the compliance of LGS with the terms and conditions of the solicitation process. While the misrepresentation may not have been intentional, the Crown nonetheless relied on the contents of the LGS bid to enter into contract with it under circumstances that would have been sufficient to preclude the entering into contract, absent the misrepresentation.

As a consequence, a recession [sic] of the contract is attached, and not a termination pursuant to the clauses of the contract.<sup>8</sup>

## II. POSITIONS OF THE PARTIES

The applicant and the intervenor took essentially the same position before me. Both submit that the Minister, in rescinding the contract, acted pursuant to a statutory authority under the *Department of Supply and Services Act*<sup>9</sup> and on this basis the decision to rescind is subject to judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*.<sup>10</sup> In so acting, the Minister acted without proper authority as the decision pursuant to section 28 of DSS-MAS 9676 requires first, a lawful and procedurally fair finding by the proper authority that CFAO 19-37 had been breached, and second, a determination that the intervenor would derive or had derived a direct benefit from the contract.

The applicant and the intervenor submit that neither requirement was met. First, they submit, the

<sup>7</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 32.

<sup>8</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 13.

<sup>9</sup> R.S.C., 1985, c. S-25.

<sup>10</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5].

lumière des allégations de conflit d'intérêts. Dans une lettre qu'il a adressée à la requérante le 3 février 1995, il a affirmé:

[TRADUCTION] Jamais, pendant mon service ou par la suite, je n'ai divulgué à LGS, ou à quelque autre entrepreneur que ce soit, des renseignements qui n'étaient pas connus d'un grand nombre de personnes, facilement accessibles ou qui n'avaient pas déjà été présentés publiquement<sup>7</sup>.

Le 17 février 1995, le ministère de la Justice a communiqué la décision officielle du ministre de résoudre le marché dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le contenu de votre lettre a été examiné par le personnel affecté à la négociation des contrats et par des membres du ministère de la Défense nationale, qui en sont tous arrivés à la conclusion qu'elle ne démontrait pas que M. Daws avait respecté le code d'après-mandat applicable aux titulaires d'une charge publique et l'O AFC 19-37. En conséquence, la soumission de LGS contient une déclaration inexacte quant au respect par LGS des modalités du processus d'appel d'offres. Cette déclaration inexacte n'était peut-être pas intentionnelle, mais il demeure que la Couronne s'est fondée sur le contenu de la soumission de LGS pour passer un marché avec elle dans des circonstances qui auraient suffi à empêcher la passation d'un marché, n'eût été cette déclaration inexacte.

En conséquence, vous trouverez ci-joint une résolution du marché, et non une résiliation en vertu de ses stipulations<sup>8</sup>.

## II. LA THÈSE DES PARTIES

La requérante et l'intervenant ont fait valoir devant moi une thèse essentiellement identique. Ils soutiennent tous les deux que le ministre a résolu le marché en vertu d'un pouvoir légal que lui confère la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*<sup>9</sup> et, par conséquent, que sa décision est susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>10</sup>. Le ministre aurait alors agi sans compétence, car la prise d'une décision en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 exige premièrement que l'autorité compétente conclue, légalement et à l'issue d'une procédure équitable, qu'il y a eu violation de l'O AFC 19-37 et, deuxièmement, qu'il soit statué que l'intervenant tirerait ou a tiré directement un avantage du contrat.

La requérante et l'intervenant soutiennent qu'il n'a été satisfait à aucune de ces exigences. Premièrement,

<sup>7</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 32.

<sup>8</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 13.

<sup>9</sup> L.R.C. (1985), ch. S-25.

<sup>10</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5].

decision that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37 was made without regard to relevant facts, was not made by the proper authority and was made without according either the applicant or the intervenor procedural fairness by failing to disclose the nature of the alleged breach and failing to allow adequate opportunity to respond. Second, they submit, the Minister did not direct his mind to whether the intervenor had derived any direct benefit from the contract. The applicant further submits that there was in any event no evidence on which the Minister could have determined the intervenor derived a direct benefit from the actual contract.

The respondent submits that there is no jurisdiction to review the rescission of the contract under section 18.1 of the *Federal Court Act* as the Minister was acting pursuant to the Crown's inherent power to contract. If the decision is subject to judicial review, the respondent submits that based on a standard of review on a question of fact that the determination be perverse or capricious, or made without regard to the material, the findings under CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 were open to the decision maker and were made by the proper authority. The respondent further submits that the Minister accorded the applicant several opportunities to respond to the alleged breach and that this met the duty of fairness owed. The respondent denies it owed any duty of fairness to the intervenor.

### III. ISSUES

1. Is the decision by the Minister to rescind the contract subject to judicial review?

2. If so, was there any reviewable error? In particular: did the proper authority make the decision under section 28 of DSS-MAS 9676; was there evidence before the Minister and to which he directed his mind, on which he could find the intervenor breached CFAO 19-37 and "derive[d] any direct benefit from [the] contract"; and did the process accord the applicant and, if necessary, the intervenor, procedural fairness?

ils estiment que la décision portant que l'intervenant ne s'est pas conformé à l'O AFC 19-37 ne tient pas compte des faits pertinents, qu'elle n'a pas été rendue par l'autorité compétente et que ni la requérante ni l'intervenant n'ont été traités équitablement du fait qu'ils n'ont pas été informés de la nature de la prétendue violation et qu'on ne leur a pas fourni une occasion valable d'y répondre. Deuxièmement, ils prétendent que le ministre n'a pas examiné la question de savoir si l'intervenant avait tiré directement un avantage du contrat. La requérante soutient en outre que, quoi qu'il en soit, aucun élément de preuve ne pouvait permettre au ministre de statuer que l'intervenant a tiré directement un avantage du contrat qui a effectivement été conclu.

L'intimé prétend que la décision de résoudre le marché n'est pas susceptible de contrôle sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* car le ministre a agi en vertu du pouvoir inhérent de la Couronne de contracter. Si cette décision est assujettie au contrôle judiciaire, l'intimé affirme que, par application de la norme de contrôle d'une question de fait selon laquelle la décision doit avoir été prise de manière abusive ou arbitraire ou sans tenir compte de la preuve, l'auteur de la décision pouvait effectivement tirer les conclusions énoncées en ce qui a trait à l'O AFC 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, et qu'il était l'autorité compétente à cet égard. L'intimé ajoute que le ministre a fourni à la requérante plusieurs occasions de répondre à la prétendue violation et que les exigences de l'équité procédurale ont, de ce fait, été respectées. L'intimé nie avoir eu le devoir d'agir équitablement envers l'intervenant.

### III. LES QUESTIONS EN LITIGE

1. La décision du ministre de résoudre le marché est-elle assujettie au contrôle judiciaire?

2. Dans l'affirmative, une erreur justifiant l'exercice de ce contrôle a-t-elle été commise? En particulier: la décision rendue en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 a-t-elle été prononcée par l'autorité compétente? Le ministre avait-il en main, et a-t-il examiné, des éléments de preuve à partir desquels il pouvait conclure que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'O AFC 19-37 et avait tiré «directement avantage du contrat»; enfin, le processus utilisé

était-il équitable envers la requérante et, s'il y a lieu, envers l'intervenant?

#### IV. ANALYSIS

##### 1. Jurisdiction to Review the Decision

Exclusive originating jurisdiction to entertain an application for judicial review of a decision of a federal board, commission or other tribunal is vested in the Federal Court of Canada. Section 18.1 of the *Federal Court Act* provides for this process as follows:

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made . . . .

The phrase "federal board, commission or other tribunal" is a defined term in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act*:

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The applicant identified three sets of statutory provisions underlying the Minister's actions: the government procurement provisions, the government contractual provisions and the conflict of interest provisions. The respondent did not contest that decisions under the conflict of interest provisions are amenable to judicial review and it is clear from the analysis of Madam Justice Reed in *Peet v. Canada (Attorney General)*<sup>11</sup> that decisions under the conflict of interest provisions for former public office holders are reviewable.

The general contracting powers of government are confirmed by subsection 41(1) of the *Financial* j

<sup>11</sup> [1994] 3 F.C. 128 (T.D.).

#### IV. ANALYSE

##### 1. La compétence de contrôler la décision

La Cour fédérale du Canada est investie de la compétence exclusive de contrôler en première instance la décision d'un office fédéral. L'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit cette procédure dans les termes suivants:

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance . . . .

L'expression «office fédéral» est définie à l'article 2 [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*:

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exercant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La requérante a énuméré trois ensembles de dispositions législatives sur lesquelles reposent les actes du ministre: celles concernant les achats par le gouvernement, les marchés publics et les conflits d'intérêts. L'intimé n'a pas contesté que les décisions prises en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts sont assujetties au contrôle judiciaire et il ressort clairement de l'analyse faite par Mme le juge Reed, dans l'affaire *Peet c. Canada (Procureur général)*<sup>11</sup>, que les décisions rendues en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts applicables aux anciens titulaires d'une charge publique sont susceptibles de contrôle judiciaire.

Le pouvoir général de contracter du gouvernement est confirmé par le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la*

<sup>11</sup> [1994] 3 C.F. 128 (1<sup>re</sup> inst.).

*Administration Act*<sup>12</sup> which provides that the Governor in Council may make regulations with respect to the conditions under which contracts may be entered into. Pursuant to this authority, the *Government Contract Regulations*<sup>13</sup> require as follows:

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

7. A contracting authority shall solicit bids by

(a) giving public notice, in a manner consistent with generally accepted trade practices, of a call for bids respecting a proposed contract; or

(b) inviting bids on a proposed contract from suppliers on the suppliers' list.

The relevant procurement powers of the Minister are set out in subsection 5(2) of the *Department of Supply and Services Act*:

5. . . .

(2) The Minister shall

(b) purchase materiel and services in accordance with any regulations relating to government contracts that are applicable thereto.

The contracting powers of the Minister are set out in sections 16 to 18 of the same Act:

16. Subject to such regulations as may be made by the Governor in Council or the Treasury Board, the Minister may, on behalf of the Government of Canada, enter into contracts for the performance of any matter or thing that falls within the powers, duties or functions of the Minister.

17. The Minister may, by order, prescribe general terms and conditions for contracts that he may enter into under this Act, and the general terms and conditions may be incorporated by reference into particular classes of contracts.

18. Subject to the express terms and conditions contained therein, a contract entered into by the Minister that provides that general terms and conditions, identified by number or other designation in an order made under section 17, are applicable thereto or form part thereof shall be read and construed as if the general terms and conditions to which such reference is made were expressly set out in the contract. [Underlining added by me for emphasis.]

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. F-11.

<sup>13</sup> SOR/87-402, ss. 5, 7 (as am. by SOR/91-651, s. 3).

*gestion des finances publiques*<sup>12</sup> en vertu duquel le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir les conditions de passation des marchés. Le *Règlement sur les marchés de l'État*<sup>13</sup> pris en application de cette Loi prévoit:

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

7. L'autorité contractante lance l'appel d'offres pour tout marché:

a) soit en donnant un avis public à cet effet conformément aux pratiques commerciales généralement reconnues;

b) soit en s'adressant aux fournisseurs dont le nom figure sur la liste de fournisseurs.

Les pouvoirs pertinents du ministre de faire des achats sont énoncés au paragraphe 5(2) de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*:

5. . . .

(2) Le ministre s'acquitte notamment des fonctions suivantes:

b) l'achat de matériel et la location de services en conformité avec les règlements pertinents sur les marchés de l'État.

Les pouvoirs du ministre de passer des marchés sont énoncés aux articles 16 à 18 de la même Loi:

16. Sous réserve des règlements que peuvent prendre le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, le ministre peut, pour le compte du gouvernement canadien, passer des marchés pour la réalisation de tout ce qui relève de sa compétence.

17. Le ministre peut, par arrêté, fixer les modalités générales applicables aux marchés qu'il peut conclure dans le cadre de la présente loi; ces modalités peuvent être incorporées par le biais d'une référence dans des catégories particulières de marchés.

18. Sous réserve de ses modalités expresses, un marché conclu par le ministre et prévoyant que des modalités générales, signalées par le même numéro ou de la même façon que dans un arrêté pris sous le régime de l'article 17, lui sont applicables ou en font partie, se lit et s'interprète comme si ces modalités y figuraient. [Non souligné dans le texte original.]

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. F-11 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50].

<sup>13</sup> DORS/87-402, art. 5, 7 (mod. par DORS/91-651, art. 3).

It is pursuant to these sections that the Minister<sup>14</sup> prescribed by order DSS-MAS 9676, General Conditions–Services, which was incorporated by reference into both the RFP and the contract at issue here.

At the hearing of this matter, counsel for the applicant referred me to a recent decision of the Federal Court of Appeal in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (hereinafter *Cousineau*)<sup>15</sup> which I find determinative of the jurisdictional issue. Therein, the respondent made similar submissions to those of the respondent before me: (i) when the Minister issued a call for tenders to select the premises he wished to lease he acted pursuant to the Crown's inherent power to enter into contracts; (ii) decisions made pursuant to the exercise of a general power of administration were not subject to judicial review but rather to contractual remedies; and (iii) the general statutory framework for contracting was merely a codification of an inherent power and there was no specific statutory provision under which the Minister acted in refusing or accepting a tender.

In respect of these arguments, Décary J.A., speaking for the Court, stated [at page 701]:

Further, I do not need to engage in a constitutional analysis of the concept of "the Crown's inherent administrative power", since the Minister's power to enter into the acquisition of real property by lease may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity: "a Minister may enter into an acquisition". It may well be, as the respondents argued, that this conferring of power by combined effect of a statute and regulation was not necessary, but strictly speaking I am only required to consider whether there is a "[power] conferred by or under an Act of Parliament" within the meaning of the definition of "federal board, commission or other tribunal", and I can only conclude that there is.

The statutory provisions at issue in *Cousineau* were paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property*

<sup>14</sup> References to "the Minister" include appropriate predecessors to the Minister of Public Works and Government Services since the appropriate Minister has from time to time been affected by reorganizations of Ministerial responsibility.

<sup>15</sup> [1995] 2 F.C. 695 (C.A.).

C'est en vertu de ces dispositions que le ministre<sup>14</sup> a prescrit par l'arrêté DSS-MAS 9676, les Conditions générales–Services, qui ont été incorporées par renvoi à la demande de propositions et au marché en

a cause.

Lors de l'audition, l'avocate de la requérante a porté à mon attention une décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)* (ci-après appelée l'affaire *Cousineau*)<sup>15</sup> qui est concluante, selon moi, quant à la question de la compétence. Dans cette affaire, l'intimé a fait valoir les mêmes prétentions que l'intimé dans la présente instance: (i) lorsque le ministre a lancé un appel d'offres aux fins de choisir les locaux qu'il voulait louer, il a agi en vertu du pouvoir inhérent de la Couronne de contracter; (ii) les décisions prises dans l'exercice d'un pouvoir général de gestion n'étaient pas soumises au contrôle judiciaire et donnaient plutôt ouverture aux recours contractuels; (iii) enfin, le régime législatif prévoyant le pouvoir général de contracter constituait simplement une codification du pouvoir inhérent et le ministre n'a refusé ou accepté une soumission en vertu d'aucune disposition législative précise.

En ce qui a trait à ces arguments, le juge Décary, J.C.A. a déclaré, au nom de la Cour d'appel [à la page 701]:

Je n'ai pas non plus à me lancer dans une exégèse constitutionnelle de la notion de «pouvoir inhérent de gestion de la Couronne», puisque le pouvoir du ministre de procéder à l'acquisition d'un immeuble par bail ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque: «un ministre peut procéder à une acquisition». Il se peut, et c'est ce que soutiennent les intimés, que cette habilitation par voie combinée de loi et de règlement n'ait pas été nécessaire, mais j'en suis à me demander strictement s'il y a «pouvoir prévu par une loi fédérale» au sens de la définition d'«office fédéral» et je ne puis que constater que si.

i Les dispositions législatives en cause dans l'affaire *Cousineau* étaient l'alinéa 16(2)(b) de la *Loi sur les*

<sup>14</sup> Toute mention du «ministre» inclut les prédécesseurs du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, car le ministre en cause a été à l'occasion touché par des réorganisations des responsabilités ministérielles.

<sup>15</sup> [1995] 2 C.F. 695 (C.A.).

Act<sup>16</sup> and subsection 4(1) of the *Federal Real Property Regulations*.<sup>17</sup> Paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act* provides that “The Governor in Council may . . . make regulations . . . respecting the purchase, lease or other acquisition of real property on behalf of Her Majesty”. (Underlining added by me for emphasis.) Subsection 4(1) of the *Federal Real Property Regulations* provides that “A Minister may enter into an acquisition, a disposition or an option for an acquisition or for a disposition” (underlining added by me for emphasis). Thus the Minister’s power to solicit tenders for the lease therein arose out of regulations enacted by the Governor in Council. To repeat the words of Décaré J.A. in *Cousineau*, the Minister’s power related to the tender “may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity: ‘a Minister may enter into an acquisition’.”

The statutory scheme before me is slightly different. Subsection 41(1) of the *Financial Administration Act* authorizes the Governor in Council to make regulations “with respect to the conditions under which contracts may be entered into”, similar wording to that of paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act*. But the Minister’s power to enter into contracts does not derive from regulations enacted by the Governor in Council but from a separate statutory provision, section 16 of the *Department of Supply and Services Act*. The Minister is still, however, subject in the exercise of that power to regulations enacted by the Governor in Council.

I regard it as clear by analogy from *Cousineau* that decisions related to the tendering or bidding process for government contracts pursuant to the legislative scheme before me are amenable to judicial review. I conclude that the Minister’s power to contract in the circumstances before me may no longer be described as an inherent power once Parliament has seen fit to codify it in language containing no ambiguity.

<sup>16</sup> S.C. 1991, c. 50.

<sup>17</sup> SOR/92-502.

*immeubles fédéraux*<sup>16</sup> et le paragraphe 4(1) du *Règlement concernant les immeubles fédéraux*<sup>17</sup>. L’alinéa 16(2)(b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux* prévoit que «[l]e gouverneur en conseil peut . . . prendre des règlements pour . . . régir l’achat, la location ou autre forme d’acquisition d’immeubles au nom de Sa Majesté.» (Non souligné dans le texte original.) Le paragraphe 4(1) du *Règlement concernant les immeubles fédéraux* prévoit: «Un ministre peut procéder à une acquisition ou à une aliénation ou prendre une option d’acquisition ou d’aliénation» (non souligné dans le texte original). Ainsi, le pouvoir du ministre de lancer un appel d’offres pour la location de locaux découlait d’un règlement pris par le gouverneur en conseil. Pour reprendre les propos tenus par le juge Décaré dans l’arrêt *Cousineau*, le pouvoir du ministre relativement à une offre «ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque: “un ministre peut procéder à une acquisition”.»

Le régime législatif dont je suis saisi est légèrement différent. Le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour «régir les conditions de passation des marchés»; son libellé est donc semblable à celui de l’alinéa 16(2)(b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux*. Par contre, le pouvoir du ministre de passer des marchés ne découle pas d’un règlement pris par le gouverneur en conseil, mais bien d’une disposition législative distincte, soit l’article 16 de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*. L’exercice de ce pouvoir par le ministre demeure toutefois assujéti aux règlements pris par le gouverneur en conseil.

Il me semble clair, par analogie avec l’affaire *Cousineau*, que les décisions concernant le processus d’appel d’offres et de dépôt de soumissions en vue de la passation d’un marché public, prises en vertu du régime législatif dont je suis saisi, sont assujétiées au contrôle judiciaire. Je conclus que le pouvoir de contracter du ministre dans les circonstances ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent depuis que le légis-

<sup>16</sup> L.C. 1991, ch. 50.

<sup>17</sup> DORS/92-502.

But does the same reasoning extend to decisions related to contractual obligations when the Minister is acting not to enter into a contract but as a contracting party? The respondent attempted to distinguish *Cousineau* on the basis that while the authority to rescind a contract derives from common law, authority to respond to a tender derives from a regulatory framework against which a reviewing court may evaluate the decision-making process. I initially found the respondent's argument compelling. However, on further reflection, I conclude that the rationale in *Cousineau* regarding amenability to judicial review applies to the Minister's actions as a contracting party in rescinding a contract as well as to his actions in entering into a contract.

The respondent argued that neither the applicant nor the intervenor could point to a specific statutory or regulatory provision under which the Minister rescinded the contract. This argument was made by the respondent in *Cousineau* and rejected. While there was no specific provision under which the Minister therein refused the applicant's tender and accepted the tender of the *mis en cause*, the general provisions relating to tendering quoted above were found to be sufficient to invoke judicial review jurisdiction in relation to the decision subsequently made. Mr. Justice Décary concluded [at page 705]:

I thus come to the conclusion that it would be contrary to the letter and the spirit of paragraph 18(1)(a) to say that a minister expressly empowered by a regulation made pursuant to paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act* to lease real property is not exercising a power "conferred by or under an Act of Parliament" when he issues a call for tenders prior to the conclusion of a lease.

The only difference between the decision at issue before me and that before the Court of Appeal in *Cousineau* is that, in the matter before me, the proposal which formed the basis of the contract was accepted and the contract subsequently rescinded rather than having been refused in the first instance. In fact, the very basis of the rescission was that the

lateur a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque.

Le même raisonnement s'applique-t-il toutefois aux décisions relatives aux obligations contractuelles lorsque le ministre n'agit pas en vue de passer un marché, mais plutôt en qualité de partie contractante? L'intimé a tenté d'établir une distinction avec l'affaire *Cousineau*, du fait que le pouvoir de résoudre un marché tire son origine de la common law, alors que celui de répondre à une soumission découle d'un régime réglementaire en regard duquel un tribunal saisi d'une demande de contrôle peut évaluer le processus décisionnel. J'ai d'abord trouvé l'argument de l'intimé concluant. Toutefois, après réflexion, j'ai conclu que le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Cousineau* concernant l'assujettissement au contrôle judiciaire s'applique aussi bien aux actes accomplis par le ministre en sa qualité de partie contractante, à l'occasion de la résolution d'un marché, qu'à ses actes accomplis en vue de la passation d'un marché.

L'intimé a fait valoir que ni la requérante, ni l'intervenant, ne pouvaient citer une disposition législative ou réglementaire en vertu de laquelle le ministre a résolu le marché. Dans l'affaire *Cousineau*, cet argument avait été soulevé par la partie intimée, mais rejeté. Bien que le ministre n'ait alors agi en vertu d'aucune disposition précise en refusant la soumission de la requérante et en acceptant celle du *mis en cause*, les dispositions générales déjà citées concernant le dépôt de soumissions ont été jugées suffisantes pour fonder la compétence de la Cour aux fins de contrôler la décision rendue par la suite. M. le juge Décary a conclu [à la page 705]:

J'en arrive ainsi à la conclusion que ce serait aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'alinéa 18(1)a) que de dire qu'un ministre expressément habilité par un règlement pris en vertu de l'alinéa 16(2)b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux* à procéder à la location d'un immeuble, n'exerce pas, lorsqu'il procède à un appel d'offres menant à la conclusion d'un bail, un pouvoir «prévu par une loi fédérale».

Si la décision dont je suis saisi diffère de celle sur laquelle la Cour d'appel s'est prononcée dans l'affaire *Cousineau*, c'est uniquement parce qu'au lieu d'être rejetée dès le départ, la soumission qui a donné lieu à la passation du marché a été acceptée et que le marché a été résolu par la suite. En fait, le véritable motif de la résolution tient au fait que la proposition

proposal misrepresented compliance with the terms and conditions of the solicitation process. The Minister's formal notice to the applicant of the rescission of the contract makes it clear that had the Minister been aware of the intervenor's involvement at the time the proposal was selected, this "would have been sufficient to preclude the entering into contract".<sup>18</sup> If the Minister had been aware of the intervenor's involvement before the tender was accepted, the Minister would have relied on the same section, section 28 of DSS-MAS 9676, in rejecting or disqualifying the applicant's proposal and the same statutory framework in both cases grounds the decision.

If I accept the distinction urged on me by the respondent, jurisdiction to review decisions made concerning compliance with terms of the solicitation would be determined by nothing more than the timing of when information becomes available to the Minister. This would, I conclude, be inconsistent with the clear approach to the spirit and purpose of judicial review procedures described by Décary J.A. in *Cousineau* [at page 702] as intending "that henceforth very little would be beyond the scope of judicial review" and indicative [at page 703] "of the tendency shown by Parliament itself to make government increasingly accountable for its actions." Moreover, it is evident that the Court of Appeal [at page 705] advocates a liberal and inclusive approach to the scope of judicial review:

As between an interpretation tending to make judicial review more readily available and providing a firm and uniform basis for the Court's jurisdiction and an interpretation which limits access to judicial review, carves up the Court's jurisdiction by uncertain and unworkable criteria and inevitably would lead to an avalanche of preliminary litigation, the choice is clear. I cannot assume that Parliament intended to make life difficult for litigants.

Based on the foregoing analysis, I conclude that the rescission decision of the Minister was made by a federal board, commission or other tribunal and is amenable to judicial review.

<sup>18</sup> *Supra*, at note 8.

contenait une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des modalités du processus d'appel d'offres. L'avis formel de résolution du contrat envoyé par le ministre à la requérante établit clairement que la connaissance par le ministre de la participation de l'intervenant au moment où la proposition a été choisie [TRADUCTION] «aurait été suffisante pour empêcher la passation du marché»<sup>18</sup>. Si le ministre avait été au courant de la participation de l'intervenant avant l'acceptation de la soumission, il se serait fondé sur la même disposition, soit l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, pour rejeter ou disqualifier la proposition de la requérante; la décision s'appuie sur le même régime légal dans les deux cas.

Si j'acceptais la distinction proposée par l'intimé, la compétence pour contrôler les décisions prises concernant le respect des modalités de l'appel d'offres serait fonction uniquement du moment auquel le ministre prend connaissance des renseignements. Pareil résultat serait, selon moi, incompatible avec la perception claire de l'esprit et de l'objet de la procédure de contrôle judiciaire décrite par le juge Décary dans l'arrêt *Cousineau* [à la page 702], selon laquelle le Parlement «a voulu que bien peu de chose, désormais, ne soit à l'abri du contrôle judiciaire» et qui témoigne de [à la page 703] «la tendance, affichée par le Parlement lui-même, à rendre l'Administration de plus en plus comptable de ses actes.» Il est en outre évident que la Cour d'appel [à la page 705] prône une conception libérale et englobante de la portée du contrôle judiciaire:

Entre une interprétation qui favorise l'accès au contrôle judiciaire et assoit la compétence de la Cour sur une base ferme et uniforme, et une interprétation qui restreint l'accès au contrôle judiciaire, segmente la compétence de la Cour en fonction de critères incertains et impraticables et amène inéluctablement une avalanche de débats liminaires, le choix s'impose de lui-même. Je ne puis supposer que le Parlement ait voulu jouer d'astuce avec les administrés.

En me fondant sur l'analyse qui précède, je conclus que la décision du ministre de résoudre le marché a été prise par un office fédéral et qu'elle est assujettie au contrôle judiciaire.

<sup>18</sup> *Supra*, note 8.

## 2. Reviewable Error

The *Cousineau* decision makes a companion point to the liberal approach to the scope of judicial review: the standard of review will often be high. As the respondent argued before me, the appropriateness of the remedy of *certiorari* will vary depending on the nature of the regulatory framework in place. As Décary J.A. states in *Cousineau* [at pages 706-707]:

... the Minister's proposition, which I do not accept, does have the merit of drawing attention to the degree of difficulty a bidder faces if he opts for an application for judicial review, and the fact that this will vary depending on the grounds and purpose of his challenge.

As by definition the focus of judicial review is on the legality of the federal government's actions, and the tendering procedure was not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance, it will not be easy, in a situation where the bid documents do not impose strict limitations on the exercise by the Minister of his freedom of choice, to show the nature of the illegality committed by the Minister when in the normal course of events he compares bids received, decides whether a bid is consistent with the documents or accepts one bid rather than another.

The same may be said with respect to the decision under review in this application. There is no statutory framework within which determinations pursuant to section 28 of DSS-MAS 9676 are made. What is required are two distinct findings by the Minister. The first is that a former public office holder was not in compliance with the relevant conflict of interest provisions and the second that the same person derived a direct benefit from the contract.

### a. Was the Decision Made by the Proper Authority?

There is no procedure for, or delegated authority related to, non-compliance findings under CFAO 19-37. However the following procedures are set out in Annex D to CFAO 19-37:

15. The designated authority may convene advisory panels to advise on the application of the compliance measures set out in this Annex in particular cases and to help members or former members understand how the compliance measures set out in this Annex apply to their particular cases. Advisory panels shall respond without delay to any requests for advice

## 2. Une erreur justifiant l'exercice du pouvoir de contrôle

Selon l'arrêt *Cousineau*, une conception libérale de la portée du contrôle judiciaire va de pair avec une norme de contrôle souvent élevée. Comme l'a affirmé l'intimé devant moi, l'opportunité d'un redressement de la nature d'un *certiorari* varie en fonction de la nature du régime réglementaire applicable. Le juge Décary a déclaré, dans l'arrêt *Cousineau* [aux pages 706 et 707]:

... la proposition du Ministre, que je ne retiens pas, a le mérite d'attirer l'attention sur le degré de difficulté auquel un soumissionnaire fera face s'il opte pour une demande de contrôle judiciaire, et qui variera selon les motifs et l'objet de son attaque.

Le contrôle judiciaire visant par définition la légalité des actes de l'Administration fédérale, et le processus de demande de soumissions n'étant assujéti à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire, il ne sera pas facile, là où les documents de soumission n'imposent pas de restrictions sévères à l'exercice par le ministre de sa liberté de choix, de démontrer à quelle illégalité s'adonne le ministre lorsque, dans le cours normal des choses, il compare les offres reçues, détermine si une soumission est conforme ou non aux documents ou retient une soumission plutôt qu'une autre.

Cette affirmation vaut aussi relativement à la décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle. Il n'existe aucun régime législatif régissant les décisions rendues en vertu de l'article 28 de l'arrêt DSS-MAS 9676. Le ministre doit tirer deux conclusions distinctes. La première porte qu'un ancien titulaire d'une charge publique ne s'est pas conformé aux dispositions pertinentes concernant les conflits d'intérêts, et la seconde, que cette même personne a tiré directement avantage du contrat.

### a. La décision a-t-elle été rendue par l'autorité compétente?

Il n'existe aucune procédure, ni aucune délégation de pouvoir relativement aux constats d'infraction à l'OAFIC 19-37. Toutefois, la procédure suivante est prévue à l'annexe D de l'OAFIC 19-37:

15. L'autorité désignée peut mettre sur pied des comités consultatifs qui sont chargés de la conseiller sur l'application à des cas précis des mesures énoncées dans la présente annexe et d'aider les membres ou anciens membres des FC [Forces canadiennes] à comprendre comment ces mesures les touchent. Ces comités consultatifs doivent répondre sans délai aux demandes de conseils.

17. A member of the CF [Canadian Forces] who is or was a public office holder may apply to the designated authority for reconsideration of any determination respecting the member's compliance with this Annex or any decision respecting the reduction of the limitation period. On receipt of an application for reconsideration, the designated authority may convene an advisory panel to make recommendations respecting the reconsideration.<sup>19</sup>

Section 1 of Annex A defines "designated authority" to mean "the Assoc. MND" (Associate Minister of National Defence). The evidence of Admiral Saker, the respondent's witness on cross-examination for discovery, was that, at the time of the events in question, there was no Associate Minister of National Defence. Admiral Saker further testified that at the time in question there was a Standing Advisory Committee which did discuss the situation of the intervenor, but only when it met on March 16, 1995, after the event.<sup>20</sup>

The applicant and the intervenor submit that Admiral Saker, who was not authorized to make a determination under CFAO 19-37, was in fact the decision maker. They further submit that the Minister merely deferred to Admiral Saker's decision or, alternatively, adopted his advice as sufficient evidence of a violation of section 28 of DSS-MAS 9676. I conclude from the record that Admiral Saker, while involved in the decision regarding CFAO 19-37, was not the ultimate decision maker. He clearly believed that he was the decision maker<sup>21</sup> and agreed to the applicant's characterization of his role in his testimony on cross-examination for discovery:

<sup>19</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 36.

<sup>20</sup> Respondent's motion record, t. 1.

<sup>21</sup> See applicant's motion record, v. I, t. 15—Affidavit of Rear Admiral Michael T. Saker:

10. After an examination of the facts submitted by the applicant in response to the aforesaid complaint, I decided that Colonel (*retired*) Daws had violated the conflict of interest provisions applicable to him . . . I came to the conclusion that Colonel (Retired) Daws while acting pursuant to his contract with the applicant was in violation of various provisions of CFAO 19-37 resulting in the decision to rescind the contract to the applicant herein.

17. Le membre des FC qui est ou était titulaire d'une charge publique peut demander à l'autorité désignée que soit réexaminée toute décision concernant les méthodes qu'il a à appliquer en vertu de la présente annexe ou la réduction de la période de restriction. L'autorité désignée qui reçoit une telle demande peut charger un comité consultatif de lui soumettre des recommandations sur la question<sup>19</sup>.

L'article 1 de l'annexe A définit l'expression «autorité désignée» comme le ministre associé de la Défense nationale. L'amiral Saker, le témoin de l'intimé lors du contre-interrogatoire au préalable, a déclaré qu'à l'époque en cause, il n'existait aucun ministre associé de la Défense nationale. L'amiral Saker a témoigné en outre qu'à ce moment, un Comité consultatif permanent a bel et bien discuté de la situation de l'intervenant, mais uniquement lors de sa réunion du 16 mars 1995, soit après les événements<sup>20</sup>.

La requérante et l'intervenant soutiennent que l'amiral Saker, qui n'était pas autorisé à prendre une décision en vertu de l'O AFC 19-37, est en fait l'auteur de la décision. Ils affirment de plus que le ministre s'en est simplement remis à la décision de l'amiral Saker ou, subsidiairement, qu'il a retenu son avis comme preuve suffisante de la violation de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. En me fondant sur le dossier, je conclus que l'amiral Saker, bien qu'engagé dans la décision concernant l'O AFC 19-37, n'est pas l'auteur ultime de la décision. Il croyait manifestement être l'auteur de la décision<sup>21</sup> et il a admis le rôle que lui a attribué la requérante lors du contre-interrogatoire au préalable:

<sup>19</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 36.

<sup>20</sup> Dossier de demande de l'intimé, tome 1.

<sup>21</sup> Voir le dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 15—Affidavit du contre-amiral Michael T. Saker:

[TRADUCTION] 10. Après avoir examiné les faits soumis par la requérante en réponse à la plainte, j'ai décidé que le colonel (à la retraite) Daws avait violé les dispositions concernant les conflits d'intérêts qui lui étaient applicables . . . Je suis arrivé à la conclusion que le colonel (à la retraite) Daws, bien qu'il ait agi conformément à son contrat avec la requérante, violait différentes dispositions de l'O AFC 19-37, ce qui a donné lieu à la décision de résoudre le marché passé avec la requérante.

Q. Prior to or in the course of . . . well first of all you made the decision. Is that correct? That Mr. Daws was in violation of the Conflict of Interest guidelines?

A. Yes I did.<sup>22</sup>

Regardless of Admiral Saker's belief, the briefing note prepared by Admiral Saker for the Minister of National Defence (Minister of ND) reveals that the non-compliance finding was treated as follows:

After a review of the contract and the post employment restrictions applicable to the recently retired Col Daws, it has been decided to recommend termination of the contract for failure to comply with the contractual terms and conditions referencing the code.<sup>23</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

The *aide memoire* prepared by Admiral Saker for the DND Advisory Panel, which met subsequent to the decision under review, also belies the argument of the applicant and intervenor on this point:

4. Upon receipt of the 01 Feb letter of protest to PWGSC [Public Works], DND was immediately engaged and recommendations were made supporting the issue of a 02 Feb 95 stop work order until such time as the validity of these allegations could be ascertained . . . After lengthy examination and discussion of the facts, DND advised PWGSC by letter that it had concluded a conflict of interest violation had occurred.

. . .

6. On the basis of the above assessment, PWGSC, with the concurrence of DND, issued a letter to LGS, dated 17 Feb 95, rescinding the contract because of a violation of the terms and conditions related to Conflict of Interest.<sup>24</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

On the basis of the above, I conclude that it was the Minister of ND, on the advice of Admiral Saker, who made the decision that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37 and on whose behalf this conclusion was relayed to the Minister who ultimately has responsibility under section 28 of DSS-MAS 9676. The Minister of ND, absent any specific delegation of authority in CFAO 19-37, was without a doubt a proper authority to make the decision under CFAO 19-37. But the decision that CFAO 19-37 had been violated was only an element in the decision

<sup>22</sup> Applicant's motion record, v. II, t. 6, at p. 22.

<sup>23</sup> Respondent's motion record, t. 1—D.

<sup>24</sup> Respondent's motion record, t. 1—A.

[TRADUCTION] Q. Avant ou pendant . . . d'abord, c'est vous qui avez pris la décision. Est-ce exact? La décision que M. Daws contrevenait aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts?

R. Oui, c'est moi<sup>22</sup>.

Sans égard à ce que croyait l'amiral Saker, la note de synthèse préparée par celui-ci à l'intention du ministre de la Défense nationale (le ministre du MDN) révèle que la conclusion concernant l'infraction a été traitée de la façon suivante:

[TRADUCTION] Après examen du marché et des restrictions concernant le post-mandat applicables au colonel Daws retiré depuis peu, il a été décidé de recommander la résiliation du marché pour non-respect des stipulations qui renvoient au code<sup>23</sup>. [Non souligné dans le texte original.]

L'aide-mémoire préparé par l'amiral Saker à l'intention du Comité consultatif du MDN, qui s'est réuni à la suite de la décision, réfute également l'argument de la requérante et de l'intervenant à cet égard:

[TRADUCTION] 4. Sur réception de la lettre de protestation adressée le 1<sup>er</sup> février à TPSGC [Travaux publics], le MDN a immédiatement réagi et des recommandations ont été faites à l'appui de l'émission, le 2 février 1995, d'un ordre d'arrêt des travaux jusqu'à ce que la validité des allégations puisse être évaluée . . . Après avoir longuement examiné les faits et en avoir discuté, le MDN a informé TPSGC par lettre qu'il avait conclu qu'une infraction en matière de conflit d'intérêts avait été commise.

. . .

6. À partir de l'évaluation mentionnée plus haut, TPSGC, avec l'accord du MDN, a adressé une lettre à LGS, le 17 février 1995, pour résoudre le marché en raison du non-respect des stipulations concernant les conflits d'intérêts.<sup>24</sup> [Non souligné dans le texte original.]

À partir des éléments ci-dessus, je conclus que c'est le ministre de la Défense nationale, sur recommandation de l'amiral Saker, qui a pris la décision portant que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'O AFC 19-37 et au nom de qui cette conclusion a été transmise au ministre responsable en bout de ligne en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. En l'absence de toute délégation de pouvoir expresse dans l'O AFC 19-37, le ministre du MDN était, sans l'ombre d'un doute, l'autorité compétente pour prendre cette décision en vertu de l'O AFC

<sup>22</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 6, à la p. 22.

<sup>23</sup> Dossier de demande de l'intimé, tome 1—D.

<sup>24</sup> Dossier de demande de l'intimé, tome 1—A.

here under review. Based on the record before me, the decision to rescind the contract was not made by either Admiral Saker or the Minister of ND. Both had input and perhaps in the case of the Minister of ND, and certainly in the case of Admiral Saker, gave advice to the Minister which was reasonably open to each to give. There is no doubt that officials at DND had considerable input into the decision to rescind the contract, including drafting the letter accompanying the formal rescission of the contract by the Minister.<sup>25</sup> Nonetheless, the decision to issue the formal rescission of the contract and the rescission itself came from Public Works on behalf of the Minister:

The reason for the issuance of the Stop Work Order and your Counsel's response of February 7, 1995 have been thoroughly considered and evaluated with the result that there has been a failure to demonstrate that Mr. Daws was in compliance with the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and thus LGS Group Inc. was not in compliance with Section 28 of the General Conditions forming part of both the solicitation and the contract.

This amounts to your proposal reflecting a misrepresentation of the compliance with the terms and conditions of the solicitation process, with the result that the Minister of Supply and Services hereby rescinds the Contract in respect of all supplies/services described therein.<sup>26</sup>

**b. Was There Evidence before the Minister on Which to Base His Finding?**

Pursuant to its authority under subsection 11(2) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81] of the *Financial Administration Act*, Treasury Board has issued the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* (the Code).<sup>27</sup> Under subsection 4(2) of the Code, members of the Canadian Armed Forces are subject to the "Principles set out in Part I" of the Code as well as other compliance measures determined by the head of the Canadian Armed Forces. One such measure is CFAO 19-37 enacted pursuant to subsection 18(2) of the *National Defence*

<sup>25</sup> Compare letter at applicant's motion record, v. I, t. 22 with the rescission letter, *supra*, at note 8.

<sup>26</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 14.

<sup>27</sup> *Supra*, at note 19.

19-37. Toutefois, la décision portant que l'O AFC 19-37 avait été violée ne constitue qu'un élément de la décision en cause. Si je m'en remets au dossier qui m'a été soumis, la décision de résoudre le marché n'a été prise ni par l'amiral Saker, ni par le ministre du MDN. Les deux sont intervenus et il est possible, dans le cas du ministre du MDN, et certain, dans celui de l'amiral Saker, qu'ils ont conseillé le ministre comme ils étaient raisonnablement autorisés à le faire. Il ne fait aucun doute que les fonctionnaires du MDN ont joué un rôle important dans la décision de résoudre le marché, notamment en rédigeant la lettre accompagnant la résolution formelle du marché signée par le ministre<sup>25</sup>. Toutefois, la décision de résoudre formellement le marché et la résolution même sont imputables à Travaux publics, au nom du ministre:

[TRADUCTION] Le motif justifiant la production d'un ordre d'arrêt des travaux et la réponse fournie par votre avocate le 7 février 1995 ont été examinés en profondeur et évalués; il en ressort qu'il n'a pas été démontré que M. Daws s'est conformé au Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat, et que LGS Group Inc. n'a pas respecté l'article 28 des Conditions générales faisant partie à la fois de l'appel d'offres et du marché.

Il s'ensuit que votre proposition comporte une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des conditions du processus d'appel d'offres et, en conséquence, le ministre des Approvisionnements et Services résout par les présentes le marché relatif à la totalité des fournitures/services qui y sont décrits<sup>26</sup>.

**b. Le ministre disposait-il d'éléments de preuve sur lesquels fonder sa conclusion?**

En vertu du pouvoir que lui confère le paragraphe 11(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le Conseil du Trésor a publié le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* (le Code)<sup>27</sup>. En vertu du paragraphe 4(2) du Code, les membres des Forces armées canadiennes sont assujettis aux «principes établies à la partie I» du Code, ainsi qu'aux autres mesures impératives déterminées par le chef des Forces armées canadiennes. L'une de ces

<sup>25</sup> Comparez la lettre versée au dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 22, avec la lettre de résolution, *supra*, note 8.

<sup>26</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 14.

<sup>27</sup> *Supra*, note 19.

*Act*,<sup>28</sup> Annex D, paragraphs 10 and 11 of CFAO 19-37 set out the prohibitions applicable to former members of the Canadian Armed Forces who were at a rank of colonel or above. It is paragraph 11 with which the intervenor was found not to be in compliance:

11. Members or former members of the CF [Canadian Forces] shall not, within a period of one year after becoming former public office holders:

c. give counsel, for the commercial purposes of the recipient of the counsel, concerning the programs or policies of the CF or the department with which they were employed, or with [which] they had a direct and substantial relationship during the period of one year immediately prior to becoming former public office holders.<sup>29</sup>

In a letter to the intervenor approximately one month before his retirement, this provision was specifically brought to his attention by DND:

While the wording of this paragraph [11 c.] suggests that this restriction is subject to a one-year limitation period, this is no longer the case. An amendment to its interpretation has resulted in its application having no limitation in time. Accordingly, you may not give counsel on government programs or policies, other than counsel based on information generally available to the public. In other words, you may not disclose any "insider information" to a third party, until that information becomes generally available to the public.<sup>30</sup>

As the applicant argued before me, it is the interpretation with which the intervenor was provided which should govern the assessment of compliance or non-compliance.

The record shows that DND was aware that the intervenor was working for the applicant by way of a letter written by the intervenor in October 1994.<sup>31</sup> It is not clear from the record that DND was aware the intervenor was working on the RFP, although the intervenor believed that DND knew.<sup>32</sup> It is clear from the record that Admiral Saker was the officer at DND who investigated the allegations of non-compliance by the intervenor with CFAO 19-37. Admiral Saker

mesures est l'O AFC 19-37 édictée sous le régime du paragraphe 18(2) de la *Loi sur la défense nationale*.<sup>28</sup> Les paragraphes 10 et 11 de l'annexe D de l'O AFC 19-37 énoncent les restrictions applicables aux anciens membres des Forces armées canadiennes qui détenaient le grade de colonel ou un grade supérieur. C'est au paragraphe 11 qu'il a été statué que l'intervenant avait contrevenu:

11. Il est interdit à tous les membres ou les anciens membres des FC dans un délai d'un an après la fin de leur mandat:

c. de donner des conseils, touchant les programmes ou les politiques des FC ou du ministère pour lequel ils travaillaient ou avec lequel ils entretenaient d'importants rapports directs durant l'année précédant la fin de leur mandat, à une personne qui pourrait se servir de ces conseils à des fins commerciales.<sup>29</sup>

Dans une lettre adressée à l'intervenant environ un mois avant sa retraite, le MDN a expressément porté cette disposition à son attention:

[TRADUCTION] Bien que le libellé de cet alinéa [11 c.] laisse croire que cette restriction ne s'applique que pendant un an, ce n'est plus le cas. À la suite d'une modification à son interprétation, elle s'applique pour une période illimitée. En conséquence, vous ne pouvez donner des conseils touchant les programmes ou les politiques du gouvernement, sauf s'ils sont fondés sur des renseignements accessibles au public en général. En d'autres termes, vous ne pouvez divulguer aucun renseignement «d'initié» à un tiers, avant que ce renseignement devienne accessible au public en général.<sup>30</sup>

Comme l'a soutenu la requérante devant moi, c'est l'interprétation qui a été fournie à l'intervenant qui doit régir l'examen de la question de savoir s'il y a eu contravention ou non.

Le dossier indique que le MDN était au courant du fait que l'intervenant travaillait pour la requérante, en raison d'une lettre écrite par l'intervenant en octobre 1994.<sup>31</sup> Le dossier ne précise pas si le MDN savait que l'intervenant travaillait à la demande de propositions, mais l'intervenant croyait que le MDN était au courant.<sup>32</sup> Il ressort clairement du dossier que l'amiral Saker était l'officier du MDN qui a fait enquête sur les allégations selon lesquelles l'intervenant ne

<sup>28</sup> R.S.C., 1985, c. N-5.

<sup>29</sup> *Supra*, at note 19.

<sup>30</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 30.

<sup>31</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 25.

<sup>32</sup> Applicant's motion record, v. II, t. 3.

<sup>28</sup> L.R.C. (1985), ch. N-5.

<sup>29</sup> *Supra*, note 19.

<sup>30</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 30.

<sup>31</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 25.

<sup>32</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 3.

was responsible for the briefing note to the Minister of National Defence<sup>33</sup> and the *aide memoire* to the DND Advisory Panel on the subject of the conflict of interest allegations.<sup>34</sup>

I note at this point that there was significant evidence before me which was not before Admiral Saker and, by inference, the Minister as part of the determination of non-compliance. For example, the billing sheets of the intervenor to the applicant were before me but were not before Admiral Saker, as was a detailed response to the respondent's interrogatories regarding the intervenor's specific role in relation to each section of the applicant's proposal in response to the RFP.<sup>35</sup> Admiral Saker testified as to the evidence before him as follows:

Q. Colonel Saker (*sic*), I take it from what you have told us this morning that the only information you have had as to Mr. Daws' [the intervenor's] involvement in the response to the Request for Proposals was what was conveyed to you in the response after the complaint was made by the applicant and by Mr. Daws in his letter?

A. That's correct.<sup>36</sup>

Admiral Saker also testified that the RFP and the applicant's proposal in response was considered.<sup>37</sup> I will assume that the information on the record as to the purpose and function of the CALS office headed by the intervenor in the last years he was with the Canadian Armed Forces was also in some sense considered. I will not consider any other evidence as it is well established that on judicial review the Court should only review the decision on the basis of the record before the decision maker and here, that record would not be broader than the record before Admiral Saker. The role of the Court is not to determine whether in fact there was a breach of CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 but whether the finding by the Minister that there was such a breach

<sup>33</sup> *Supra*, at note 23.

<sup>34</sup> *Supra*, at note 24.

<sup>35</sup> See applicant's motion record, v. II, t. 2 and respondent's motion record, v. I, t. 3.

<sup>36</sup> *Supra*, at note 22, at p. 49.

<sup>37</sup> *Ibid.*, at p. 40.

s'était pas conformé à l'O AFC 19-37. L'amiral Saker était responsable de la note de synthèse adressée au ministre de la Défense nationale<sup>33</sup> et de l'aide-mémoire envoyé au Comité consultatif du MDN en ce qui a trait aux allégations de conflit d'intérêts<sup>34</sup>.

Je crois bon de souligner ici que l'amiral Saker et, par déduction, le ministre, n'avaient pas en leur possession d'importants éléments de preuve qui m'ont été soumis dans le cadre de l'examen de la question de savoir s'il y avait eu contravention. Par exemple, les factures préparées par l'intervenant à l'intention de la requérante m'ont été remises, alors qu'elles ne l'ont pas été à l'amiral Saker, ainsi qu'une réponse détaillée aux interrogations de l'intimé concernant le rôle précis de l'intervenant par rapport à chaque section de la proposition présentée par la requérante en réponse à l'appel de propositions<sup>35</sup>. L'amiral Saker a rendu le témoignage suivant en ce qui a trait à la preuve dont il disposait:

Q. Colonel Saker (*sic*), je comprends d'après ce que vous nous avez dit ce matin, que la seule information que vous avez obtenue quant à la participation de M. Daws [l'intervenant] à la réponse à la demande de propositions est celle qui vous a été transmise par la requérante dans sa réponse, après la plainte, et par M. Daws dans sa lettre?

R. C'est exact<sup>36</sup>.

L'amiral Saker a également déclaré dans son témoignage que la demande de propositions et la proposition par laquelle la requérante lui a répondu ont été examinées<sup>37</sup>. Je tiendrai pour acquis que les renseignements versés au dossier quant à l'objet et à la fonction du Bureau chargé de la technologie CALS dirigé par l'intervenant au cours de ses dernières années au sein des Forces armées canadiennes ont aussi été pris en compte. Je ne tiendrai compte d'aucune autre preuve, étant donné qu'il est bien établi que le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire doit contrôler la décision uniquement à partir du dossier dont disposait l'auteur de la décision et, en l'espèce, ce dossier se limite à celui qui a été soumis à l'amiral Saker. Le rôle de la Cour ne consiste pas à

<sup>33</sup> *Supra*, note 23.

<sup>34</sup> *Supra*, note 24.

<sup>35</sup> Voir le dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 2 et celui de l'intimé, vol. I, tome 3.

<sup>36</sup> *Supra*, note 22, à la p. 49.

<sup>37</sup> *Ibid.*, à la p. 40.

was in error based on the material that was before the Minister and those who advised him.

The actual nature of the intervenor's role in the preparation of the RFP was debated by counsel for the parties before me. Counsel for the applicant and intervenor maintained that the record showed the intervenor was employed by the applicant for his management skills consolidated by 32 years as a professional engineer and manager. At the same time, they argued that the record showed he served as an editor or "wordsmith". In effect, counsel submitted that the intervenor's role was one of "wordsmithing" to ensure the applicant's proposal was consistent and accurate in its use of specialized terminology of CALS and CAPERRS and comprehensible to DND. The intervenor explained the concept of "wordsmithing" as follows:

It's trying to attune the words that are used to be words that were acceptable within the CALS community from my viewpoint.<sup>38</sup>

The intervenor also testified that his involvement centred on sections 6 through 9 of the RFP which were respectively titled "Project Organization", "Bidder Constraints", "Project Personnel" and "Understanding the Requirement" and that he was only one of approximately 16 to 20 participants in preparing the RFP.<sup>39</sup> Both the applicant and the intervenor argued that paragraph 11 c. of CFAO 19-37 required that the intervenor in some way impart confidential or insider information about CALS or about the CCDE, which was unlikely if not impossible as the intervenor's role in heading the CALS office was to promote and publicize DND's CALS strategy; it did not therefore require or benefit from a knowledge of confidential or insider information.

<sup>38</sup> Applicant's motion record, v. II, t. 4, at p. 99.

<sup>39</sup> *Ibid.*, at pp. 102-108.

déterminer s'il y a bel et bien eu infraction à l'OAF 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, mais plutôt si la conclusion du ministre portant qu'une telle infraction a été commise est erronée d'après les documents dont lui et les personnes qui l'ont conseillé disposaient.

La nature véritable du rôle de l'intervenant dans la préparation de la demande de propositions a fait l'objet devant moi d'un débat entre les avocats des parties. Les avocats de la requérante et de l'intervenant ont soutenu que le dossier établissait que l'intervenant avait été embauché par la requérante pour ses aptitudes en gestion, consolidées par une expérience professionnelle de 32 ans en qualité d'ingénieur et de gestionnaire. Par ailleurs, selon eux, le dossier indiquait qu'il avait fourni des services de révision ou de «polissage de texte». En effet, les avocates ont affirmé que le rôle de l'intervenant consistait à polir le texte de façon que la proposition de la requérante soit cohérente et exacte quant à l'utilisation de la terminologie spécialisée de la technologie CALS et des systèmes CAPERRS, et qu'elle soit compréhensible pour le MDN. L'intervenant a expliqué le concept du «polissage de texte» comme suit:

[TRADUCTION] Il s'agit d'essayer d'harmoniser les termes utilisés avec les termes acceptables selon moi dans le milieu de la technologie CALS.<sup>38</sup>

L'intervenant a également déclaré que sa participation a touché principalement les articles 6 à 9 de la demande de propositions, respectivement intitulés [TRADUCTION] «Organisation du projet», «Contraintes du soumissionnaire», «Personnel du projet» et «Compréhension de l'exigence», et qu'il était uniquement l'une des 16 à 20 personnes environ qui ont préparé la demande de propositions<sup>39</sup>. La requérante et l'intervenant ont soutenu que l'alinéa 11 c. de l'OAF 19-37 exigeait que l'intervenant communique, d'une façon ou d'une autre, des renseignements confidentiels ou d'initié sur la technologie CALS ou sur le projet CCDE, situation improbable, voire impossible, étant donné que le rôle de l'intervenant en qualité de chef du bureau responsable de la technologie CALS consistait à promouvoir la stratégie CALS du MDN et en faire la publicité; en conséquence, il ne devait

<sup>38</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 4, à la p. 99.

<sup>39</sup> *Ibid.*, aux p. 102 à 108.

The respondent maintained that in paying the intervenor approximately \$38,000 over three months of the development of the applicant's response to the RFP, the applicant was clearly expecting more than an editor or "wordsmith". The respondent suggested that from the view of the decision maker there was a clear conflict, not on the basis of possible insider information on CALS itself, but on "insider" information regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal because the intervenor headed the very office which recommended the issue of the RFP and designed the "Statement of Work" which formed the basis of the RFP. While the intervenor testified that he did not remember working on the "Statement of Work", which was drafted by two members of his staff, or recommending that an RFP be issued, he did state that as head of the CALS office, "it would bubble up to me".<sup>40</sup>

Information regarding expectations and mindset, which only the intervenor and a very select few others would possess, was viewed by Admiral Saker as coming within paragraph 11 c. of CFAO 19-37. Thus it was argued that it was not that the intervenor was able to add specific information on CALS to the applicant's proposal, but rather that he was able to tailor the proposal to target particular interests and concerns at DND of which he would be aware based on his former position as head of the CALS office. Admiral Saker explained this several times:

Q. And I take it then from this document and from what you have told us this morning that you in fact did not identify anything that was considered insider information that had been used in the process of responding to the Request for Proposals?

pas connaître et ne connaissait pas de renseignements confidentiels ou d'initié.

L'intimé soutient qu'en versant à l'intervenant la somme d'environ 38 000 \$ sur une période de trois mois au cours de la préparation de la réponse de la requérante à la demande de propositions, la requérante s'attendait manifestement à une prestation qui allait au-delà de la révision ou du «polissage de texte». L'intimé a fait valoir que du point de vue de l'auteur de la décision, il existait manifestement un conflit, non pas quant à la possibilité de divulgation de renseignements d'initié sur la technologie CALS comme telle, mais plutôt de renseignements «d'initié» quant aux attentes et à l'attitude bien ancrée des personnes qui étudieraient la proposition de la requérante parce que l'intervenant dirigeait le bureau même qui a recommandé qu'une demande de propositions soit faite et préparé la «description des travaux» qui est à la base de la demande de propositions. Bien que l'intervenant ait affirmé ne pas se rappeler avoir travaillé à la «description des travaux», qui a été rédigée par deux membres de son personnel, ni recommandé qu'une demande de propositions soit faite, il a admis qu'en sa qualité de chef du bureau responsable de la technologie CALS, [TRADUCTION] «cela serait éventuellement parvenu jusqu'à moi»<sup>40</sup>.

L'information concernant les attentes et l'attitude bien ancrée, que seuls l'intervenant et un nombre très restreint d'autres personnes connaissaient, a été considérée par l'amiral Saker comme visée par l'alinéa 11 c. de l'OAFC 19-37. Par conséquent, on a soutenu non pas que l'intervenant était en mesure d'ajouter à la proposition de la requérante des renseignements précis sur la technologie CALS, mais plutôt qu'il était en mesure de tailler la proposition sur mesure pour qu'elle réponde aux préoccupations et aux intérêts particuliers du MDN dont il avait connaissance en raison de ses anciennes fonctions de chef du bureau responsable de la technologie CALS. L'amiral Saker l'a expliqué à plusieurs reprises:

[TRADUCTION] Q. Et je déduis de ce document et de ce que vous avez dit ce matin que vous n'avez de fait repéré aucun élément qui a été considéré comme des renseignements d'initié qui auraient été utilisés dans le processus de réponse à la demande de propositions?

<sup>40</sup> *Supra*, at note 32, at pp. 24 ff.

<sup>40</sup> *Supra*, note 32, aux p. 24 et suiv.

A. That is correct. As I think I said I would not have expected to have seen it. I mean to my mind, the impact of him participating is that it comes out as being a good, compliant proposal.<sup>41</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

A memorandum apparently prepared by Admiral Saker reflects this conclusion:

4. Given Mr. Daws' intimate knowledge of DND's approach to CALS methodology, it is considered that it would be impossible for him to divorce himself from his knowledge of DND's philosophy underlying its participation in the program and its methodologies. As the prime mover in the DND program prior to his release from the CF, he not only had knowledge of DND's concerns and interests in this program, but in effect directed them. It is difficult, if not impossible to believe that any advice given would be unaffected by Mr. Daws' background knowledge and significant contributions in determining DND's philosophies and priorities in this program. It is for reasons such as this that 11 (c) stipulates a one year prohibition.<sup>42</sup>

I am satisfied that the opinion formed by Admiral Saker, and that formed the basis of his advice as to a breach of paragraph 11 c. by the intervenor, was reasonably open on the material that was before Admiral Saker and, through him, the decision maker. Paragraph 11 c. speaks of giving counsel, for the commercial purposes of the recipient of the counsel, concerning the programs or policies of the Canadian Forces. I am satisfied that advice regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal, of key words and phrases to be emphasized or avoided, is counsel, for commercial purposes, concerning (a very broad word), the programs or policies of the Canadian Forces. It may also be "wordsmithing" but if it is, it is of a distinctly policy-oriented character that is quite distinct from what is normally thought of as editing.

I am prepared to accept that a strong inference can be drawn from the significant remuneration of the intervenor for his work and from the intervenor's primary role in the CALS office before his departure from DND that the applicant would not have

<sup>41</sup> *Supra*, at note 22, at pp. 49-50.

<sup>42</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 21.

R. C'est exact. Comme je pense l'avoir dit, je ne m'attendais pas à en découvrir. C'est-à-dire que, selon moi, l'impact de sa participation est qu'il s'agit d'une bonne proposition, conforme<sup>41</sup>. [Non souligné dans le texte original.]

a Une note de service apparemment préparée par l'amiral Saker reflète cette conclusion:

[TRADUCTION] 4. Étant donné que M. Daws connaissait intimement l'attitude du MDN face à la méthodologie CALS, on considère qu'il lui serait impossible de se dissocier de sa connaissance de la philosophie du MDN qui sous-tendait sa participation au programme et de ses méthodologies. En raison du rôle de premier plan qu'il a joué dans le programme du MDN avant sa libération des Forces armées, non seulement connaissait-il les préoccupations et les intérêts du MDN face à ce programme, mais encore les dirigeait-il. Il est difficile, voire impossible, de croire qu'il ait pu donner un conseil qui ne soit pas influencé par sa connaissance du contexte et par ses contributions importantes à l'établissement des philosophies et priorités du MDN dans ce programme. C'est pour des raisons d comme celles-ci que l'alinéa 11 c. édicte une interdiction d'un an<sup>42</sup>.

Je suis convaincu que l'opinion à laquelle est parvenu l'amiral Saker et qui fonde son avis quant à une violation de l'alinéa 11 c. par l'intervenant était raisonnablement possible, compte tenu des documents dont disposaient l'amiral Saker et, par son entremise, l'auteur de la décision. L'alinéa 11 c. interdit de donner des conseils, touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à une personne qui pourrait se servir de ces conseils à des fins commerciales. Je suis convaincu que des conseils concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner la proposition de la requérante, les mots-clés et les expressions à mettre en évidence ou à éviter, constituent des conseils touchant (terme très large) les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à des fins commerciales. Il peut aussi s'agir de polissage de texte mais, le cas échéant, d'une nature distincte, axée sur la politique, bien différente de celle de la révision telle qu'on la conçoit habituellement.

i Je suis prêt à reconnaître qu'il est possible d'inférer fortement de la rémunération importante versée à l'intervenant pour ses services et de son rôle de premier plan au bureau responsable de la technologie CALS avant qu'il quitte le MDN que la requérante

<sup>41</sup> *Supra*, note 22, aux p. 49 et 50.

<sup>42</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 21.

employed him to provide it with information or counsel which could be found in a government issued pamphlet, or at the public library or through the services of a professionally trained editor. Moreover, the responses by the applicant and the intervenor to the Minister's request for clarification of the intervenor's role were little more than denials that the intervenor had imparted confidential information about CALS without addressing the aspect of imparting information regarding expectations and mindset of key persons at DND. For example, in a letter from the intervenor to the applicant to address the conflict of interest concerns (a copy of which was forwarded to DND), the intervenor wrote:

As a secondary duty, I had two permanent staff assigned to me to implement CALS across DND. In that activity I was the figurehead, representing the CALS effort to internal management and across the international CALS community. My specific 'expertise' in CALS is far exceeded by private sector industries, many of whom have partnered or associated themselves with LGS to undertake the CCDE project. As a senior manager in DND, I was responsible for strategy of CALS implementation, and not the technology. Even so, when required to write a CALS strategy for NATO, my staff directed a contract to Computer Sciences Canada, due to the extensive experience of their corporation in the international CALS domain.<sup>43</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

The responses by the applicant were similarly emphatic that the intervenor had no "confidential" knowledge of CALS to reveal:

Furthermore, Mr. Daws had not participated in the preparation of the CCDE SOW [Statement of Work] or RFP while employed by DND and could not therefore transfer information concerning the RFP to LGS during the bidding process.

The applicant described the role of the intervenor in the development of the response to the RFP as follows:

Mr. Daws assisted LGS in preparing a response to the RFP solely by providing expert knowledge with respect to the CALS methodology, and also has continued to assist LGS in

<sup>43</sup> *Supra*, at note 7.

n'aurait pas eu recours à ses services pour qu'il lui fournisse des renseignements ou des conseils qu'elle aurait pu trouver dans un dépliant émanant du gouvernement, dans une bibliothèque publique ou en consultant un réviseur professionnel. De plus, les réponses qu'ont fournies la requérante et l'intervenant au ministre qui leur demandait de clarifier le rôle de l'intervenant niaient, sans plus, que l'intervenant ait transmis des renseignements confidentiels sur la technologie CALS, sans toucher l'aspect des renseignements concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes-clés du MDN. Par exemple, dans une lettre adressée par l'intervenant à la requérante, au sujet de la possibilité d'un conflit d'intérêts (dont une copie a été remise au MDN), l'intervenant déclare:

[TRADUCTION] À titre de tâche secondaire, je devais, avec les deux employés permanents qui m'étaient assignés, mettre en place la technologie CALS dans tout le MDN. À cette fin, j'étais la figure de proue qui témoignait de l'effort fait pour utiliser la technologie CALS auprès de la direction interne et de la communauté internationale en la matière. Mon «expertise» spécifique en matière de technologie CALS est largement surpassée par les industries du secteur privé, dont beaucoup se sont jointes ou associées à LGS pour entreprendre le projet CCDE. En qualité de directeur principal au MDN, j'étais responsable, non pas de la technologie, mais de la stratégie d'implantation de la technologie CALS. Malgré cela, lorsqu'on nous a demandé de rédiger une stratégie CALS pour l'OTAN, mon personnel a donné un contrat à Computer Sciences Canada, en raison de la vaste expérience de cette société dans le domaine de l'utilisation internationale de la technologie CALS<sup>43</sup>. [Non souligné dans le texte original.]

Les réponses de la requérante ont, de la même façon, insisté sur le fait que l'intervenant ne possédait pas de renseignements «confidentiels» concernant la technologie CALS:

[TRADUCTION] De plus, M. Daws n'avait pas participé à la préparation de la description des travaux du projet CCDE, ou de la demande de propositions, pendant qu'il était au service du MDN et ne pouvait donc transmettre aucun renseignement concernant la demande de propositions à LGS pendant le processus de dépôt des soumissions.

La requérante décrit ainsi le rôle joué par l'intervenant dans la préparation de la réponse à la demande de propositions:

[TRADUCTION] M. Daws a aidé LGS à préparer une réponse à la demande de propositions uniquement par son apport en qualité d'expert relativement à la méthodologie CALS, et il a continué

<sup>43</sup> *Supra*, note 7.

the development of a business strategy for broader participation in the CALS arena.<sup>44</sup>

None of these explanations addresses the possibility of the intervenor assisting the applicant with the specialized knowledge acquired from the involvement the intervenor describes as “the strategy of CALS implementation”. Neither the applicant nor the intervenor provided information or any details of mechanisms put in place to ensure the intervenor would not be put in a position of violating CFAO 19-37 during his contract with the applicant.

On the basis of the evidence before the decision maker, I conclude that it was reasonably open to find the intervenor was not in compliance with paragraph 11 c. of CFAO 19-37.

As I stated earlier, the prohibition in section 28 of DSS-MAS 9676 requires both a finding of non-compliance by the intervenor and a finding that the intervenor derived “direct benefit from [the] contract”. The applicant and the intervenor argued before me that the use of the term “contract”, as distinct from “solicitation” renders irrelevant any consideration of the benefit derived from the intervenor’s work on the applicant’s proposal in response to the RFP. There was no evidence on the record that the intervenor worked for the applicant in the brief period after the contract was awarded and until the stop work order was issued. The respondent argued before me that the use of the term “contract” in DSS-MAS 9676 must be read broadly to include “solicitation of the contract”.

I am not persuaded that the literal interpretation of section 28 of DSS-MAS 9676 suggested by the applicant and the intervenor is appropriate. For ease of reference, I repeat the wording of section 28 of DSS-MAS 9676:

The Contractor agrees that it is a term of the Contract that no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of

<sup>44</sup> *Supra*, at note 5.

d’aider LGS dans l’élaboration d’une stratégie commerciale visant à accroître sa participation dans le marché de la technologie CALS<sup>44</sup>.

Aucune de ces explications ne concerne la possibilité que l’intervenant aide la requérante grâce aux connaissances spécialisées qu’il a acquises en participant à ce que l’intervenant décrit comme [TRADUCTION] «la stratégie d’implantation de la technologie CALS». Ni la requérante ni l’intervenant n’ont fourni de renseignements ou de détails sur les mécanismes mis en place pour assurer que l’intervenant ne soit pas placé dans une situation où il contreviendrait à l’OAFIC 19-37 pendant la durée de son contrat avec la requérante.

Compte tenu de la preuve soumise à l’auteur de la décision, je conclus qu’il lui était raisonnablement possible de statuer que l’intervenant ne s’était pas conformé à l’alinéa 11 c. de l’OAFIC 19-37.

Comme je l’ai déjà mentionné, l’interdiction édictée à l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 exige à la fois une conclusion portant que l’intervenant a commis une infraction et une conclusion selon laquelle l’intervenant a tiré «directement avantage du contrat». La requérante et l’intervenant ont soutenu devant moi que l’utilisation du terme «contrat», par opposition à «appel d’offres», enlève toute pertinence aux questions touchant l’avantage tiré du travail accompli par l’intervenant dans le cadre de la proposition faite par la requérante en réponse à la demande de propositions. Aucun élément de preuve contenu dans le dossier n’établit que l’intervenant a travaillé pour la requérante pendant la brève période qui s’est écoulée entre la passation du marché et l’ordre d’arrêt des travaux. L’intimé a fait valoir que l’utilisation du terme «contrat» dans l’arrêté DSS-MAS 9676 doit recevoir une interprétation libérale qui inclut «l’appel d’offres en vue de la passation du contrat».

Je ne suis pas persuadé que l’interprétation littérale de l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 proposée par la requérante et l’intervenant convienne. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676:

L’entrepreneur convient qu’il s’agit d’une condition du contrat qu’aucun ancien titulaire d’une charge publique au sein du Gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux disposi-

<sup>44</sup> *Supra*, note 5.

Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this Contract.<sup>45</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

If the term “contract” were read so as to exclude the solicitation process, a substantial element of the purpose of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* would be in part defeated. Section 2 of the Code identifies its purpose in part as follows:

2. The object of this Code is to enhance public confidence in the integrity of public office holders and the decision-making process in government

(c) by establishing clear rules of conduct respecting conflict of interest for, and post-employment practices applicable to, all public office holders; and

(d) by minimizing the possibility of conflicts arising between the private interests and public duties of public office holders and providing for the resolution of such conflicts in the public interest should they arise.

The Code continues by identifying the principles to which public office holders should conform:

3. Every public office holder shall conform to the following principles:

(10) Public office holders shall not act, after they leave public office, in such a manner as to take improper advantage of their previous office.<sup>46</sup>

It is entirely inconsistent with the object of enhancing public confidence in the integrity of public office holders and the principle of ensuring that former public office holders do not take improper advantage of their previous office, to read section 28 so as to exempt from scrutiny actions of former public office holders and contractors who mutually benefit from “insider” or “confidential” knowledge merely because the benefit occurs in the process of obtaining a contract and not in fulfilling the contract. Moreover, it is evident from the record that the RFP, the tendering or bidding process, and the contract elements are a continuum. Both the RFP and the eventual contract with the applicant referentially incorporate section 28 of DSS-MAS 9676. It is of

<sup>45</sup> *Supra*, at note 6.

<sup>46</sup> *Supra*, at note 19.

tions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat<sup>45</sup>. [Non souligné dans le texte original.]

Si le terme «contrat» était interprété comme excluant le processus d'appel d'offres, un élément substantiel de l'objet du *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* ne pourrait être atteint. L'article 2 définit, en partie, l'objet du Code comme suit:

2. Le présent code a pour objet d'accroître la confiance du public dans l'intégrité des titulaires de charge publique et dans le processus de prise de décisions du gouvernement

c) en établissant à l'intention des titulaires de charge publique des règles de conduite claires au sujet des conflits d'intérêts et de l'après-mandat;

d) en réduisant au minimum les possibilités de conflit entre les intérêts personnels des titulaires de charge publique et leurs fonctions officielles, et en prévoyant les moyens de régler de tels conflits, le cas échéant, dans l'intérêt public.

Le Code contient ensuite des dispositions énonçant les principes auxquels les titulaires de charge publique doivent se conformer:

3. Le titulaire d'une charge publique doit se conformer aux principes suivants:

(10) À l'expiration de son mandat, il a le devoir de ne pas tirer un avantage indu de la charge publique qu'il a occupée<sup>46</sup>.

Ce serait aller à l'encontre de l'objet qui consiste à accroître la confiance du public dans l'intégrité des titulaires de charge publique et à empêcher les anciens titulaires d'une charge publique de tirer un avantage indu de la charge publique qu'ils ont occupée si on interprétait l'article 28 de façon à soustraire à tout examen les actes des anciens titulaires de charge publique et entrepreneurs qui bénéficient mutuellement de renseignements «d'initié» ou «confidentiels», simplement parce qu'ils tirent cet avantage dans le cadre du processus d'obtention du marché plutôt que dans l'exécution du marché. De plus, il ressort clairement du dossier que la demande de propositions, le processus d'appel d'offres ou de dépôt des soumissions et les éléments du marché consti-

<sup>45</sup> *Supra*, note 6.

<sup>46</sup> *Supra*, note 19.

significance to note the wording in the RFP and the resulting contract. The RFP reads in part as follows:

### 3.0 TERMS AND CONDITIONS OF SOLICITATION AND RESULTING CONTRACT:

Pursuant to the *Department of Supply and Services Act*, R.S.C. 1985, c. S-25, the general terms, conditions and clauses identified herein by title, number and date, are hereby incorporated by reference into and form part of this solicitation, bid and any resulting contract, as though expressly set out herein, subject to any express terms and conditions herein contained.

. . .

#### General Conditions

DSS-MAS 9676 (06/94) General Conditions–Services<sup>47</sup>

The contract between the Minister, representing Her Majesty the Queen, and the applicant contains the following, virtually identical, provision:

### 3.0 TERMS AND CONDITIONS OF CONTRACT

Pursuant to the *Department of Supply and Services Act*, R.S.C. 1985, c. S-25, the general terms, conditions and clauses identified herein by title, number and date, are hereby incorporated by reference into and form part of this contract, as though expressly set out herein, subject to any express terms and conditions herein contained.

. . .

#### General Conditions

DSS-MAS 9676 (06/94) General Conditions–Services<sup>48</sup>

The only difference between the two provisions reflects elements of the continuum to which they relate. If the word “contract” in section 28 of DSS-MAS 9676 is not read broadly to incorporate the solicitation process, then as it applies to the RFP, section 28 of DSS-MAS 9676 is of no consequence. How can it be a term and condition of a proposal or bid that “the contractor” agree that no former public office holder in breach of the Code “derive any direct benefit from this contract”?

tuent un ensemble d'éléments homogène. À la fois la demande de propositions et le marché éventuellement conclu avec la requérante incorporent par renvoi l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. Le libellé de la demande de propositions et du marché qui en a résulté est significatif. La demande de propositions se lit en partie comme suit:

a

### [TRADUCTION] 3.0 CONDITIONS DE L'APPEL D'OFFRES ET DU MARCHÉ EN RÉSULTANT:

b

En vertu de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.C. (1985), ch. S-25, les modalités et clauses désignées par leur titre, numéro et date, sont incorporées aux présentes par renvoi et font partie de l'appel d'offres, de la soumission et de tout marché en résultant, comme si elles y figuraient, sous réserve des modalités expressément stipulées par les présentes.

c

. . .

#### Conditions générales

d

DSS-MAS 9676 (06/94) Conditions générales–Services<sup>47</sup>

Le contrat conclu entre le ministre, représentant Sa Majesté la Reine, et la requérante contient la disposition suivante, qui est pratiquement identique:

e

### 3.0 MODALITÉS DU MARCHÉ

En vertu de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.C. (1985), ch. S-25, les modalités et clauses désignées par leur titre, numéro et date, sont incorporées aux présentes par renvoi et font partie du marché, comme si elles y figuraient, sous réserve des modalités expressément stipulées par les présentes.

f

. . .

#### Conditions générales

g

DSS-MAS 9676 (06/94) Conditions générales–Services<sup>48</sup>

La seule différence entre les deux dispositions reflète les éléments de l'ensemble homogène auxquels elles se rapportent. Si le mot «contrat» dans l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 ne reçoit pas une interprétation large pour englober le processus d'appel d'offres, lorsqu'on l'applique à la demande de propositions, l'article 28 en question n'a aucun effet. Comment se peut-il qu'une condition d'une proposition ou d'une soumission soit que «l'entrepreneur» convienne qu'aucun ancien titulaire de charge publique qui ne se conforme pas au Code ne tire «directement avantage du contrat»?

h

i

<sup>47</sup> Applicant's motion record, v. II, t. 8.

<sup>48</sup> Applicant's motion record, v. I, t. 3.

<sup>47</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 8.

<sup>48</sup> Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 3.

I conclude that the term “contract” in section 28 of DSS-MAS 9676 must be given a broad interpretation commensurate with the purpose and principles of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders*. On the basis of such an interpretation, there can be no doubt that, on the facts before the decision maker in this matter, the intervenor derived a direct benefit from the contract.

The question remains, did the Minister direct his or her mind to whether or not the two requirements under section 28 of DSS-MAS 9676 had been fulfilled? The applicant and intervenor submit that there was no evidence on the record that the possible benefit derived by the intervenor was considered separately by the Minister and that the record indicates that the finding of non-compliance with CFAO 19-37 was the only ground considered for rescinding the contract.

As indicated above, I conclude that it is incapable that the intervenor derived a “direct benefit” from the solicitation process by way of the substantial remuneration received for assisting the applicant in preparing its response to the RFP. While there is nothing on the record to indicate this conclusion was reached in a recorded or formal process, there is nothing in the statutory framework which requires such a process. I return to the words of Décaré J.A. in *Cousineau* [at pages 706-707] on the high threshold which the applicant and intervenor must meet to challenge a decision of this nature:

As by definition the focus of judicial review is on the legality of the federal government’s actions, and the tendering procedure was not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance, it will not be easy, in a situation where the bid documents do not impose strict limitations on the exercise by the Minister of his freedom of choice, to show the nature of the illegality committed by the Minister . . .<sup>49</sup>

It can be said I think, without significant fear of contradiction, that the determination under section 28 of DSS-MAS 9676 is “not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance”. That being so, it is difficult for the applicant and the intervenor to demonstrate any reviewable error by the

<sup>49</sup> *Supra*, at note 15.

Je conclus que le terme «contrat» figurant à l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 doit recevoir une interprétation large à la mesure de l’objet et des principes du *Code régissant la conduite des titulaires de charge en ce qui concerne les conflits d’intérêts et l’après-mandat*. Si on applique cette interprétation, il ne fait aucun doute, à la lumière des faits dont disposait l’auteur de la décision, que l’intervenant a tiré directement avantage du contrat.

Je dois maintenant trancher la question de savoir si le ministre s’est demandé si, oui ou non, les deux exigences posées par l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 avaient été remplies. La requérante et l’intervenant soutiennent que le dossier ne contient aucun élément de preuve selon lequel le ministre aurait examiné séparément l’avantage tiré par l’intervenant, et qu’il indique que la conclusion touchant le non-respect de l’OAFIC 19-37 était l’unique motif pris en compte aux fins de la résolution du marché.

Comme je l’ai indiqué plus haut, je conclus que l’intervenant a nécessairement tiré «directement avantage» du processus d’appel d’offres en recevant une rémunération substantielle pour aider la requérante à préparer sa réponse à la demande de propositions. Bien que le dossier n’indique pas que cette conclusion ait été consignée ou tirée dans le cadre d’un processus formel, aucun élément du régime législatif n’exige que ce soit le cas. Je reviens aux propos tenus par le juge Décaré, dans l’arrêt *Cousineau* [aux pages 706 et 707], en ce qui a trait aux exigences sévères auxquelles la requérante et l’intervenant doivent satisfaire pour contester une décision de cette nature:

Le contrôle judiciaire visant par définition la légalité des actes de l’Administration fédérale, et le processus de demande de soumissions n’étant assujéti à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire, il ne sera pas facile, là où les documents de soumission n’imposent pas de restrictions sévères à l’exercice par le ministre de sa liberté de choix, de démontrer à quelle illégalité s’adonne le ministre . . .<sup>49</sup>

Selon moi, il est possible d’affirmer, sans risquer vraiment de se contredire, que la décision prise en vertu de l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 n’est «assujéti[e] à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire». En conséquence, il est difficile pour la requérante et l’intervenant de démon-

<sup>49</sup> *Supra*, note 15.

Minister. The Minister need not give reasons for his decision under section 28 of DSS-MAS 9676 and he or she need not act within a formal decision-making framework. Although I take cognizance of the argument of the applicant and intervenor that DND had significant involvement in the decision-making process, this role was not an exclusive one and was reasonable given DND's critical role in addressing the intervenor's non-compliance with CFAO 19-37. I do not find on the record before me that, on a balance of probabilities, the decision to rescind the contract was made without regard to the issue of whether the intervenor derived "any direct benefit from [the] contract" or in a manner that so lacked consideration of that question as to constitute a reviewable error on the part of the Minister.

c. Was Procedural Fairness Required and Was It Accorded?

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*<sup>50</sup> Sopinka J., writing for the majority, commented on the duty of fairness, at pages 899-900 as follows:

In accordance with the principles in *Nicholson, supra*, [*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311] however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness. In this regard, I adopt the statement of Lord Denning, M.R., in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.) quoted hereunder. The Race Relations Board was charged with duties similar to those of the Canadian Human Rights Commission. In determining that it was an investigatory body with the duty to act fairly, Lord Denning said, at p. 19:

In recent years we have had to consider the procedure of many bodies who are required to make an investigation and form an opinion . . . . In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and

trer que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire. Le ministre n'est pas tenu de fournir des motifs à l'appui de sa décision en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, ni d'agir dans le cadre d'un processus décisionnel formel. Bien que je connaisse l'argument de la requérante et de l'intervenant selon lequel le MDN a été engagé de façon significative dans le processus décisionnel, ce rôle n'était pas exclusif et était raisonnable, compte tenu du rôle critique du MDN en ce qui a trait au non-respect de l'OAFIC 19-37 par l'intervenant. Le dossier qui m'a été soumis ne m'amène pas à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la décision de résoudre le marché a été prise sans égard à la question de savoir si l'intervenant a tiré «directement avantage du contrat» ou en tenant si peu compte de cette question que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire.

c. L'équité procédurale devait-elle être respectée et l'a-t-elle été?

Dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*<sup>50</sup>, le juge Sopinka a fait, au nom de la majorité, les remarques suivantes relativement au devoir d'agir équitablement aux pages 899 et 900:

Conformément aux principes posés dans l'arrêt *Nicholson*, précité, [*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311] cependant, je complèterais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l'équité procédurale. À cet égard, je fais miens les propos, reproduits ci-dessous, que tient le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.). La Race Relations Board exerçait des fonctions analogues à celles de la Commission canadienne des droits de la personne. En décidant qu'il s'agissait d'un organisme d'enquête ayant l'obligation d'agir équitablement, lord Denning dit, à la p. 19:

[TRADUCTION] Ces dernières années nous avons examiné la procédure de nombreux organismes chargés de faire enquête et de se faire une opinion [ . . . ] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que, dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice

<sup>50</sup> [1989] 2 S.C.R. 879.

<sup>50</sup> [1989] 2 R.C.S. 879.

report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. [Underlining added by me for emphasis.]

In exercising an administrative power to rescind a contract, the respondent was required to give the applicant notice of the case to be met and a fair opportunity to answer that case.

The record shows the following process occurred. The applicant was first called to a meeting with Public Works officials to discuss a complaint to the Minister about the participation of the intervenor in preparation of the applicant's response to the RFP. Following the meeting, the respondent provided a copy of the letter of complaint to the applicant with only the identity of the complainant deleted, and further requested the applicant to supply a detailed explanation of the nature of intervenor's participation in order for the Minister to consider the complaint and what action, if any, would be appropriate in response to the complaint. The text of the complaint letter alleged the intervenor's violation of conflict of interest guidelines on the basis of the intervenor's ability to supply "insider knowledge of the client's [DND's] expectations."<sup>51</sup> There was a further oral communication from Public Works which specifically identified section 28 of DSS-MAS 9676 as the contractual provision of concern.<sup>52</sup> The applicant responded twice to the request by Public Works. The process as described establishes that the applicant knew the case to be met and had a full opportunity to present its case in a time frame that was reasonable in all the circumstances. No allegation of bias has been raised. I conclude that the duty of fairness to the applicant was met.

I find that the respondent did not owe a duty of fairness to the intervenor. The decision here under

<sup>51</sup> *Supra*, at note 2.

<sup>52</sup> *Supra*, at note 5: the letter from the applicant's solicitors states "we understand that in an oral communication with Claude Gelin, Regional Vice-President, National Capital Region, of LGS, you have stated that possible non-compliance under Contract relates to Section 28—Conflict of Interest, incorporated into the Contract pursuant to General Conditions 9676."

en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. [Non souligné dans le texte original.]

En exerçant son pouvoir administratif de résoudre le marché, l'intimé était tenu d'informer la requérante des faits qu'on lui reprochait et de lui fournir une occasion valable d'y répondre.

D'après le dossier, voici le processus qui a été suivi. La requérante a d'abord été convoquée à une réunion avec les représentants de Travaux publics pour discuter d'une plainte adressée au ministre, concernant la participation de l'intervenant à la préparation de la réponse de la requérante à la demande de propositions. À la suite de cette réunion, l'intimé a fourni une copie de la lettre de la plainte à la requérante en biffant uniquement l'identité du plaignant, et il a demandé à la requérante de fournir une explication détaillée de la nature de la participation de l'intervenant afin que le ministre étudie la plainte et détermine quelles mesures devraient être prises, le cas échéant, pour y répondre. Le texte de la plainte contenait des allégations selon lesquelles l'intervenant avait violé les lignes directrices en matière de conflits d'intérêts, du fait qu'il était en mesure de fournir [TRADUCTION] «des renseignements d'initié concernant les attentes du client [le MDN]<sup>51</sup>.» Dans une communication orale ultérieure, Travaux publics a mentionné expressément que la stipulation qui posait un problème était l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676<sup>52</sup>. La requérante a répondu à deux reprises à la demande de renseignements de Travaux publics. Le processus décrit établit que la requérante connaissait les faits qui lui étaient reprochés et qu'elle a eu pleinement l'occasion de faire valoir son point de vue dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances. Aucune allégation de partialité n'a été faite. Je conclus que le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté.

Je statue que l'intimé n'avait aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant. La décision qui

<sup>51</sup> *Supra*, note 2.

<sup>52</sup> *Supra*, note 5: la lettre rédigée par les procureurs de la requérante précise [TRADUCTION] «nous constatons qu'à l'occasion d'une communication orale avec Claude Gelin, vice-président régional, Région de la capitale nationale, de LGS, vous avez mentionné que le non-respect éventuel du marché touche l'article 28—Conflit d'intérêts, incorporé au marché en vertu des Conditions générales 9676.»

review relates to the conduct of the applicant and only incidentally to that of the intervenor. While it may be that the intervenor could have, or has, suffered damage to his reputation, he has alternate and more appropriate means of challenging the finding of his non-compliance with CFAO 19-37. Among appropriate remedies, the applicant may request a written decision and a reconsideration of that decision pursuant to paragraph 17 of Annex D to CFAO 19-37 and further seek judicial review of any reconsideration of the decision as did the applicant in *Peet v. Canada (Attorney General)*.<sup>53</sup> If I am wrong on the issue of a duty of fairness to the intervenor, I find that the opportunity provided indirectly for the intervenor to explain his role and the respondent's consideration of the intervenor's response meets any minimal duty owed.<sup>54</sup>

## V. CONCLUSION

For all of the above reasons, I conclude that this application for judicial review should be dismissed.

Although the applicant had requested costs in its application, it abandoned this requested relief at the hearing of this matter before me in light of Rule 1618 [as enacted *idem*] of the *Federal Court Rules*<sup>55</sup> which provides that no costs are payable in respect of an application for judicial review unless the Court, for special reasons, so orders.

<sup>53</sup> *Supra*, at note 11. While Madam Justice Reed was dealing with the *Conflict of Interest and Post Employment Code for the Public Service*, I see no basis to distinguish her decision on the facts before me.

<sup>54</sup> The intervenor's letter of explanation to the applicant was forwarded to the respondent and was included in the Rule 1612 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] documents filed by the respondent as all of the documents relied on in making its decision—see *supra*, at note 19.

<sup>55</sup> C.R.C., c. 663.

fait l'objet de la demande de contrôle touche la conduite de la requérante et, accessoirement seulement, celle de l'intervenant. L'intervenant aurait pu subir, ou a peut-être subi, un préjudice à sa réputation, mais il existe d'autres moyens, plus appropriés, de contester la conclusion selon laquelle l'O AFC 19-37 n'a pas été respectée. Parmi les recours convenables, la requérante peut demander une décision écrite et un réexamen de cette décision en vertu du paragraphe 17 de l'annexe D de l'O AFC 19-37, puis présenter une demande de contrôle judiciaire du réexamen de cette décision, comme l'a fait la partie requérante dans l'affaire *Peet c. Canada (Procureur général)*.<sup>53</sup> Dans l'éventualité où je ferais erreur en ce qui a trait à la question du devoir d'agir équitablement envers l'intervenant, je conclus que l'occasion fournie indirectement à l'intervenant d'expliquer son rôle et l'examen par l'intimé de la réponse de l'intervenant satisfont aux exigences minimales applicables<sup>54</sup>.

## V. CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

Bien que la requérante ait demandé les dépens de la présente demande, elle s'est désistée de cette demande de redressement au moment de l'audition tenue devant moi, compte tenu de la Règle 1618 [éditée, *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*<sup>55</sup>, selon laquelle il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales.

<sup>53</sup> *Supra*, note 11. Bien que Mme le juge Reed ait examiné le *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre sa décision et les faits qui me sont soumis.

<sup>54</sup> La lettre d'explication adressée par l'intervenant à la requérante a été transmise à l'intimé et incluse dans les documents déposés par l'intimé en vertu de la Règle 1612 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], à titre de documents dont il s'est servi pour rendre sa décision—voir *supra*, note 19.

<sup>55</sup> C.R.C., ch. 663.