

University

Gestion universitaire *Manager*

Fall/Automne
2008



Building a
sustainable
institution

REVIEW

OF UNIVERSITY ENDOWMENT
AND PENSION FUNDS

ANALYSE

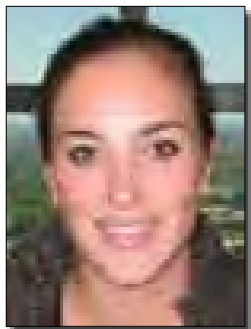
DES FONDS DE DOTATION ET
DES CAISSES DE RETRAITE DES UNIVERSITÉS

New CAUBO President

GARY BREWER

Nouveau président de l'ACPAU





The call for tenders - compliant bids only?

By Denys Bussi eres, Assistant to the Director, Financial Services – Supplies,  cole Polytechnique de Montréal, and St ephane Beaupr e Camirand, law student, Universit  de Sherbrooke

Does a contract giver (owner) have the obligation to award a contract to a bidder that complies with tender specifications? In the case of *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, the Supreme Court of Canada¹ recognized that, if the owner considers that it is in its best interests to waive a non-essential term of a contract, it is within its rights to do so.

The case stems from two companies having made bids following a call for tenders by the City of Edmonton for the supply of equipment and operators. One of the tender conditions stipulated that all machines be 1980 or newer. In its bid, Sureway Construction of Alberta listed a 1980 model as “machine No. 1,” and a 1977 model or 1980 rental unit as “machine No. 2.” When Sureway subsequently said it would supply a 1979 model, the City did not pursue the matter further. Double N Earthmovers Ltd., a rival bidder, claimed that the City breached the duties owed to it under the bidding contract (Contract A) and sued for the profits it would have realized had it been awarded the contract (Contract B)². Double N had informed the City that Sureway did not own 1980 or newer equipment before Contract B was awarded, but the City did not investigate the claim. It was conceded that Contract A arose between the City and Double N.


The Court ruled that Sureway was bound, according to the terms of its bid, to supply machines that were 1980 or newer. The tender documents did not prevent the City from accepting a promise to supply rental equipment. Where an owner accepts only a compliant option offered by a bidder, as the City did in its purchase order, there is no breach of any obligation of fairness owed to other bidders. Since each bidder is legally bound to comply if its bid is accepted, there is no reason why bidders

would expect an owner to investigate whether a bidder will comply. The owner must weigh bids on the basis of what is actually in the bid and not on the basis of subsequently discovered information. Finally, allegations raised by rival bidders do not compel the owners to investigate bids made by others.

Since the City did not enter into a contract on terms other than those set out in the tender documents, it did not breach its obligations to Double N. Contract B formed between the bidder and the owner releases the latter from its obligations to unsuccessful bidders. Contract A is performed where the owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents. Contract B is a distinct contract to which the unsuccessful bidders are not privy.

The conduct Double N complained of occurred after Contract B was awarded. In the law of contracts, Double N cannot require the cancellation of a contract to which it is not privy. Should one of the parties to Contract B fail to respect its commitments, the other party has the contractual rights and remedies set out in the contract. If the owner determines that it is in its best interests to waive a term of the contract, that is within its contractual rights unless the contract stipulates otherwise.

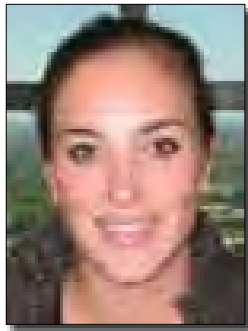
In light of this judgement, it is concluded that the equipment proposed or services offered must meet the tender requirements. The bids must be evaluated with the information at hand and be fair for all bidders. It is of little importance that the bidder can or cannot, at the time the bid is presented, respect its commitments, considering it has the obligation to do so when its bid is accepted. The relevant intention is that which the party in question, by its actions or words,

displays to the other, not some hidden intention which it may have concealed. Members of a bid selection committee must remember that, despite all internal or external pressure put on them during the selection process, they must ensure that the major requirements set out in the tender documents are fully respected. Failure to comply could result in the owner being held liable. Contract B, once formed, gives the right to modify the terms according to the needs of the parties, without any recourse by unsuccessful bidders. 

End notes:

- ¹ *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)* [2007] 1 S.C.R. 116, 2007 SCC 3
- ² The guiding principles for the formation of Contracts A and B in the tender process stem from the judgement in the case of: *The Queen in Right of Canada v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981)





L'appel d'offres : soumissions conformes seulement?

Par Denys Bussières, adjoint à la directrice, Service des finances – approvisionnements, École Polytechnique de Montréal, et Stéphanie Beaupré Camirand, étudiante en droit, Université de Sherbrooke

Le donneur d'ordre a-t-il l'obligation d'adjuger le contrat à un soumissionnaire qui se conforme aux conditions d'appel d'offres? La Cour suprême¹, dans le jugement « *Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton (Ville)* », reconnaît que si le donneur d'ordre considère qu'il est de son intérêt de lever une condition non essentielle d'un contrat, il a le droit de le faire.

Ce litige concerne deux entreprises ayant déposé des soumissions en réponse à un appel d'offres de la Ville d'Edmonton pour la fourniture de machinerie et de conducteurs. Une des conditions de l'appel d'offres stipulait que la machinerie devait comporter des modèles 1980 ou plus récents. Dans sa soumission, Sureway Construction of Alberta a indiqué comme « machine n° 1 » une machine de 1980, et comme « machine n° 2 » soit une machine de 1977 ou une machine de location de 1980. Sureway a fait savoir par la suite qu'elle fournirait une machine de 1979 et la Ville n'a pas insisté. Double N Earthmovers Ltd, soumissionnaire rival, a soutenu que

la Ville avait manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat d'appel d'offres (contrat A) et l'a poursuivie pour les profits qu'elle aurait réalisés si le contrat (contrat B)² lui avait été adjugé.

Double N avait informé la Ville que Sureway ne possédait aucune machine de 1980 ou plus récente avant l'adjudication du contrat B, mais la Ville n'a procédé à aucune vérification. Il a été reconnu qu'il y a eu formation du contrat A entre la Ville et Double N.

La Cour a statué que Sureway était tenue, selon les modalités de sa soumission, de fournir des machines de 1980 ou plus récente. Les documents d'appel d'offres n'empêchaient pas la Ville d'accepter la promesse de fournir une machinerie de location. Le donneur d'ordre qui accepte seulement une option conforme offerte par un soumissionnaire, comme la Ville l'a fait dans son bon de commande, ne manque pas à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Les parties n'ont aucune raison de s'attendre à ce que le donneur d'ordre vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d'acceptation de sa soumission. Le donneur d'ouvrage doit évaluer les soumissions d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. Enfin, les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les donneurs d'ouvrage à vérifier les autres soumissions.

Comme la Ville n'a pas passé un contrat comportant des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres, elle n'a pas manqué à ses obligations envers Double N. La formation du contrat B entre le soumissionnaire et le donneur d'ouvrage libère ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat A est exécuté dès lors que le donneur d'ouvrage procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans le document d'appel d'offres. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus.

Ce dont se plaint Double N est survenu après la formation du contrat B. En droit des contrats, Double N ne peut exiger l'annulation d'un contrat auquel elle n'est

pas partie. Si l'une des parties au contrat B ne respecte pas ses engagements, l'autre partie peut invoquer les droits et recours qui s'offrent à elle selon les termes du contrat. Si le donneur d'ouvrage estime qu'il est dans son intérêt de lever une condition du contrat, il a le droit contractuel de le faire, sauf stipulation contraire au contrat.

À la lumière de ce jugement, on retient que les équipements proposés ou que les services offerts doivent satisfaire aux exigences de l'appel d'offres. L'évaluation des soumissions doit être faite avec l'information en main et être équitable pour l'ensemble des soumissionnaires. Il importe peu que le soumissionnaire puisse, ou non, respecter ses engagements au moment de la présentation de sa soumission, étant donné qu'il a l'obligation de le faire au moment de l'acceptation de sa soumission. L'intention pertinente est celle que la partie en cause fait connaître à l'autre partie, par ses paroles ou ses gestes, et non une intention cachée qu'elle a dissimulée. Les membres d'un comité de sélection se rappelleront que, malgré toutes les pressions internes ou externes exercées sur eux dans le cadre du processus de sélection, ils doivent faire en sorte que les exigences majeures prévues dans les documents d'appel d'offres soient intégralement respectées, à défaut de quoi la responsabilité du donneur d'ordre pourrait être engagée. Le contrat B, une fois formé, donne droit d'en modifier les conditions en fonction des besoins des parties, et ce, sans recours pour les soumissionnaires non retenus.

Notes :

¹ *Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton (Ville)* [2007] 1 R.C.S. 116, 2007 CSC 3

² Les principes directeurs qui régissent la formation des contrats A et B dans le cadre d'appel d'offres prennent source avec l'arrêt *La reine du chef du Canada c. Ron engineering & Construction (Eastern)*, (1981)