

A-310-07
2008 FCA 187

A-310-07
2008 CAF 187

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

**Northrop Grumman Overseas Services Corporation
and Lockheed Martin Corporation** (*Respondents*)

**Northrop Grumman Overseas Services Corporation
et Lockheed Martin Corporation** (*défenderesses*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NORTHROP
GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. NORTHROP
GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sexton, and Ryer
JJ.A.—Ottawa, February 5; May 22, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sexton, et
Ryer, J.C.A.—Ottawa, 5 février; 22 mai 2008.

Internal Trade — Agreement on Internal Trade — Judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision upholding in part complaint of alleged breach of Art. 506(6) of Agreement on Internal Trade (AIT) made by Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) pursuant to Canadian International Trade Tribunal Act (Act), s. 30.11, applicable provisions of Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations (Regulations) — Northrop Overseas, U.S. corporation, alleging Public Works and Government Services Canada (PWGSC), which issued requisitioned procurement, failed to evaluate bids in accordance with request for proposal (RFP) — PWGSC disputing CITT's jurisdiction to hear complaint since Northrop Overseas lacking standing — AIT, Ch. 5 dealing with government procurements — Three conditions to meet in order to apply Ch. 5 of AIT: (1) procurement undertaken by government or listed entity; (2) entity engaged in procurement within Canada; (3) value of procurement meeting, exceeding stated amounts — Pursuant to Act, s. 30.11(1), Northrop Overseas had to demonstrate that "potential supplier" bidding on "designated contract" (Act, s. 30.1, Regulations, s. 3(1)) as described in Art. 502 of AIT — Failed to meet "within Canada" requirement — Relationship between "Canadian supplier", "within Canada" requirement in AIT, Arts. 101(1), 502(1) for non-governmental party to procurement — Majority holding "within Canada" requiring sufficient presence in Canada while entity must have place of business or "permanent establishment" in Canada to meet definition of "Canadian supplier" in Art. 518 — CITT misinterpreting AIT, Art. 502 since failing to consider whether Northrop Overseas met definition of "Canadian supplier" in order to fulfill "within Canada" requirement — Prospect of potentially inefficient, costly duplicative proceedings before CITT, Federal Court unappealing but not for Court to resolve — Application allowed.

Commerce intérieur — Accord sur le commerce intérieur — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien sur le commerce extérieur (le TCCE) a accueilli en partie une plainte à l'égard d'une prétendue violation de l'art. 506(6) de l'Accord sur le commerce intérieur (l'ACI) qu'avait formulée Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) en application de l'art. 30.11 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur (Loi) et des dispositions applicables du Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics (Règlement) — Northrop Overseas, une société américaine, prétendait que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), qui a publié une demande de proposition, n'avait pas évalué les soumissions conformément à la demande de proposition (la DDP) — TPSGC a contesté le fait que le TCCE avait compétence pour instruire la plainte parce que Northrop Overseas n'avait pas qualité pour la déposer — Le ch. 5 de l'ACI porte sur les marchés publics — Trois conditions doivent être remplies pour que le ch. 5 de l'ACI s'applique : 1) le marché doit avoir été passé par un gouvernement ou une entité énumérée; 2) l'entité doit avoir passé un marché au Canada; et 3) la valeur du marché doit être égale ou supérieure aux seuils monétaires prévus — Conformément à l'art. 30.11(1) de la Loi, Northrop Overseas devait démontrer qu'elle était un « fournisseur potentiel » qui avait soumissionné pour un « contrat spécifique » (art. 30.1 de la Loi et art. 3(1) du Règlement) visé à l'art. 502 de l'ACI — Elle n'a pas satisfait à l'exigence découlant des mots « au Canada » — Il y a un lien entre la définition d'un « fournisseur canadien » et l'exigence découlant des mots « au Canada » aux art. 101(1) et 502(1) de l'ACI en ce qui concerne la partie du marché qui n'est pas une entité gouvernementale — La majorité a statué que l'expression « au Canada » exige une présence suffisante au Canada et que l'entité doit avoir un établissement ou un « établissement stable » au Canada pour répondre à la définition de « fournisseur canadien » prévue à l'art. 518 de l'ACI — Le TCCE a fait une mauvaise

Foreign Trade — Judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision upholding in part complaint of alleged breach of Art. 506(6) of Agreement on Internal Trade (AIT) made by Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) pursuant to Canadian International Trade Tribunal Act (Act), s. 30.11, applicable provisions of Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations (Regulations) — Majority holding question of whether trade agreements apply to particular bidder in respect of procurement answered by reference to subject-matter of procurement, circumstances of bidder — First identify subject-matter of procurement, then determine whether subject-matter excluded from ambit of any or all trade agreements.

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian International Trade Tribunal (CITT) upholding in part a complaint of an alleged breach of Article 506(6) of the *Agreement on Internal Trade* (AIT) made by Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) pursuant to subsection 30.11(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act* (Act) and the applicable provisions of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations* (Regulations). Northrop Overseas is a U.S. corporation providing services such as information and technology, electronics, aerospace systems and marine systems. The complaint related to a Department of National Defence requisitioned procurement that was issued by the Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) under a request for proposal (RFP). The RFP was for equipment and training for use with the Canadian Forces fleet of CF-18 aircraft. The contract was awarded to the respondent Lockheed Martin Corporation. The complaint stated that PWGSC had failed to evaluate the bids in accordance with the evaluation plan included in the RFP, thereby violating Article 506(6). PWGSC disputed the fact that the CITT had jurisdiction to hear the complaint because Northrop Overseas was not a Canadian supplier pursuant to Article 518 of the AIT and therefore lacked standing to file a complaint. It stated that its published letter of interest regarding the RFP referred to the AIT but not to the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* (NAFTA) and the *Agreement on Government Procurement* over which the CITT has jurisdiction to hear complaints (Regulations, section

interprétation de l'art. 502 de l'ACI puisqu'il ne s'est pas demandé si Northrop Overseas répondait à la définition de « fournisseur canadien » pour que l'exigence liée aux mots « au Canada » soit respectée — La perspective d'un dédoublement inefficace et coûteux de procédures devant le TCCE et la Cour fédérale n'avait rien de réjouissant, mais ce problème n'était pas du ressort de la Cour — Demande accueillie.

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien sur le commerce extérieur (le TCCE) a accueilli en partie une plainte à l'égard d'une prétendue violation de l'art. 506(6) de l'Accord sur le commerce intérieur (l'ACI) qu'avait formulée Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) en application de l'art. 30.11 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur (Loi) et des dispositions applicables du Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics (Règlement) — La majorité a statué que pour décider si un accord commercial s'applique à un soumissionnaire donné en rapport avec un marché, il faut tenir compte de l'objet du marché et de la situation du soumissionnaire — Le point de départ consisterait à identifier l'objet du marché et à déterminer si cet objet est exclu du champ d'application de l'un ou de plusieurs des accords commerciaux.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) a accueilli en partie une plainte à l'égard d'une prétendue violation du paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur* (l'ACI) qu'avait formulée Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) en application du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi) et des dispositions applicables du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics* (le Règlement). Northrop Overseas est une société américaine qui offre des services en matière d'information et de technologie, d'électronique, de systèmes aérospatiaux et de systèmes maritimes. La plainte portait sur un marché passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada (TPSGC) pour le compte du ministère de la Défense nationale aux termes d'une demande de proposition (la DDP). La DDP visait l'équipement et la formation qui avaient trait à la flotte d'avions CF-18 des Forces canadiennes. Le contrat a été attribué à la défenderesse Lockheed Martin Corporation. Selon la plainte, TPSGC n'avait pas évalué les soumissions conformément au plan d'évaluation inclus dans la DDP, contrevenant ainsi au paragraphe 506(6). TPSGC a contesté le fait que le TCCE avait compétence pour instruire la plainte parce que Northrop Overseas n'était pas un fournisseur canadien en vertu de l'article 518 de l'ACI et n'avait donc pas qualité pour déposer une plainte. Il a indiqué que sa lettre d'intérêt publiée à l'égard de la DDP faisait référence à l'ACI, mais pas à l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le*

2) because the goods and services contemplated in the RFP were specifically excluded therefrom. PWGSC did not indicate that all of the entities that submitted bids pursuant to the RFP would necessarily have the requisite standing to file complaints in respect of alleged breaches of the AIT. The CITT concluded that it had jurisdiction under the Act to hear the complaint. It held that Article 506(6) of the AIT did not apply only in respect of bids made by Canadian suppliers and that it therefore had jurisdiction to hear Northrop Overseas' complaint. The issue was whether the CITT had jurisdiction to hear the complaint.

Held (Létourneau J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per Ryer J.A. (Sexton J.A. concurring): Article 101(1) specifies that the AIT applies to trade within Canada. Therefore, before a bidder can claim any of the AIT's benefits in relation to a procurement on which it bids, it must demonstrate that its prospective or actual trade activities in respect of a particular procurement constitute trade within Canada. Chapter 5 of the AIT deals with government procurements and, in accordance with Article 502, applies only if three conditions are met: (1) the procurement must have been undertaken by the federal government, a provincial government or a listed entity; (2) the particular government entity must have been engaged in a procurement within Canada and; (3) the value of the procurement must meet or exceed specified monetary thresholds. In accordance with subsection 30.11(1) of the Act, Northrop Overseas had to demonstrate that it was a "potential supplier", within the meaning of section 30.1, and that it bid on a "designated contract", within the meaning of section 30.1 of the Act and subsection 3(1) of the Regulations, that is a "contract ... concerning a procurement of goods or services ... as described in Article 502 of" the AIT. The problem facing Northrop Overseas was the "within Canada" requirement of the second condition on government procurements. There is a relationship between the definition of "Canadian supplier" and the "within Canada" requirement in Articles 101(1) and 502(1) of the AIT in so far as the non-governmental party to a procurement is concerned. To meet the "within Canada" requirement in those Articles, the non-governmental party must have a sufficient presence in Canada to enable it to effectuate its obligations under the procurement contract from inside Canada. Similarly, to meet the definition of "Canadian supplier" in Article 518 of the AIT, an entity must have a place of business or "permanent establishment" in Canada. Thus, both a Canadian incorporated corporation, which is wholly owned by non-residents and a Canadian *situs* branch operation of a non-resident corporation are within the contemplation of the definition of "Canadian supplier".

gouvernement des États-Unis du Mexique (l'ALÉNA) et à l'*Accord sur les marchés publics* à l'égard desquels le TCCE a compétence pour instruire les plaintes (article 2 du Règlement) parce que les produits et services faisant l'objet de la DDP étaient expressément exclus de ceux-ci. TPSGC n'a pas indiqué que toutes les entités qui avaient présenté des soumissions dans le cadre de la DDP auraient nécessairement qualité pour déposer une plainte relativement à de prétendues violations de l'ACI. Le TCCE a conclu qu'il avait compétence en vertu de la Loi pour instruire la plainte. Il a statué que le paragraphe 506(6) de l'ACI ne s'appliquait pas uniquement à l'égard des soumissions présentées par des fournisseurs canadiens et qu'il avait donc compétence pour instruire la plainte de Northrop Overseas. Il s'agissait de décider si le TCCE avait compétence pour entendre la plainte.

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A., dissident) : la demande doit être accueillie.

Le juge Ryer, J.C.A. (le juge Sexton, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le paragraphe 101(1) précise que l'ACI s'applique au commerce intérieur au Canada. Par conséquent, avant de pouvoir revendiquer un avantage conféré par l'ACI en rapport avec un marché, un soumissionnaire doit démontrer que ses activités commerciales réelles ou potentielles, eu égard au marché en cause, constituent du commerce intérieur au Canada. Le chapitre 5 de l'ACI porte sur les marchés publics et, conformément à l'article 502, ne s'applique que si trois conditions sont remplies : 1) le marché doit avoir été passé par le gouvernement fédéral, un gouvernement provincial ou une entité énumérée; 2) l'entité gouvernementale en cause doit avoir passé un marché au Canada; et 3) la valeur du marché doit être égale ou supérieure aux seuils monétaires prévus. Conformément au paragraphe 30.11(1) de la Loi, Northrop Overseas devait démontrer qu'elle était un « fournisseur potentiel » au sens de l'article 30.1 et qu'elle avait soumissionné pour un « contrat spécifique » au sens de l'article 30.1 de la Loi et du paragraphe 3(1) du Règlement, soit un « contrat [...] relatif à un marché de fournitures ou de services [...] et visé [...] à l'article 502 de » l'ACI. Le problème auquel Northrop Overseas faisait face était l'exigence découlant des mots « au Canada » à la deuxième condition des marchés publics. Il y a un lien entre la définition d'un « fournisseur canadien » et l'exigence découlant des mots « au Canada » aux paragraphes 101(1) et 502(1) de l'ACI en ce qui concerne la partie du marché qui n'est pas une entité gouvernementale. Pour satisfaire à l'exigence découlant des mots « au Canada » énoncée dans ces dispositions, la partie qui n'est pas une entité gouvernementale doit avoir une présence suffisante au Canada pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations contractuelles depuis le Canada. De même, pour répondre à la définition de « fournisseur canadien » énoncée à l'article 518 de l'ACI, une entité doit avoir un établissement ou un « établissement stable » au Canada. Ainsi, la définition de « fournisseur canadien » vise tant la société constituée au Canada, qui est la propriété exclusive de non-résidents, que la succursale canadienne d'une société non résidente.

The question of whether a trade agreement is applicable to any particular bidder in respect of a procurement should be answered by reference to the subject-matter of the procurement and the circumstances of the bidder. The starting point would be to identify the subject-matter of the procurement and to determine whether that subject-matter is excluded from the ambit of any or all of the trade agreements. While the items contemplated by the procurement herein were specifically excluded from NAFTA and the *Agreement on Government Procurement*, they were not specifically excluded from the AIT. The reference to the AIT in the applicant's letter of interest published on Canada's electronic tendering service simply meant that the AIT has potential application in relation to the subject-matter. It did not have the effect of a government concession or promise that the AIT will necessarily have application to all bidders. An aggrieved bidder must demonstrate that its circumstances are such as to bring it within the scope of the particular trade agreement that it alleges to have been breached.

While the CITT correctly determined that a designated contract has to be a contract described in Article 502, it misinterpreted that Article by failing to consider the "within Canada" requirement, which requires the circumstances of the particular bidder to be considered. CITT did not consider whether Northrop Overseas met the definition of "Canadian supplier" so that the "within Canada" requirement could be met. Whether the CITT has jurisdiction to hear a bidder's complaint or is without jurisdiction because the bidder cannot establish that the designated contract requirement is met and thus cannot be considered a "potential supplier" (since that definition contemplates an actual or prospective bid on a designated contract), the bidder would still be able to apply for judicial review before the Federal Court. While the prospect of potentially inefficient and costly duplicative proceedings before the CITT and the Federal Court is unappealing, a solution to this potential problem lies with the parties to the AIT or possibly with Parliament.

Per Létourneau J.A. (dissenting): The expression "procurement within Canada" found in Article 502 of the AIT in French is "*marchés publics ... passés au Canada*", which simply means that a public deal or contract is done in Canada. There is no requirement in these words that a potential supplier have Canadian nationality or that it possess a place of business in Canada or that the proposed goods originate in Canada. Also, there is nothing in the definitions of "potential supplier" and "designated contract" in section 30.1 of the Act and subsection 3(1) of the Regulations that either authorizes or requires that particular characteristics or circumstances of a bidder be taken into account in determining the nature of the contract. A designated contract for the procurement of goods and services

Pour décider si un accord commercial s'applique à un soumissionnaire donné en rapport avec un marché, il faut tenir compte de l'objet du marché et de la situation du soumissionnaire. Le point de départ consisterait donc à identifier l'objet du marché et à déterminer si cet objet est exclu du champ d'application de l'un ou de plusieurs des accords commerciaux. Bien que les articles envisagés dans le cadre du marché en l'espèce étaient expressément exclus du champ d'application de l'ALÉNA et de l'*Accord sur les marchés publics*, ils n'étaient pas exclus expressément de l'ACI. La référence à l'ACI dans la lettre d'intérêt du demandeur publiée sur le service électronique d'appel d'offres du Canada ne voulait rien dire de plus que l'ACI était d'application possible en ce qui a trait à l'objet du marché. Elle n'avait pas l'effet d'une concession ou d'une promesse du gouvernement aux termes de laquelle l'ACI s'appliquera nécessairement à tous les soumissionnaires. Le soumissionnaire lésé doit faire la démonstration que sa situation est telle qu'il entre dans le champ d'application de l'accord commercial particulier dont il allègue la violation.

Bien que le TCCE ait statué à juste titre qu'un contrat spécifique était nécessairement un contrat visé à l'article 502, il a fait une mauvaise interprétation de cette disposition en omettant de tenir compte de l'exigence découlant des mots « au Canada », selon laquelle il faut tenir compte des circonstances propres au soumissionnaire. Le TCCE ne s'est pas demandé si Northrop Overseas répondait à la définition de « fournisseur canadien » de sorte que l'exigence liée aux mots « au Canada » puisse être respectée. Que le TCCE ait la compétence d'entendre la plainte d'un soumissionnaire ou n'ait pas la compétence de le faire parce que le soumissionnaire n'est pas en mesure d'établir que l'exigence liée au contrat spécifique est remplie et ne répond donc pas à la définition de « fournisseur potentiel » (puisque cette dernière vise le soumissionnaire réel ou potentiel d'un contrat spécifique), le soumissionnaire serait néanmoins en mesure de demander un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Même si la perspective d'un dédoublement inefficace et coûteux de procédures devant le TCCE et la Cour fédérale n'a rien de réjouissant, la solution au problème éventuel se trouve entre les mains des parties à l'ACI ou peut-être du législateur.

Le juge Létourneau, J.C.A. (dissident) : L'expression « *procurement within Canada* », qui se trouve à l'article 502 de l'ACI, correspond en français à « marchés publics [...] passés au Canada »; ces termes signifient simplement qu'un marché ou un contrat public a été fait au Canada. Il n'y a dans ces termes aucune obligation pour un fournisseur potentiel d'avoir la nationalité canadienne ou de posséder un établissement au Canada ou que les produits visés par la proposition soient d'origine canadienne. En outre, il n'y a rien dans les définitions du « fournisseur potentiel » et du « contrat spécifique » à l'article 30.1 de la Loi et au paragraphe 3(1) du Règlement qui autorise ou exige la prise en compte des caractéristiques ou de la situation particulières d'un soumissionnaire pour déterminer

cannot be a designated contract for some bidders and not for others.

The CITT correctly concluded that the parties to the AIT did not intend to limit the rights and obligations thereof to Canadian suppliers. The AIT refers sometimes to suppliers and sometimes to Canadian suppliers when it is intended that some provisions apply only to Canadian suppliers. Since Chapter 5 of the AIT clearly intends that certain rights apply to non-Canadian suppliers, the coverage of the AIT is not limited to Canadian suppliers. The question of whether a supplier that is not a Canadian supplier is entitled to be awarded a contract involves the merit of the awarding of the contract, not the jurisdiction of the CITT.

Because the complaint process in relation to the same procurement and contract is split into two processes following parallel but different tracks — one before the CITT and one before the Federal Court — this may potentially result in conflicting decisions and create inefficient delays and undue costs as the two review processes do not operate at the same pace. In order for a complaint procedure to be efficient, the decision resulting therefrom must be enforceable within a reasonable period of time. Doubt is cast on the finality and enforceability of the decision already rendered where another complaint remains pending in another process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement on Government Procurement, Annex 4 of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3.

Agreement on Internal Trade, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995), Arts. 100, 101, 501, 502, 504, 506, 513, 514, 518 “Canadian supplier”, “place of business”, Annex 502.1A.

Agreement on Internal Trade Implementation Act, S.C. 1996, c. 17.

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 30.1 “complaint” (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), “designated contract” (as enacted *idem*), “government institution” (as enacted *idem*), “interested party” (as enacted *idem*), “potential supplier” (as enacted *idem*; 1994, c. 47, s. 39), 30.11 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44; 1994, c. 47, s. 40(E); 1999, c. 12, s. 61(E)), 30.12 to 30.19 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44).

Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations, SOR/93-602, ss. 1 (as am. by SOR/95-300, s. 2), 2 “Agreement on Government

la nature du contrat. Un contrat spécifique relatif à un marché de fournitures ou de services ne peut être un contrat spécifique pour certains soumissionnaires mais cesser de l’être pour d’autres.

Le TCCE a statué à juste titre que les parties à l’ACI n’avaient pas l’intention de limiter son champ d’application aux fournisseurs canadiens. L’ACI fait parfois référence aux fournisseurs et parfois aux fournisseurs canadiens lorsqu’une disposition est destinée à ne s’appliquer qu’aux fournisseurs canadiens. Comme le chapitre 5 de l’ACI indique clairement que le champ d’application de celui-ci n’est pas limité aux fournisseurs canadiens, l’ACI inclut les fournisseurs non canadiens. La question de savoir si un fournisseur qui n’est pas un fournisseur canadien peut se voir attribuer un contrat concerne le bien-fondé du choix du fournisseur à qui le contrat est accordé, et non la compétence du TCCE.

Comme la procédure de plainte à l’égard du même marché et du même contrat est scindée en deux parcours parallèles mais distincts — un devant le TCCE et l’autre devant la Cour fédérale — cette bifurcation peut entraîner des décisions contradictoires et entraîner des retards improductifs et des frais excessifs puisque les deux procédures n’évoluent pas au même rythme. Pour qu’une procédure de plainte soit efficace, la décision qui en découle doit pouvoir être exécutée dans un délai raisonnable. Le fait qu’une autre plainte soit en instance dans le cadre d’une autre procédure jette un doute quant au caractère définitif et exécutoire de la décision déjà rendue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 102(1)a).

Accord sur le commerce intérieur, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995), art. 100, 101, 501, 502, 504, 506, 513, 514, 518 « établissement », « fournisseur canadien », annexe 502.1A.

Accord sur les marchés publics, annexe 4 de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3.

Loi de mise en œuvre de l’Accord sur le commerce intérieur, L.C. 1996, ch. 17.

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 30.1 « contrat spécifique » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « fournisseur potentiel » (édicte, *idem*; 1994, ch. 47, art. 39), « institution fédérale » (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), « intéressée » (édicte, *idem*), « plainte » (édicte, *idem*), 30.11 (édicte, *idem*, ch. 47, art. 40(A); 1999, ch. 12, art.

Procurement” (as enacted by SOR/96-30, s. 1), 3(1) (as am by SOR/2005-207, s. 2), 7(1) (as am. *idem*, s. 5).

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 102(1)(a).

61(A)), 30.12 à 30.19 (édités par L.C. 1993, ch. 44, art. 44).

Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/93-602, art. 1 (mod. par DORS/95-300, art. 2), 2 « Accord sur les marchés publics » (édité par DORS/96-30, art. 1), 3(1) (mod. par DORS/2005-207, art. 2), 7(1) (mod., *idem*, art. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc., [1999] 2 F.C. 514; (1999), 236 N.R. 143 (C.A.); *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 267 N.R. 173; 2001 FCA 48.

AUTHORS CITED:

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from a decision of the Canadian International Trade Tribunal (*Northrop Grumman Overseas Services Corporation v. Department of Public Works and Government Services* PR-2007-008 (CITT)) upholding in part a complaint of an alleged breach of Article 506(6) of the *Agreement on Internal Trade* (AIT) made by Northrop Grumman Overseas Services Corporation pursuant to subsection 30.11(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act* and the applicable provisions of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*. Application allowed.

APPEARANCES:

Alexander M. Gay for applicant.
Barbara A. McIsaac, Q.C. and Benjamin Mills for respondent Northrop Grumman Overseas Services Corporation.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc., [1999] 2 C.F. 514 (C.A.); *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 48.

DOCTRINE CITÉE :

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEL de la décision (*Northrop Grumman Overseas Services Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, PR-2007-008 (TCCE)) par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a accueilli en partie une plainte à l'égard d'une prétendue violation du paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur* (l'ACI) qu'avait formulée Northrop Grumman Overseas Services Corporation en application du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* et des dispositions applicables du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Alexander M. Gay pour le demandeur.
Barbara A. McIsaac, c.r. et Benjamin Mills pour la défenderesse Northrop Grumman Overseas Services Corporation.

Richard A. Wagner for respondent Lockheed Martin Corporation.

Richard A. Wagner pour la défenderesse Lockheed Martin Corporation.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for respondent Northrop Grumman Overseas Services Corporation.

Ogilvy Renault LLP, Ottawa, for respondent Lockheed Martin Corporation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RYER J.A. :

INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Canadian International Trade Tribunal (the CITT) (File No. PR 2007-08) [*Northrop Grumman Overseas Services Corporation v. Department of Public Works and Government Services*], upholding, in part, a complaint of an alleged breach of Article 506(6) of the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995)] (the AIT) made by Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas), pursuant to subsection 30.11(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the Act) and the applicable provisions of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 [s. 1 (as am. by SOR/95-300, s. 2)] (the Regulations). The complaint relates to a Department of National Defence (DND) requisitioned procurement that was issued by the Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) under a request for proposal under Solicitation No. W8475-02BA1/C and File No. 230bb.W8475-02BA1 (the RFP). Unless otherwise indicated, all references to an Article in these reasons shall be to the corresponding provision of the AIT.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Northrop Grumman Overseas Services Corporation.

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Lockheed Martin Corporation.

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

LE JUGE RYER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) (dossier n° PR-2007-08) [*Northrop Grumman Overseas Services Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*] a accueilli en partie une plainte à l'égard d'une prétendue violation du paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur* [*Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)] (l'ACI) qu'avait formulée Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop Overseas) en application du paragraphe 30.11(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (la Loi) et des dispositions applicables du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 [art. 1 (mod. par DORS/95-300, art. 2)] (le Règlement). La plainte portait sur un marché passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada (TPSGC) pour le compte du ministère de la Défense nationale (le MDN) aux termes d'une demande de proposition pour l'invitation n° W8475-02BA1/C et le dossier n° 230bb.W8475-02BA1 (la DDP). Sauf indication contraire, dans le présent exposé des motifs, les mentions faites aux dispositions d'un article renvoient aux dispositions correspondantes de l'ACI.

[2] The application before this Court deals only with the issue of whether the CITT had jurisdiction to hear the complaint.

[3] PWGSC contends that Northrop Overseas has no standing to make the complaint because Northrop Overseas is not a Canadian supplier, within the meaning of Article 518 (a Canadian supplier). As a result, PWGSC argues that the CITT has no jurisdiction to hear the complaint. In response, Northrop Overseas submits that Canadian supplier status is not a precondition to the jurisdiction of the CITT to hear a complaint with respect to an alleged breach of the AIT. In any event, Northrop Overseas contends that it does have the status of a Canadian supplier.

BACKGROUND

[4] Northrop Grumman Corporation (Northrop parent) is a U.S. corporation, incorporated in the State of Delaware. It provides a wide range of services, including information and technology services, electronics, aerospace systems and marine systems. It operates through a number of divisions and related corporate entities.

[5] Northrop Overseas is a Delaware incorporated corporation that is a wholly owned subsidiary of Northrop Parent.

[6] Northrop Grumman Canada (2004) Inc. (Northrop Canada) is a Canadian incorporated corporation that is a subsidiary of Northrop parent and a sister corporation to Northrop Overseas. Northrop Canada also operates, when appropriate, as a Canadian business for the delivery of products and services in co-ordination with Northrop Overseas. In relation to contract W8482-071072/001/QC, dated December 20, 2006, between PWGSC and Northrop Overseas, Northrop Canada and Northrop Overseas entered into an agreement which provided that marine navigation equipment, the subject of that contract, could be delivered to the Government of Canada through the auspices of Northrop Canada. The record before the Court does not contain any reference to any similar type of agreement between Northrop Overseas and Northrop

[2] La demande dont est saisie la Cour porte uniquement de la question de savoir si le TCCE a compétence pour entendre la plainte.

[3] TPSGC prétend que Northrop Overseas n'a pas qualité pour présenter la plainte parce qu'elle n'est pas un fournisseur canadien au sens de l'article 518 (fournisseur canadien). Par conséquent, TPSGC fait valoir que le TCCE n'a pas compétence pour instruire la plainte. En réponse, Northrop Overseas fait valoir que la qualité de fournisseur canadien n'est pas une condition préalable à la compétence du TCCE d'entendre une plainte portant sur une prétendue violation de l'ACI. Quoi qu'il en soit, Northrop Overseas prétend qu'elle a bel et bien la qualité de fournisseur canadien.

CONTEXTE

[4] Northrop Grumman Corporation (la société mère Northrop) est une société américaine constituée dans l'État du Delaware. Elle offre une vaste gamme de services, notamment en matière d'information et de technologie, d'électronique, de systèmes aérospatiaux et de systèmes maritimes. Elle exerce ses activités par l'entremise d'un certain nombre de divisions et de sociétés liées.

[5] Northrop Overseas, société constituée au Delaware, est une filiale à cent pour cent de la société mère Northrop.

[6] Northrop Grumman Canada (2004) Inc. (Northrop Canada), société constituée au Canada, est une filiale de la société mère Northrop et une société sœur de Northrop Overseas. Northrop Canada exerce également ses activités, lorsque cela est indiqué, en tant qu'entreprise canadienne de livraison de produits et services en coordination avec Northrop Overseas. En ce qui a trait au marché W8482-071072/001/QC, en date du 20 décembre 2006, intervenu entre TPSGC et Northrop Overseas, Northrop Canada et Northrop Overseas ont conclu un accord prévoyant que l'équipement de navigation maritime, soit l'objet du marché, pouvait être livré au gouvernement du Canada par l'intermédiaire de Northrop Canada. Le dossier déposé en Cour ne fait mention d'aucun accord de ce type entre Northrop Overseas et Northrop Canada

Canada in relation to the provision of the goods and services that are the subject of the RFP.

[7] The procurement described in the RFP was for 36 advanced multi-role infrared sensor (AMIRS) targeting pods, including spares, equipment and training for use with the Canadian Forces fleet of CF-18 aircraft.

[8] In response to the RFP, bids were submitted by Northrop Overseas, Lockheed Martin Corporation (Lockheed) and Raytheon Corporation (Raytheon).

[9] PWGSC awarded the contract to Lockheed on March 22, 2007. Under the contract, Lockheed is to be paid US\$89 487 521 for the AMIRS targeting pods and US\$50 357 649 in respect of in-service support.

[10] On April 17, 2007, Northrop Overseas filed a complaint with the CITT stating that PWGSC had failed to evaluate the bids in accordance with the evaluation plan included in the RFP. Consequently, Northrop Overseas alleged that PWGSC had violated Article 506(6).

[11] On April 25, 2007, the CITT notified PWGSC and Northrop Overseas that the complaint had been accepted for inquiry in accordance with subsection 30.13(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the Act and subsection 7(1) [as am. by SOR/2005-207, s. 5] of the Regulations. However, prior to hearing the merits of the complaint, the CITT requested PWGSC to provide its position with respect to whether Northrop Overseas has standing to make the complaint.

[12] In response to the CITT's notification, on May 2, 2007, PWGSC applied to the CITT for an order dismissing the complaint on the basis that Northrop Overseas does not have standing to file a complaint in respect of an alleged breach of a provision of the AIT because Northrop Overseas is not a Canadian supplier. In that correspondence, PWGSC noted that the Letter of Interest that it published on MERX [Canada's Electronic Tendering Service], an electronic tendering service, referred to the AIT but not to either of the other two trade agreements in relation to which the CITT has jurisdiction to hear

relativement à la fourniture de produits et de services faisant l'objet de la DDP.

[7] Le marché décrit dans la DDP visait 36 nacelles de désignation d'objectif munies de capteurs infrarouges multirôles de pointe (CIMP) pour la flotte d'aéronefs CF-18 des Forces canadiennes, y compris les pièces de rechange, l'équipement et la formation.

[8] En réponse à la DDP, Northrop Overseas, Lockheed Martin Corporation (Lockheed) et Raytheon Corporation (Raytheon) ont présenté des soumissions.

[9] TPSGC a attribué le contrat à Lockheed le 22 mars 2007. Selon les termes du marché, Lockheed devait recevoir 89 487 521 \$US pour les nacelles de désignation d'objectif dotées de CIMP et 50 357 649 \$US pour le soutien en service.

[10] Le 17 avril 2007, Northrop Overseas a déposé une plainte auprès du TCCE au motif que TPSGC n'avait pas évalué les soumissions conformément au plan d'évaluation inclus dans la DDP. Par conséquent, Northrop Overseas alléguait que TPSGC avait contrevenu au paragraphe 506(6).

[11] Le 25 avril 2007, le TCCE a avisé TPSGC et Northrop Overseas qu'il allait enquêter sur la plainte en conformité avec le paragraphe 30.13(1) [édicé par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la Loi et le paragraphe 7(1) [mod. par DORS/2005-207, art. 5] du Règlement. Toutefois, avant de procéder à l'instruction de la plainte au fond, le TCCE a demandé à TPSGC de lui faire part de sa position concernant la question de savoir si Northrop Overseas avait la qualité requise pour formuler une plainte.

[12] Le 2 mai 2007, en réponse à l'avis du TCCE, TPSGC a demandé à ce dernier de rendre une ordonnance rejetant la plainte au motif que Northrop Overseas n'avait pas qualité pour déposer une plainte au sujet d'une prétendue violation d'une disposition de l'ACI puisqu'elle n'était pas un fournisseur canadien. Dans sa lettre, TPSGC faisait remarquer que la Lettre d'intérêt qu'il avait publiée dans MERX [Services d'appels d'offres électroniques au Canada], un service électronique d'appel d'offres, mentionnait l'ACI mais pas les deux autres accords commerciaux à l'égard desquels le TCCE avait

complaints, namely, NAFTA [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] and the “Agreement on Government Procurement”, as defined in section 2 [as enacted by SOR/96-30, s. 1] of the Regulations. In particular, at page 2 of that correspondence, PWGSC explained why NAFTA and the *Agreement on Government Procurement* [Annex 4 of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organisation*, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3] were specifically inapplicable to the procurement embodied in the RFP, stating:

2. This requirement [the RFP] falls under Federal Supply Classification (FSC) Group 12, Fire Control Equipment, subcategory 1230 — “Fire Control Systems” and is subject to the Agreement on Internal Trade (AIT). Pursuant to paragraph 2 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Annex 1001.1b-1, Section A, for procurement on behalf of DND, only the goods listed in Section B of the Annex are included in coverage. Also, pursuant to paragraph 1 of the Notes under NAFTA Annex 1001.1b-2, all services, with reference to goods purchased by DND that are not identified as subject to coverage under Annex 1001.1b-1, are also excluded from coverage. FSC Group 12 is not included under NAFTA Annex 1001.1b-1, Section B. Consequently, this requirement is excluded from coverage under the NAFTA. A similar exclusion applies under the World Trade Organization Agreement on Government Procurement, Canada Index. It is also noted that as the requirement is for armaments, it is also subject to the International Trade in Arms Regulations (ITARs).

Thus, this correspondence postulates that the goods and services contemplated in the RFP were specifically excluded from the scope of NAFTA and the *Agreement on Government Procurement* but were not excluded from the scope of the AIT. However, as will be seen later in these reasons, this correspondence does not indicate that all of the entities that submitted bids pursuant to the RFP would, by virtue of having submitted bids, necessarily have the requisite standing to file complaints in respect of alleged breaches of the provisions of Chapter 5 of the AIT. Moreover, a review of the RFP that was included in the record reveals that the RFP, itself, makes no reference to the AIT.

compétence pour instruire les plaintes, à savoir l’ALÉNA [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] et l’« Accord sur les marchés publics », définis à l’article 2 [édicte par DORS/96-30, art. 1] du Règlement. Plus précisément, TPSGC expliquait, à la page 2 de sa lettre, pourquoi l’ALÉNA et l’*Accord sur les marchés publics* [annexe 4 de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3] ne s’appliquaient pas au marché décrit dans la DDP :

[TRADUCTION]

2. Cette réquisition [la DDP] relève du groupe 12 de la Federal Supply Classification (FSC), Matériel de conduite de tir, sous-catégorie 1230 — « Systèmes de conduite de tir » et est assujettie à l’Accord sur le commerce intérieur (ACI). Suivant l’Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), en son annexe 1001.1b-1, section A, paragraphe 2, dans le cas des produits achetés pour le compte du MDN, seuls ceux listés à la section B de l’annexe sont visés. De plus, suivant le paragraphe 1 des notes afférentes à l’annexe 1001.1b-2 de l’ALÉNA, en ce qui concerne les produits qui sont achetés par le MDN et qui ne sont pas visés par l’annexe 1001.1b-1, tous les services sont également soustraits aux règles. Le groupe 12 de la FSC ne figure pas à l’annexe 1001.1b-1 de l’ALÉNA, section B. Par conséquent, la réquisition n’est pas incluse dans le champ d’application de l’ALÉNA. Une exclusion similaire s’applique en vertu de l’Accord sur les marchés publics de l’Organisation mondiale du commerce (répertoire canadien). Il convient également de noter que la réquisition, puisqu’elle porte sur de l’armement, est par ailleurs assujettie à l’International Trade in Arms Regulations (ITAR).

Ainsi, selon cette lettre, les produits et services faisant l’objet de la DDP étaient expressément exclus du champ d’application de l’ALÉNA et de l’*Accord sur les marchés publics*, mais pas de l’ACI. Toutefois, comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, la lettre n’indique pas que toutes les entités qui ont présenté des soumissions dans le cadre de la DDP auraient nécessairement, du fait de la présentation d’une telle soumission, qualité pour déposer une plainte relativement à de prétendues violations de dispositions du chapitre 5 de l’ACI. En outre, l’examen de la DDP versée au dossier révèle que celle-ci ne comporte en soi aucune référence à l’ACI.

THE DECISION OF THE CITT

[13] The CITT granted Lockheed and Raytheon intervenor status in the proceedings, which dealt with both the jurisdictional issue and the merits of the complaint.

[14] On June 8, 2007, the CITT held that it had jurisdiction to conduct an inquiry with respect to the complaint. In its reasons for this decision, which were issued on September 12, 2007, the CITT stated that its jurisdiction to hear procurement complaints is based upon the provisions of sections 30.1 to 30.19 [ss. 30.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44; 1994, c. 47, s. 39), 30.11 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44; 1994, c. 47, s. 40(E); 1999, c. 12, s. 61(E)), 30.12 to 30.19 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44)] of the Act. These provisions create a dispute resolution mechanism in respect of the procurement provisions of trade agreements, including the AIT. The CITT referred specifically to subsection 30.11(1) of the Act, which reads as follows:

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

[15] The CITT held that the term “potential supplier” [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44; 1994, c. 47, s. 39] identifies the person who has standing to initiate a complaint under subsection 30.11(1) of the Act and that the term “designated contract” [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] identifies the subject-matter of the complaint. Those definitions, in section 30.1 of the Act, were reproduced by the CITT and read as follows:

30.1 ...

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

...

“potential supplier” means, subject to any regulations made under paragraph 40(f.1), a bidder or prospective bidder on a designated contract.

LA DÉCISION DU TCCE

[13] Le TCCE a accordé à Lockheed et Raytheon le statut d'intervenantes dans l'instance, qui portait à la fois sur la question de la compétence et sur le bien-fondé de la plainte.

[14] Le 8 juin 2007, le TCCE a statué qu'il avait compétence pour faire enquête sur la plainte. Dans les motifs de la décision, rendus le 12 septembre 2007, le TCCE a écrit que sa compétence pour connaître des plaintes relatives à des marchés était fondée sur les articles 30.1 à 30.19 [art. 30.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44; 1994, ch. 47, art. 39), 30.11 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44; 1994, ch. 47, art. 40(A); 1999, ch. 12, art. 61(A)), 30.12 à 30.19 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44)] de la Loi. Ces dispositions créent un mécanisme de règlement des différends à l'égard des dispositions sur les marchés d'accords commerciaux, notamment l'ACI. Le TCCE a fait expressément référence au paragraphe 30.11(1) de la Loi, ainsi libellé :

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

[15] Le TCCE a jugé que le terme « fournisseur potentiel » [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44; 1994, ch. 47, art. 39] désignait les personnes ayant qualité pour déposer une plainte sous le régime du paragraphe 30.11(1) de la Loi et que le terme « contrat spécifique » [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] désignait l'objet de la plainte. Les définitions des termes, tirées de l'article 30.1 de la Loi, ont été reproduites par le TCCE. Elles sont rédigées comme suit :

30.1 [...]

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

« fournisseur potentiel » Sous réserve des règlements pris en vertu de l'alinéa 40f.1), tout soumissionnaire — même potentiel — d'un contrat spécifique.

[16] The CITT stated that subsections 3(1) [as am. by SOR/2005-207, s. 2] and 7(1) of the Regulations set more precise parameters for the exercise of the CITT's jurisdiction to hear procurement complaints. The CITT referred to subsection 3(1) of the Regulations and reproduced it, in a partially redacted form, to reflect the inapplicability of NAFTA and the *Agreement on Government Procurement*, as follows:

3. (1) For the purposes of the definition “designated contract” in section 30.1 of the Act, any contract or class of contract concerning a procurement of goods or services or any combination of goods or services, as described in ... Article 502 of the Agreement on Internal Trade, ... is a designated contract.

[17] The CITT noted the reference in subsection 3(1) of the Regulations to Article 502 but did not reproduce that Article. Instead, at paragraph 19 of its reasons, the CITT stated:

Article 502 of the *AIT* essentially limits the coverage of the procurement chapter of the *AIT* to procurement over specified dollar values and excludes certain procuring entities from coverage.

As will be seen later in these reasons, the CITT failed to consider an important component of Article 502. The relevant portion of that provision is as follows:

Article 502: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

- (a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods. [Emphasis added.]

The decision of the CITT discloses no indication that the CITT considered the underlined portion of that Article.

[18] The CITT stated that subsection 7(1) of the Regulations further delineates the jurisdiction of the CITT by specifying three conditions that must be met before a complaint can be accepted. The CITT reproduced subsection 7(1) of the Regulations, which reads as follows:

[16] Le TCCE a déclaré que les paragraphes 3(1) [mod. par DORS/2005-207, art. 2] et 7(1) du Règlement établissaient des paramètres régissant l'exercice de la compétence du TCCE pour entendre des plaintes relatives à des marchés. Il a reproduit le paragraphe 3(1) du Règlement pour illustrer l'inapplicabilité de l'ALÉNA et de l'*Accord sur les marchés publics*, en expurgeant la disposition en partie, de la façon suivante :

3. (1) Pour l'application de la définition de « contrat spécifique » à l'article 30.1 de la Loi, est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché de fournitures ou services ou de toute combinaison de ceux-ci, accordé par une institution fédérale — ou qui pourrait l'être — et visé, [...] à l'article 502 de l'Accord sur le commerce intérieur [...]

[17] Le TCCE a noté que le paragraphe 3(1) du Règlement renvoyait à l'article 502, mais il n'a pas reproduit cet article. Au lieu de cela, il écrit, au paragraphe 19 de ses motifs :

L'article 502 de l'*ACI* limite pour l'essentiel l'application du chapitre de l'*ACI* sur les marchés publics à certaines valeurs monétaires et exclut certaines entités acheteuses du champ d'application.

Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, le TCCE a omis d'examiner un élément important de l'article 502. L'extrait pertinent de cet article est le suivant :

Article 502 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre d'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l'annexe 502.1A :

- a) les marchés d'une valeur d'au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits. [Non souligné dans l'original.]

Rien dans la décision du TCCE ne tend à indiquer que la partie soulignée de l'article ait été prise en compte.

[18] Le TCCE a dit que le paragraphe 7(1) du Règlement crée des limites additionnelles à sa compétence en précisant trois conditions préalables à l'acceptation d'une plainte. Le TCCE a reproduit le paragraphe 7(1) du Règlement, rédigé comme suit :

7. (1) The Tribunal shall, within five working days after the day on which a complaint is filed, determine whether the following conditions are met in respect of the complaint:

- (a) the complainant is a potential supplier;
- (b) the complaint is in respect of a designated contract; and
- (c) the information provided by the complainant, and any other information examined by the Tribunal in respect of the complaint, discloses a reasonable indication that the procurement has not been carried out in accordance with ... Chapter Five of the Agreement on Internal Trade

[19] The CITT held that because Northrop Overseas made a bid in response to the RFP and because the contract related to a procurement of the type contemplated by Article 502, there was a designated contract. It followed that the conditions in paragraphs 7(1)(a) and (b) of the Regulations had been satisfied. The CITT further held that nothing in the definition of “potential supplier” or “designated contract” imposes a nationality requirement on a complainant.

[20] As paragraph 7(1)(c) of the Regulations requires a reasonable indication that there has been a violation of a provision of Chapter 5 of the AIT, the CITT held that if the particular provision of that chapter that has allegedly been violated imposed a nationality requirement on the complainant, the CITT would not have jurisdiction to hear the complaint, unless such a requirement had been met.

[21] The CITT rejected PWGSC’s argument that, since the definition of “designated contract” in subsection 3(1) of the Regulations refers to a contract described in Article 502, the CITT only has jurisdiction to hear a complaint in respect of such a contract if it is made by a Canadian supplier, having regard to the stated purpose of Chapter 5 of the AIT, in Article 501, and the overall context of the AIT itself, as evidenced by Article 101(3). In doing so, the CITT held that Articles 101(3) and 501 were not substantive provisions. In addition, the CITT held that nothing in those provisions expressly imposed the Canadian supplier limitation that was argued by PWGSC and that the absence of such a limitation would not prevent the achievement of the stated goal, in Article 501, of equal access for all Canadian suppliers in procurements conducted by the parties to the AIT.

7. (1) Dans les cinq jours ouvrables suivant la date du dépôt d’une plainte, le Tribunal détermine si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le plaignant est un fournisseur potentiel;
- b) la plainte porte sur un contrat spécifique;
- c) les renseignements fournis par le plaignant et les autres renseignements examinés par le Tribunal relativement à la plainte démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n’a pas été suivie conformément [...] au chapitre cinq de l’Accord sur le commerce intérieur [...]

[19] Le TCCE a estimé qu’il y avait contrat spécifique parce que Northrop Overseas avait présenté une soumission en réponse à la DDP et que le contrat concernait un marché visé par l’article 502. Il s’ensuivait que les conditions énoncées aux alinéas 7(1)a) et b) du Règlement avaient été remplies. Le TCCE a aussi jugé que la définition de « fournisseur potentiel » ou de « contrat spécifique » n’imposait nullement d’obligation au plaignant au plan de la nationalité.

[20] Puisque l’alinéa 7(1)c) du Règlement exige que l’on démontre dans une mesure raisonnable qu’il y a eu violation d’une disposition du chapitre 5 de l’ACI, le TCCE a jugé que si la disposition prétendument transgressée de ce chapitre imposait une condition de nationalité au plaignant, il n’aurait pas compétence pour instruire la plainte, à moins que cette condition n’ait été remplie.

[21] Le TCCE a rejeté l’argument de TPSGC, qui a fait valoir qu’étant donné que la définition du « contrat spécifique » figurant au paragraphe 3(1) du Règlement renvoie à un contrat visé à l’article 502, le TCCE n’avait compétence pour instruire la plainte relative à un tel contrat que si elle était déposée par un fournisseur canadien, compte tenu de l’objet déclaré du chapitre 5 de l’ACI, à l’article 501, et du cadre global de l’ACI même, dont atteste le paragraphe 101(3). Ce faisant, le TCCE a statué que le paragraphe 101(3) et l’article 501 n’étaient pas des dispositions de fond. En outre, le TCCE a jugé que ces dispositions ne prévoyaient pas expressément l’obligation d’être un fournisseur canadien, ainsi que le soutenait TPSGC, et que l’absence d’une telle limitation n’empêchait pas la réalisation de l’objectif déclaré à l’article 501, consistant à assurer à tous les fournisseurs

[22] The CITT observed that Article 504(6) indicates that the parties to the AIT did not intend to limit the rights resulting from Chapter 5 of the AIT only to Canadian suppliers. The CITT reasoned that if Chapter 5 of the AIT was intended to offer protection only to Canadian suppliers, rather than to all suppliers, there would be no need for Article 504(6), which provides circumstances in which a procuring party may limit tendering to Canadian goods and suppliers.

[23] The CITT concluded that the fact that the AIT provided definitions of both supplier and Canadian supplier served as an indication that each term was to be given a distinct meaning, with each being ascribed different treatment in a number of provisions in Chapter 5 of the AIT, citing *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* [4th ed. Toronto: Butterworths, 2002] as authority for that conclusion. Accordingly, the CITT rejected the contention that both terms essentially meant Canadian suppliers.

[24] Ultimately, the CITT concluded that Article 506(6), the specific provision that was alleged to have been breached, did not contain anything that indicated that it was to be applicable only in respect of bids made by Canadian suppliers. That being the case, Northrop Overseas did not need to be a Canadian supplier in order for the CITT to have jurisdiction to hear its complaint that PWGSC had breached Article 506(6) in relation to the RFP. In so concluding, the CITT noted that its decision was contrary to its earlier decisions. The CITT cited five such inconsistent decisions and observed that the submissions that it heard appeared to be more detailed than those that were made in the prior inconsistent decisions.

PROCEDURAL HISTORY

[25] After hearing this application on February 5, 2008, the Court issued a direction on February 26, 2008, requesting that the parties address the following question:

canadiens un accès égal aux marchés publics passés par les parties à l'ACI.

[22] Le TCCE a fait remarquer que, d'après le paragraphe 504(6), les parties à l'ACI n'avaient pas l'intention de limiter les droits découlant du chapitre 5 de l'ACI aux seuls fournisseurs canadiens. Selon lui, si le chapitre 5 de l'ACI était destiné à protéger uniquement les fournisseurs canadiens, plutôt que l'ensemble des fournisseurs, on n'aurait nul besoin du paragraphe 504(6), qui prévoit dans quelles circonstances la partie acheteuse peut limiter son appel d'offres aux produits et aux fournisseurs canadiens.

[23] Invoquant *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* [4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002], le TCCE a conclu que le fait que les termes fournisseur et fournisseur canadien soient tous deux définis dans l'ACI tend à indiquer que chaque terme doit recevoir un sens distinct, chacun devant recevoir un traitement différent dans un certain nombre de dispositions du chapitre 5 de l'ACI. Par conséquent, le TCCE a rejeté la prétention selon laquelle les deux termes désignaient essentiellement les fournisseurs canadiens.

[24] En définitive, le TCCE a conclu que le paragraphe 506(6), soit la disposition précise dont on alléguait la violation, ne contenait aucune indication qui s'appliquait uniquement à l'égard des soumissions présentées par les fournisseurs canadiens. Cela étant, Northrop Overseas n'était pas tenue d'être un fournisseur canadien pour que le TCCE puisse instruire sa plainte portant que TPSGC avait contrevenu au paragraphe 506(6) relativement à la DDP. En parvenant à cette conclusion, le TCCE a relevé le fait que sa décision était contraire aux décisions antérieures. Il a mentionné cinq décisions incompatibles et a fait observer que les arguments qu'il avait entendus semblaient plus détaillés que ceux qui avaient été formulés dans les décisions antérieures qui n'étaient pas compatibles.

HISTORIQUE PROCÉDURAL

[25] Après avoir tenu l'audience relative à la demande le 5 février 2008, la Cour a publié, le 5 février 2008, une directive dans laquelle elle demandait aux parties de répondre à la question suivante :

If Northrop Overseas Grumman Overseas Corporation is not a Canadian supplier as defined in Article 518 of the AIT, can it be said that Article 101(1) of the AIT renders the AIT inapplicable to Northrop Overseas on the basis that a sale of goods by Northrop Overseas to the Department of National Defence could not constitute “trade within Canada”?

ISSUE

[26] The issue in this application is whether the CITT has jurisdiction to hear the complaint of Northrop Overseas that, in relation to the bid that it submitted in response to the RFP, there has been a breach of Article 506(6).

ANALYSIS

Standard of review

[27] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada stated that a two-step process is to be followed in determining the applicable standard of review in relation to the decision of a tribunal. At paragraph 62, Bastarache and LeBel JJ. stated:

In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

[28] In my view, the prior jurisprudence of this Court has satisfactorily determined that a determination of the jurisdiction of the CITT is a question of law in respect of which the standard of review is correctness (see *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514 (C.A.), at paragraph 45 and *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 267 N.R. 143 (F.C.A.), at paragraph 5).

Legislative framework

[29] The federal government is a party to the AIT, NAFTA and the *Agreement on Government Procurement*.

[TRANSLATION] Si Northrop Overseas Grumman Overseas Corporation n'est pas un fournisseur canadien au sens de l'article 518 de l'ACI, peut-on dire que le paragraphe 101(1) de l'ACI rend l'ACI inapplicable à Northrop Overseas au motif que la vente de produits au ministère de la Défense nationale par Northrop Overseas ne peut constituer du « commerce intérieur au Canada »?

QUESTION EN LITIGE

[26] Dans le cadre de la présente demande, il s'agit de décider si le TCCE a compétence pour entendre la plainte de Northrop Overseas portant qu'il y a eu, relativement à la soumission présentée en réponse à la DDP, violation du paragraphe 506(6).

ANALYSE

Norme de contrôle

[27] Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il fallait suivre une procédure en deux étapes pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'égard de la décision d'un tribunal. Au paragraphe 62, les juges Bastarache et LeBel affirmaient :

Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.

[28] Selon moi, la jurisprudence antérieure de la Cour a établi de manière satisfaisante que la détermination de la compétence du TCCE est une question de droit pour laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (voir *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (C.A.), au paragraphe 45 et *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 48, au paragraphe 5).

Cadre législatif

[29] Le gouvernement fédéral est partie à l'ACI, à l'ALÉNA et à l'*Accord sur les marchés publics*. Chacun

Each of these trade agreements obligates the federal government to establish an independent complaint procedure that can be utilized by complainants with the requisite standing who allege that federal government procurements have not been conducted in accordance with the applicable provisions of the trade agreement or agreements that relate to such procurements.

[30] Pursuant to the provisions of its enabling statute, the CITT is the body that undertakes this oversight. To this end, subsection 30.11(1) of the Act provides for the making of complaints to the CITT concerning federal government procurements under each of these trade agreements. The complainant must meet the definition of potential supplier, an actual or potential bidder on a designated contract, and the procurement in respect of which the complaint is made must relate to a designated contract. The designated contract requirement is the basis upon which the applicable trade agreement is determined.

[31] Subsection 30.11(1) of the Act also refers to the Regulations. Subsection 3(1) of the Regulations embellishes upon the definition of designated contract in the Act and provides the linkage between the complaint and the particular trade agreement. Subsection 7(1) of the Regulations precludes the CITT from hearing a complaint unless three conditions are present. The complaint must be made by a prospective bidder and must relate to a designated contract. In a sense, these two conditions merely repeat the corresponding requirements of subsection 30.11(1) of the Act. The third condition in paragraph 7(1)(c) of the Regulations obligates the CITT to determine, based upon the information that is available to it, that there is a reasonable indication that a procurement has not been conducted in accordance with the provisions of the applicable trade agreement. This requirement obligates a complainant to provide a reasonable indication that there has been a breach of a provision of one of the three trade agreements. To do so, the complainant must establish that the provisions of an agreement apply to both the subject-matter of the procurement and the circumstances of that complainant.

[32] The procuring party is likely to specify the trade agreement or agreements that it believes to be applicable to the subject-matter of the procurement, such as was done by PWGSC in the instant circumstances when it

de ces accords commerciaux l'oblige à mettre en place une procédure de traitement des plaintes par un tribunal indépendant, procédure à laquelle peuvent recourir les plaignants qui ont la qualité requise et qui allèguent que les marchés passés par le gouvernement fédéral ne respectent pas les dispositions applicables des accords commerciaux qui s'y rapportent.

[30] En vertu des dispositions de sa loi habilitante, le TCCE est l'organe chargé d'effectuer cette surveillance. À cette fin, le paragraphe 30.11(1) de la Loi prévoit qu'une plainte concernant un marché du gouvernement fédéral peut être soumise au TCCE en vertu de chacun de ces accords commerciaux. Le plaignant doit correspondre à la définition d'un fournisseur potentiel, c'est-à-dire être un soumissionnaire réel ou potentiel d'un contrat spécifique, et le marché visé par la plainte doit se rapporter à un contrat spécifique. L'exigence d'un contrat spécifique sert de base pour déterminer l'accord commercial applicable.

[31] Le paragraphe 30.11(1) de la Loi renvoie également au Règlement. Le paragraphe 3(1) du Règlement affine la définition de contrat spécifique figurant dans la Loi et établit le lien entre la plainte et l'accord commercial en cause. Le paragraphe 7(1) du Règlement interdit au TCCE d'instruire une plainte à moins que trois conditions ne soient respectées. La plainte doit être faite par un éventuel soumissionnaire et doit porter sur un contrat spécifique. Dans un sens, ces deux conditions ne font que reprendre les exigences correspondantes du paragraphe 30.11(1) de la Loi. Suivant la troisième condition, énoncée à l'alinéa 7(1)c) du Règlement, le TCCE doit avoir déterminé que les renseignements dont il dispose démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public prévue par les dispositions de l'accord commercial applicable n'a pas été suivie. Le plaignant a donc l'obligation de démontrer, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu manquement à une disposition de l'un des trois accords commerciaux. Pour ce faire, il doit établir que les dispositions de l'accord s'appliquent à la fois à l'objet du marché et à sa propre situation.

[32] La partie acquéreuse précisera vraisemblablement les accords commerciaux qui, selon elle, s'appliquent à l'objet du marché, ainsi que l'a fait TPSGC en l'espèce lorsqu'il a mentionné l'ACI dans la lettre d'intérêt qu'il

referred to the AIT in the Letter of Interest published on MERX. In some instances, the subject-matter of the procurement may be within the scope of all three of the trade agreements. In those circumstances, can any aggrieved bidder claim a breach of the provisions of whichever of those trade agreements that such a bidder may prefer? In my view, the answer is no. To enable itself to complain of a breach of a trade agreement and thereby obtain the benefits provided under such an agreement, the complainant must show not only that the subject-matter of the procurement is contemplated by the particular agreement but also that the trading activities that would be undertaken by the complainant if it were the successful bidder in the procurement process are of the type that the parties to the particular trade agreement intended to include within the scope of that agreement. In my view, it is not enough for an aggrieved bidder to demonstrate that it has made a bid in response to a procurement in respect of which it was permitted to bid.

The AIT—General

[33] It is common ground that neither NAFTA nor the *Agreement on Government Procurement* has application with respect to the procurement that was undertaken by the issuance of the RFP. These two agreements are inapplicable because the subject-matter of the RFP is specifically excluded from the scope of those agreements. This was explained in the excerpt from the correspondence of PWGSC to the CITT that was reproduced in paragraph 12 of these reasons. Accordingly, the AIT is the only trade agreement that could be applicable in relation to the procurement under consideration.

[34] In relation to the interpretation of the provisions of the AIT, it is noteworthy that the AIT is an agreement—not a statute—that has been entered into, according to its Preamble, by the Government of Canada and its provinces and territories, for the purposes specified in those provisions.

[35] The Web site of the Internal Trade Secretariat (online: *Agreement on Internal Trade* <<http://www.ait-aci.ca>>), which administers the AIT, informs that the focus of the AIT is on the reduction of domestic trade barriers within 11 specific sectors: procurement, investment, labour mobility, consumer-related measures and standards,

a publiée dans le MERX. Dans certains cas, l'objet du marché est compris dans le champ d'application des trois accords commerciaux. Le cas échéant, le soumissionnaire lésé peut-il invoquer un manquement aux dispositions de l'accord commercial qu'il préfère? À mon avis, la réponse est non. Pour être en mesure de se plaindre d'une violation d'un accord commercial et obtenir les avantages prévus par un tel accord, le plaignant doit démontrer non seulement que l'objet du marché est visé par l'accord en cause mais aussi que les activités commerciales qu'il entreprendrait s'il remportait le marché sont du type que les parties à cet accord commercial entendaient inclure dans le champ d'application de l'accord. Selon moi, il ne suffit pas que le soumissionnaire lésé démontre qu'il a présenté une soumission dans le cadre d'un processus de passation de marché pour lequel on lui a permis de soumissionner.

L'ACI — Commentaires généraux

[33] Il est admis de part et d'autre que ni l'ALÉNA ni l'*Accord sur les marchés publics* ne s'appliquent au processus de passation de marché entrepris par la publication de la DDP. Ces deux accords sont inapplicables parce que l'objet de la DDP est expressément exclu du champ d'application de ces accords. L'explication se trouve dans la lettre envoyée par TPSGC au TCCE, dont un extrait a été reproduit au paragraphe 12 des présents motifs. En conséquence, l'ACI est le seul accord commercial susceptible de s'appliquer relativement au marché en cause.

[34] En ce qui concerne l'interprétation des dispositions de l'ACI, il importe de souligner que l'ACI est un accord — et non une loi — conclu, comme l'indique son préambule, par le gouvernement canadien et ses provinces et territoires, pour les fins énoncées dans ses dispositions.

[35] Le site Web du Secrétariat du commerce intérieur (en ligne : *Accord sur le commerce intérieur* <<http://www.ait-aci.ca>>), responsable de l'administration de l'ACI, nous informe que l'ACI vise à réduire les obstacles au commerce intérieur dans 11 secteurs précis : les marchés publics, les investissements, la mobilité de la main

agricultural and food products, alcoholic beverages, natural resource processing, energy, communications, transportation and environmental protection.

[36] Chapter 1 of the AIT is entitled “Operating Principles”. In it, the parties stated their objective in entering into the AIT and a number of principles in relation to its intended operation. Two important provisions of Chapter 1 of the AIT are Articles 100 and 101, which read as follows:

Article 100: Objective

It is the objective of the Parties to reduce and eliminate, to the extent possible, barriers to the free movement of persons, goods, services and investments within Canada and to establish an open, efficient and stable domestic market. All Parties recognize and agree that enhancing trade and mobility within Canada would contribute to the attainment of this goal.

Article 101: Mutually Agreed Principles

1. This Agreement applies to trade within Canada in accordance with the chapters of this Agreement.

2. This Agreement represents a reciprocally and mutually agreed balance of rights and obligations of the Parties.

3. In the application of this Agreement, the Parties shall be guided by the following principles:

(a) Parties will not establish new barriers to internal trade and will facilitate the cross-boundary movement of persons, goods, services and investments within Canada;

(b) Parties will treat persons, goods, services and investments equally, irrespective of where they originate in Canada;

(c) Parties will reconcile relevant standards and regulatory measures to provide for the free movement of persons, goods, services and investments within Canada; and

(d) Parties will ensure that their administrative policies operate to provide for the free movement of persons, goods, services and investments within Canada.

4. In applying the principles set out in paragraph 3, the Parties recognize:

d’œuvre, les mesures et normes en matière de consommation, les produits agricoles et produits alimentaires, les boissons alcooliques, la transformation des ressources naturelles, l’énergie, les communications, les transports et la protection de l’environnement.

[36] Le premier chapitre de l’ACI s’intitule « Principes directeurs ». Les parties y ont déclaré l’objectif qui soutient l’ACI et un certain nombre de principes relativement à son application. Les articles 100 et 101 sont deux dispositions importantes du chapitre 1 de l’ACI. Ils sont ainsi libellés :

Article 100 : Objectif

Les Parties souhaitent réduire et éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada, et établir un marché intérieur ouvert, performant et stable. Toutes les Parties reconnaissent que l’accroissement du commerce et de la mobilité à l’intérieur du Canada peut contribuer à la réalisation de cet objectif.

Article 101 : Principes convenus

1. Le présent accord s’applique au commerce intérieur au Canada, conformément aux chapitres qu’il renferme.

2. Le présent accord constate l’équilibre dont ont mutuellement convenu les Parties en ce qui concerne leurs droits et obligations.

3. Les principes suivants guideront les Parties dans l’application du présent accord :

a) les Parties n’érigeront pas de nouveaux obstacles au commerce intérieur et elles faciliteront la circulation des personnes, des produits, des services et des investissements entre les provinces au Canada;

b) elles traiteront sur un pied d’égalité les personnes, les produits, les services et les investissements, indépendamment de leur lieu d’origine au Canada;

c) elles concilieront leurs normes et leurs mesures réglementaires pertinentes, en vue d’assurer la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada;

d) elles veilleront à ce que leurs politiques administratives favorisent la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada.

4. Dans l’application des principes énoncés au paragraphe 3, les Parties reconnaissent la nécessité :

- | | |
|--|---|
| (a) the need for full disclosure of information, legislation, regulations, policies and practices that have the potential to impede an open, efficient and stable domestic market; | a) d'assurer la communication intégrale de l'information, des lois, des règlements, des politiques et des pratiques susceptibles de faire obstacle à un marché intérieur ouvert, performant et stable; |
| (b) the need for exceptions and transition periods; | b) de prévoir des exceptions et des périodes de transition; |
| (c) the need for exceptions required to meet regional development objectives in Canada; | c) de prévoir les exceptions nécessaires permettant l'atteinte des objectifs de développement régional au Canada; |
| (d) the need for supporting administrative, dispute settlement and compliance mechanisms that are accessible, timely, credible and effective; and | d) d'établir des mécanismes administratifs, des mécanismes de règlement des différends et des mécanismes de contrôle qui soient à la fois accessibles, crédibles et efficaces, et qui permettent d'agir en temps utile; |
| (e) the need to take into account the importance of environmental objectives, consumer protection and labour standards. [Emphasis added.] | e) de tenir compte de l'importance et de la préservation de l'environnement, et de la protection des consommateurs et des normes du travail. [Non souligné dans l'original.] |

[37] Article 100 states that the purpose of the AIT is the reduction and elimination, to the extent possible, of barriers to the free movement of persons, goods, services and investments within Canada and to establish an open, efficient and stable domestic market, i.e. a market within Canada. The stated purpose of the parties to the AIT is clearly relevant to the interpretation of the provisions of the AIT.

[37] L'article 100 énonce que l'ACI vise la réduction et l'élimination, dans la mesure du possible, des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des investissements à l'intérieur du Canada et l'établissement d'un marché intérieur ouvert, performant et stable, à savoir le marché intérieur canadien. Il est clair que l'objectif déclaré des parties à l'ACI est pertinent pour l'interprétation des dispositions de l'ACI.

[38] Article 101(1) specifies that the AIT applies to trade within Canada in accordance with the chapters of the AIT. In so specifying, Article 101(1) delineates the scope of the AIT, limiting its application to trade within Canada.

[38] Le paragraphe 101(1) précise que l'ACI s'applique au commerce intérieur au Canada conformément aux chapitres qu'il renferme. Ce faisant, le paragraphe 101(1) délimite la portée de l'ACI, en limitant son application au commerce intérieur au Canada.

[39] The specific and limited focus of the AIT on domestic Canadian trade, as evidenced by Articles 100 and 101(1), is paralleled in Article 102(1)(a) of NAFTA, in which the specific and limited focus of that agreement on cross-border trade is evident. That provision reads as follows:

[39] À l'article 100 et au paragraphe 101(1), qui témoignent du fait que l'ACI s'intéresse précisément et uniquement au commerce intérieur canadien, correspond l'alinéa 102(1)a de l'ALÉNA, qui permet un constat semblable, cette fois à l'égard du commerce transfrontalier. Cette dernière disposition est rédigée comme suit :

Article 102: Objectives

Article 102 : Objectifs

1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to:
 - a. eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties;

1. Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, consistent
 - a. à éliminer les obstacles au commerce des produits et des services entre les territoires des Parties et à faciliter le mouvement transfrontières de ces produits et services;

[40] The interpretation of the provisions of the various chapters of the AIT, including Chapter 5, entitled “Procurement”, is informed and circumscribed by the provisions of Chapter 1 of the AIT. Thus, having regard to Article 101(1), an activity that does not constitute trade within Canada will not be within the scope of the AIT. It follows, in my view, that a bidder must demonstrate that its prospective or actual trade activities in respect of a particular procurement constitute trade within Canada before that bidder will be entitled to claim any of the benefits of the AIT in relation to such procurement. The numerous references in Article 101(3) to the phrase “within Canada” also reinforce the domestic flavour of the AIT.

The AIT—Procurements

[41] Chapter 5 of the AIT deals with government procurements, one of the 11 specific sectors referred to above, in respect of which domestic trade barriers are to be reduced or eliminated. The purpose of Chapter 5 is stated in Article 501, which reads as follows:

Article 501: Purpose

Consistent with the principles set out in Article 101(3) (Mutually Agreed Principles) and the statement of their application set out in Article 101(4), the purpose of this Chapter is to establish a framework that will ensure equal access to procurement for all Canadian suppliers in order to contribute to a reduction in purchasing costs and the development of a strong economy in a context of transparency and efficiency. [Emphasis added.]

[42] Article 502 deals with the scope and coverage of Chapter 5 of the AIT. The relevant portions of that Article, which are short and bear repetition, are as follows:

Article 502: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

(a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods. [Emphasis added.]

[40] L’interprétation des dispositions des divers chapitres de l’ACI, y compris celles du chapitre 5, intitulé « Marchés publics », s’inspire des dispositions du chapitre 1 de l’ACI et est circonscrite par elles. Ainsi, compte tenu du paragraphe 101(1), une activité qui n’est pas du commerce intérieur au Canada ne sera pas visée par l’ACI. Il s’ensuit, à mon sens, qu’un soumissionnaire doit démontrer que ses activités commerciales réelles ou potentielles, eu égard au marché en cause, constituent du commerce intérieur au Canada avant de pouvoir revendiquer un avantage conféré par l’ACI en rapport avec ce marché. La présence répétée, au paragraphe 101(3), des mots « au Canada » ou « à l’intérieur du Canada » vient également renforcer la teneur nationale de l’ACI.

L’ACI — Marchés publics

[41] Le chapitre 5 de l’ACI porte sur les marchés publics, l’un des 11 secteurs énumérés précédemment et pour lesquels les obstacles au commerce intérieur doivent être réduits ou éliminés. L’objet du chapitre 5 est énoncé à l’article 501 :

Article 501 : Objet

Conformément aux principes énoncés au paragraphe 101(3) (Principes convenus) et à leurs modalités d’application énoncées au paragraphe 101(4), le présent chapitre vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d’achat et à favoriser l’établissement d’une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d’efficacité. [Non souligné dans l’original.]

[42] L’article 502 traite de la portée et du champ d’application du chapitre 5 de l’ACI. Les dispositions pertinentes de cet article, qui sont brèves et valent d’être reproduites, sont les suivantes :

Article 502 : Portée et champ d’application

1. Le présent chapitre s’applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l’annexe 502.1A :

a) les marchés d’une valeur d’au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits. [Non souligné dans l’original.]

[43] In accordance with Article 502(1), before Chapter 5 can be applicable, three conditions must be met. First, the procurement must have been undertaken by the federal government, a provincial government or an entity listed in Annex 502.1A of the AIT. Secondly, the particular government entity must have been engaged in a procurement within Canada. Finally, the value of the procurement must meet or exceed specified monetary thresholds.

[44] Article 504 provides for reciprocal non-discrimination by the parties to the AIT in respect of the goods and services and the suppliers of a particular province or region. Not all discrimination is prohibited. Articles 504(5) and (6) permit a party to accord a preference for Canadian value-added and may limit its tendering to Canadian goods or suppliers in specifically described circumstances.

[45] Article 506 specifies a number of procedural rules that are to be applied in the conduct of procurements that are covered by Chapter 5, that is to say procurements that fall within the purview of Article 502, which applies to procurements within Canada.

[46] Articles 513 and 514 provide for bid protest procedures with respect to procurement complaints. Federal government procurements are covered by Article 514. The CITT is mandated to consider complaints in relation to federal government procurements that are covered by Chapter 5 of the AIT.

[47] Article 518 defines Canadian supplier and place of business as follows:

Article 518 ...

Canadian supplier means a supplier that has a place of business in Canada

...

place of business means an establishment where a supplier conducts activities on a permanent basis that is clearly identified by name and accessible during normal working hours.

[43] Conformément au paragraphe 502(1), trois conditions doivent être remplies préalablement à l'application du chapitre 5. D'abord, le marché doit avoir été passé par le gouvernement fédéral, un gouvernement provincial ou une entité énumérée à l'annexe 502.1A de l'ACI. Ensuite, l'entité gouvernementale en cause doit avoir passé un marché au Canada. Enfin, la valeur du marché doit être égale ou supérieure aux seuils monétaires prévus.

[44] L'article 504 prévoit pour les parties à l'ACI une obligation de non-discrimination réciproque à l'égard des produits et services et des fournisseurs d'une province ou d'une région donnée. La discrimination n'est pas complètement interdite. Les paragraphes 504(5) et (6) autorisent une partie à accorder une préférence en fonction de la valeur canadienne ajoutée et à limiter ses appels d'offres aux produits et services canadiens dans les circonstances expressément prévues.

[45] L'article 506 précise un certain nombre de règles de procédure à appliquer pour la passation des marchés visés par le chapitre 5, soit ceux qui relèvent de l'article 502, lequel s'applique aux marchés publics passés au Canada.

[46] Les articles 513 et 514 prévoient des procédures de contestation des offres en cas de plaintes concernant les marchés publics. L'article 514 porte sur les marchés publics du gouvernement fédéral. Le TCCE a le mandat d'examiner les plaintes au sujet des marchés du gouvernement fédéral qui sont couverts par le chapitre 5 de l'ACI.

[47] L'article 518 définit les termes « établissement » et « fournisseur canadien » :

Article 518 [...]

«**établissement**» Endroit où le fournisseur exerce ses activités de façon permanente et qui est clairement désigné par un nom et accessible durant les heures normales de travail.

[...]

«**fournisseur canadien**» Fournisseur qui a un établissement au Canada.

The alleged breach of a provision of Chapter 5 of the AIT

[48] In the circumstances under consideration, Northrop Overseas has complained that in the procurement initiated by the RFP, PWGSC failed to evaluate the bids in accordance with the evaluation plan, and thereby committed a breach of Article 506(6). That provision reads as follows:

Article 506: Procedures for Procurement

...

6. In evaluating tenders, a Party may take into account not only the submitted price but also quality, quantity, delivery, servicing, the capacity of the supplier to meet the requirements of the procurement and any other criteria directly related to the procurement that are consistent with Article 504. The tender documents shall clearly identify the requirements of the procurement, the criteria that will be used in the evaluation of bids and the methods of weighting and evaluating the criteria.

The CITT's jurisdiction to hear the complaint

[49] As previously noted, subsection 30.11(1) permits a potential supplier, within the meaning of section 30.1 of the Act (a "potential supplier"), to file a complaint concerning any aspect of a procurement process that relates to a designated contract, within the meaning of section 30.1 of the Act and subsection 3(1) of the Regulations (a "designated contract"). To demonstrate that it has the status of a potential supplier, a complainant must show that it is an actual or prospective bidder on a designated contract. It is not enough to demonstrate that a bid will be, or has been, made in response to a government call for tenders. It must also be shown that the bid will be, or has been, made on a designated contract.

[50] The challenge facing Northrop Overseas, in my view, relates to the definition of "designated contract". If Northrop Overseas cannot demonstrate that it bid on a designated contract, then it will not be a potential supplier since "potential supplier" is defined to mean a bidder or potential bidder on a designated contract. In the present circumstances, in order to fall within the definition of

La prétendue violation d'une disposition du chapitre 5 de l'ACI

[48] Dans la situation qui nous occupe, Northrop Overseas s'est plainte, dans le cadre du marché public initié par l'entremise de la DDP, TPSGC avait omis d'évaluer les offres conformément au plan d'évaluation, commettant par le fait même un manquement au paragraphe 506(6), ainsi libellé :

Article 506 : Procédure de passation des marchés publics

[...]

6. Dans l'évaluation des offres, une Partie peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des coûts de transition, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec l'article 504. Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

Compétence du TCCE pour instruire la plainte

[49] Ainsi que je l'ai mentionné précédemment, le paragraphe 30.11(1) permet à un fournisseur potentiel, au sens de l'article 30.1 de la Loi (le « fournisseur potentiel »), de déposer une plainte concernant tout aspect de la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique, au sens de l'article 30.1 de la Loi et du paragraphe 3(1) du Règlement (le « contrat spécifique »). Pour faire la preuve de son statut de fournisseur potentiel, le plaignant doit démontrer qu'il est un soumissionnaire, même potentiel, d'un contrat spécifique. Il ne suffit pas de démontrer qu'une soumission a été ou sera présentée en réponse à un appel d'offres du gouvernement. Il faut en outre établir que la soumission porte sur un contrat spécifique.

[50] Selon moi, le défi auquel fait face Northrop Overseas a trait à définition donnée du « contrat spécifique ». Si Northrop Overseas est incapable de démontrer qu'elle a soumissionné pour un contrat spécifique, elle ne pourra alors être considérée comme un « fournisseur potentiel » puisque ce terme désigne les soumissionnaires réels ou potentiels d'un contrat spécifique. En l'espèce,

“designated contract”, the contract in question must be shown to be a “contract ... concerning a procurement of goods or services ... as described in ... Article 502 of” the AIT [s. 3(1) of the Regulations]. To meet this requirement, Northrop Overseas must demonstrate that the contract that it seeks as a result of participating in the procurement process is, or would be, a contract described in Article 502. In my view, this means that a contract cannot be a designated contract unless it meets the three conditions that are described in Article 502(1). To reiterate, those conditions are as follows:

- (a) the procurement must be undertaken by a government entity, that is to say the contract that is to be undertaken must have a government entity as one of its parties;
- (b) the procurement must be within Canada; and
- (c) the value of the subject-matter of the procurement must exceed a minimum threshold.

[51] In the circumstances under consideration, I am of the view that the problem lies within the second of these three conditions. To meet that condition, the complainant must demonstrate that the contract that it would obtain, if it were the successful bidder in the procurement, is one that provides for a procurement within Canada. Otherwise, that contract cannot satisfy the portion of the definition of designated contract in subsection 3(1) of the Regulations that stipulates that the particular contract must be one described in Article 502.

[52] The Court requested submissions from the parties as to whether the supply of the goods and services contemplated by the RFP would constitute trade within Canada, as contemplated by Article 101(1). In response, Northrop Overseas contended that the more precise question is whether such a supply would constitute a procurement within Canada, as stipulated in Article 502(1). In my view, this more precise focus is useful. However, I am satisfied that “trade within Canada” is at least as broad a concept as “procurement within Canada”, and it is reasonable to conclude that, for the purposes of the circumstances under consideration, the only difference between the two phrases is that in the phrase used in Article 502(1)—procurement within Canada—one of the parties to the potential transaction is identified as a government or a government

il s’agit de démontrer que le contrat en question est un « contrat [...] relatif à un marché de fournitures ou services [...] et visé [...] à l’article 502 de » l’ACI. Pour satisfaire à cette exigence, Northrop Overseas doit démontrer que le contrat qu’elle cherche à obtenir en participant à la procédure de passation des marchés est ou serait un contrat visé à l’article 502. Selon moi, cela signifie qu’un contrat ne peut être un contrat spécifique à moins de satisfaire aux trois conditions énoncées au paragraphe 502(1). Rappelons ces conditions :

- a) le marché public doit être passé par une entité gouvernementale, ce qui veut dire que l’entité gouvernementale doit être l’une des parties au marché envisagé;
- b) le marché doit être passé au Canada;
- c) la valeur du marché doit être supérieure à un certain seuil.

[51] En l’espèce, je suis d’avis que le problème réside dans la deuxième de ces trois conditions. Pour satisfaire à cette condition, le plaignant doit démontrer que le contrat qu’il obtiendrait si sa soumission était retenue porte sur un marché passé au Canada. À défaut, ce contrat ne pourrait correspondre à la partie de la définition d’un contrat spécifique figurant au paragraphe 3(1) du Règlement selon laquelle le contrat en cause doit être un contrat visé à l’article 502.

[52] La Cour a demandé aux parties de lui présenter des observations quant à la question de savoir si la fourniture des produits et services envisagés par la DDP constitue du commerce intérieur au Canada au sens où on l’entend au paragraphe 101(1). Dans la réponse qu’elle a soumise, Northrop Overseas prétend qu’une question plus précise s’impose, à savoir si un tel approvisionnement constitue un marché public passé au Canada, comme le prévoit le paragraphe 502(1). Je conviens qu’elle est utile. Toutefois, je suis convaincu que « commerce intérieur au Canada » désigne une notion au moins aussi vaste que large que l’expression « marché public passé au Canada » et qu’il est raisonnable de conclure, aux fins qui nous occupent, que la seule différence entre les deux expressions réside dans le fait que le paragraphe 502(1) — marché public

entity. Apart from that distinction, both phrases require that the particular activity (an activity that constitutes trade) must be “within Canada”. While “within” is not defined, in my view, it means “inside”.

[53] Thus, before a contract can be said to be one described in Article 502, and therefore, a designated contract, in my view, the potential complainant must demonstrate that, having regard to its particular circumstances, it has met the “within Canada” requirement. It will not be sufficient for a potential complainant to demonstrate that some other potential complainant has met the “within Canada” requirement so as to establish that in the circumstances of that other potential complainant, the designated contract requirement has been met.

[54] Northrop Overseas argues that this requirement is met because the goods and services contemplated by the RFP are to be delivered to DND inside Canada. In my view, this argument cannot be accepted. Indeed, if it were, a government entity could avoid the application of the AIT simply by specifying a non-Canadian delivery point for the goods that it wishes to acquire.

[55] PWGSC and Lockheed argue that if the contract were to be awarded to Northrop Overseas, the fulfillment of that contract would entail a movement of the goods in question across the Canada-U.S. border, which would fail to meet the “within Canada” requirement. In my view, that assertion has merit and the resulting transaction would more properly constitute “international” trade, and not “internal” Canadian trade or trade inside Canada.

[56] The “within Canada” requirement in Articles 101(1) and 502(1) is consistent with one of the general objectives of the AIT stated in Article 100, (i.e. to reduce or eliminate, to the extent possible the free movement of persons, goods, services and investment within Canada) and with the stated purpose of Chapter 5 of the AIT, in Article 501 (i.e. to establish a framework that will ensure equal access to procurement for all Canadian suppliers). In my view, that requirement contemplates that the parties

passé au Canada — identifie l’une des parties à l’éventuelle transaction comme étant un gouvernement ou une de ses entités. Outre cette distinction, les deux expressions commandent que l’activité en cause (l’activité de nature commerciale) ait lieu « au Canada ». Bien que cette expression ne soit pas définie, j’estime qu’elle signifie « à l’intérieur du Canada ».

[53] Ainsi, pour pouvoir affirmer qu’un contrat est visé par l’article 502 et qu’il s’agit, par conséquent, d’un contrat spécifique, il faut selon moi que l’éventuel plaignant démontre, eu égard aux circonstances propres à l’affaire, qu’il correspond à l’exigence de territorialité que renferme l’expression « au Canada ». Il ne sera pas suffisant pour lui de démontrer qu’un autre plaignant éventuel respecte cette exigence de manière à établir que, dans les circonstances propres à cet autre plaignant, le critère lié au contrat spécifique est satisfait.

[54] Northrop Overseas fait valoir que cette exigence est respectée parce que les produits et services envisagés dans la DDP doivent être livrés au MDN à l’intérieur du Canada. Je ne puis accepter cet argument. En fait, s’il l’était, les entités gouvernementales pourraient se soustraire à l’application de l’ACI en précisant simplement, pour les produits qu’elles désirent acquérir, un point de livraison situé à l’extérieur du Canada.

[55] TPSGC et Lockheed prétendent que si le contrat devait être accordé à Northrop Overseas, son exécution nécessiterait de faire traverser la frontière canado-américaine aux produits concernés, le critère de territorialité découlant du terme « au Canada » ne serait pas respecté. Selon moi, cette affirmation est défendable et la transaction résultante relèverait plus exactement du commerce « international » que du commerce « intérieur » canadien ou du commerce à l’intérieur du Canada.

[56] L’exigence associée au terme « au Canada », aux paragraphes 101(1) et 502(1), est compatible avec l’un des objectifs généraux de l’ACI énoncés à l’article 100, (nommément, réduire ou éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada) ainsi qu’avec l’objet du chapitre 5 de l’ACI, énoncé à l’article 501 (à savoir, établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès

to the trade or the procurement are situated within Canada to the extent necessary to effectuate the particular transaction inside Canada. Clearly, the governmental party to the contract is situated in Canada. It follows that the “within Canada” requirement will be met if the non-governmental party has a sufficient presence in Canada to enable it to effectuate its obligations under the procurement contract from inside Canada.

[57] In dissenting reasons, my colleague Létourneau J.A. has raised the issue of whether the phrase “*marchés publics suivants, passés au Canada*”, which appears in the French version of Article 502(1), has a meaning that is different from the meaning that I have ascribed to the phrase “procurement within Canada” in the English version of Article 502(1), even though no argument to that effect was raised by any of the parties in this appeal and the record before the Court does not contain the French version of that provision. The English and French versions of Article 502(1) read as follows:

Article 502: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

- (a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods. [Emphasis added.]

1. Le présent chapitre s’applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l’annexe 502.1A:

- a) les marchés d’une valeur d’au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits. [Non souligné dans l’original.]

[58] As I have indicated, the English version of the phrase should be interpreted as having essentially the same meaning as the phrase “trade within Canada”, as used in Article 101(1) and as I have interpreted above, with the exception that one of the parties to the trade activity—the procuring party—is a government entity. Since the existence of a potential difference between the English and French versions of Article 502(1) was not

égal aux marchés publics). J’estime que cette exigence veut que les parties au commerce ou au marché se trouvent au Canada dans la mesure nécessaire pour effectuer la transaction au Canada. Bien évidemment, le gouvernement qui est partie au contrat est situé au Canada. Il s’ensuit que l’exigence de « territorialité » sera respectée si l’autre partie au contrat a, au Canada, une présence suffisante pour lui permettre de s’acquitter de ses obligations contractuelles depuis le Canada.

[57] Dans des motifs dissidents, mon collègue le juge Létourneau s’est demandé si le sens des mots « marchés publics suivants, passés au Canada », figurant dans la version française du paragraphe 502(1), est différent de celui que j’ai donné aux mots « *procurement within Canada* », tirés de la version anglaise du même paragraphe, même si les parties n’ont présenté aucun argument en ce sens dans le cadre du présent appel et que le dossier de la Cour ne contient pas la version française de cette disposition. Les versions anglaise et française du paragraphe 502(1) sont ainsi libellées :

Article 502 : Portée et champ d’application

1. Le présent chapitre s’applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l’annexe 502.1A:

- a) les marchés d’une valeur d’au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits. [Non souligné dans l’original.]

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

- (a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods. [Emphasis added.]

[58] Ainsi que je l’ai indiqué, la version anglaise du syntagme devrait recevoir essentiellement le même sens que les termes « *trade within Canada* » (« commerce intérieur au Canada ») qui sont employés au paragraphe 101(1) et que j’ai interprétés précédemment, à la différence que l’une des parties à l’activité commerciale — la partie acquéreuse — est une entité gouvernementale. Étant donné qu’aucune des parties à l’appel n’a traité

argued by any party in the appeal, I will not undertake a consideration of the issue of the existence, if any, of such a difference and impact of any such demonstrated difference upon my interpretation of the phrases “procurement within Canada”, in Article 502(1), and “trade within Canada”, in Article 101(1).

[59] What then is the relationship between the requirements of the definition of Canadian supplier and the “within Canada” requirement in Articles 502(1) and 101(1), in so far as the non-governmental party to a procurement is concerned? Nothing in those Articles imposes any requirement that the goods that are the subject of the procurement must originate in Canada, although other provisions of Chapter 5 of the AIT (such as Article 504(6)) can, in prescribed circumstances, operate to permit such a requirement. Imported goods are often contemplated by procuring governmental agencies. Indeed, Article 9 of the Model Acquisition Contract, which forms a part of the RFP (a CD-ROM of which was a part of the record before the Court), indicates that the purchase price of the procured goods that are the subject of such contract will be inclusive of any import duties, as well as GST [goods and services tax] and other similar taxes.

[60] Moreover, the definition of “Canadian supplier” [in Article 518 of the AIT] does not contain any nationality requirement in the sense of requiring any degree of ownership or control of the entity by Canadians. In this context, I note that Northrop Canada, as a wholly owned subsidiary of Northrop parent, would seemingly lack any degree of Canadian ownership or control, but any such deficiency in those respects would not be sufficient to establish the absence of Canadian supplier status on the part of Northrop Canada. Indeed, the contract between Northrop Canada and Northrop Overseas, which is described in paragraph 6 of these reasons, may have been an illustration of a type of arrangement that could be put in place to ensure that participation in a government procurement was undertaken by a subsidiary of Northrop parent that has the status of a Canadian supplier.

[61] The essential element of the definition of “Canadian supplier” is, in my view, a geographical requirement in respect of the business activities of the entity in question, namely, a place of business in Canada. This essential

de l’existence possible d’une différence entre les versions anglaise et française du paragraphe 502(1), je n’examinerai pas cette question de l’existence éventuelle d’une telle différence ni celle de l’impact qu’aurait cette dernière sur l’interprétation que je fais des termes « *procurement within Canada* », au paragraphe 502(1), et « *trade within Canada* », au paragraphe 101(1).

[59] Quel lien y a-t-il alors entre les conditions prévues dans la définition d’un fournisseur canadien et l’exigence découlant des mots « au Canada » aux paragraphes 502(1) et 101(1), en ce qui concerne la partie au marché qui n’est pas une entité gouvernementale? Aux termes de ces dispositions, il n’est nullement obligatoire que les produits faisant l’objet du marché soient d’origine canadienne, bien qu’une telle exigence soit autorisée par d’autres dispositions du chapitre 5 de l’ACI (par exemple, le paragraphe 504(6)), dans des circonstances précisées. Les acquéreurs gouvernementaux envisagent souvent l’achat de biens importés. En fait, l’article 9 du contrat d’acquisition type, qui fait partie de la DDP (dont un CD-ROM a été versé au dossier de la Cour), indique que le prix d’achat des produits faisant l’objet d’un tel contrat comprend tous les droits à l’importation, ainsi que la TPS [taxe sur les produits et services] et les autres taxes du genre.

[60] De plus, la définition de « fournisseur canadien » [à l’article 518 de l’ACI] ne comporte aucune condition de nationalité en ce sens qu’elle n’exige aucun degré particulier de propriété canadienne ou de contrôle canadien à l’égard de l’entité. Dans un tel contexte, je note que Northrop Canada, en tant que filiale à cent pour cent de la société mère Northrop, serait apparemment exempte de tout degré de propriété ou de contrôle canadien, mais une telle lacune ne suffirait pas à établir qu’elle n’a pas le statut de fournisseur canadien. En fait, le contrat entre Northrop Canada et Northrop Overseas, dont il est fait état au paragraphe 6 des présents motifs, est un exemple du genre d’aménagement qui pouvait être fait pour s’assurer une participation à un marché public par une filiale de la société mère Northrop ayant le statut de fournisseur canadien.

[61] L’élément essentiel de la définition de « fournisseur canadien » est, à mon sens, la condition géographique imposée à l’égard des activités commerciales de l’entité en question, à savoir, la présence d’un établissement au

element is very similar to the concept of a “permanent establishment” as it is used in Canada’s income tax legislation and treaties. That concept connotes a fixed place of business in the jurisdiction in question. To borrow that term from the income tax area, a Canadian supplier may be said to be an entity with a permanent establishment in Canada. Thus, both a Canadian incorporated corporation, which is wholly owned by non-residents, and a Canadian *situs* branch operation of a non-resident corporation are within the contemplation of the definition of “Canadian supplier”. In both of these examples, the requirements of that definition will be met if the “permanent establishment” requirement can be established.

[62] In my view, an entity that wishes to establish that it meets the “within Canada” requirement in Articles 502(1) and 101(1) will have to basically demonstrate that it meets the same “permanent establishment” requirement that is the essence of the definition of “Canadian supplier”. Without such a “permanent establishment”, it is difficult for me to conceive that the entity in question would be able to effectuate its obligations under the procurement contract inside Canada. Accordingly, for all practical purposes, the “within Canada” requirement in Article 502 will be met by any entity that meets the requirements of the definition of “Canadian supplier”. It follows that a contract described in Article 502 must be one that has been, or will be, entered into between a governmental entity and an entity having the status of a Canadian supplier.

[63] It is apparent that Northrop Overseas may have been able to use an arrangement similar to that contemplated by the contract that is referred to in paragraph 6 of these reasons to bring its participation in the procurement process under consideration within the scope of the AIT, by having Northrop Canada as the bidder. Of course, Northrop Canada would have had to acquire the AMIRS targeting pods from Northrop Overseas so that those goods could thereafter be supplied to PWGSC by an entity with apparent Canadian supplier status.

[64] Northrop Overseas chose not to structure its affairs in this fashion on this occasion, as was its right. One possible reason for this decision may have been the potential exposure to Canadian income tax on any profit that Northrop Canada may have recognized on the sale of the goods in question if it had been the successful

Canada. Cet élément essentiel est très semblable à la notion d’« établissement stable » utilisée au Canada dans les lois et traités relatifs à l’impôt sur le revenu. Cette notion connote l’existence d’un établissement fixe dans le territoire en question. Si on emprunte ce terme issu du domaine fiscal, on peut dire qu’un fournisseur canadien est une entité ayant un établissement stable au Canada. Ainsi, la définition de « fournisseur canadien » vise tant la société constituée au Canada, qui est la propriété exclusive de non-résidents, que la succursale canadienne d’une société non résidente. Dans ces deux exemples, les conditions prévues dans la définition seront respectées si on établit l’existence d’un « établissement stable ».

[62] À mon sens, l’entité qui souhaite établir qu’elle répond à la condition découlant des mots « au Canada » figurant aux paragraphes 502(1) et 101(1) devra fondamentalement démontrer qu’elle respecte cette même exigence de l’« établissement stable » formant l’essence de la définition de « fournisseur canadien ». Sans « établissement stable », il m’est difficile de concevoir que l’entité en question puisse être en mesure de remplir les obligations prévues aux termes du marché à l’intérieur du Canada. Par conséquent, à toutes fins utiles, l’exigence de l’article 502 liée aux mots « au Canada » sera respectée par toute entité répondant aux conditions prévues dans la définition de « fournisseur canadien ». Il s’ensuit que le contrat visé à l’article 502 doit intervenir, ou être intervenu, entre une entité gouvernementale et une autre ayant le statut de fournisseur canadien.

[63] Il est clair que Northrop Overseas aurait pu recourir à un arrangement semblable à celui envisagé par le contrat mentionné au paragraphe 6 des présents motifs pour que la portée de l’ACI s’étende à sa participation à la procédure d’attribution de marché en cause, en faisant soumissionner Northrop Canada. Naturellement, les nacelles de désignation d’objectif à CIMP auraient été acquises auprès de Northrop Overseas pour ensuite être livrées à TPSGC par une entité ayant en apparence le statut de fournisseur canadien.

[64] Northrop Overseas a choisi en cette occasion de ne pas structurer ainsi ses affaires, ce qui était son droit. La possibilité que les profits qu’aurait réalisés Northrop Canada sur la vente des produits si elle avait remporté le marché soient assujettis à l’impôt canadien explique peut-être en partie ce choix. En revanche, il est possible

bidder. In contrast, under the direct bid approach that Northrop Overseas actually employed, any profit realized by Northrop Overseas from the sale of the goods, if it had been the successful bidder, may have been outside the reach of the Canadian income tax authorities. Of course, these hypothetical income tax motivations on the part of Northrop Overseas would be completely proper. However, one might speculate that by requiring a party to have a “permanent establishment” in Canada (which, in my view, would be the logical consequence of having Canadian supplier status) as a precondition to obtaining the benefits of the AIT, the parties to the AIT may have intended those benefits to come at the cost of an exposure to Canadian federal and provincial income tax as a result of being selected as the successful bidder on a Canadian federal or provincial government procurement. Any entity with Canadian supplier status would have such an exposure.

[65] Northrop Overseas argues that because the procurement was open to all bidders and, according to Northrop, the federal government stated that the AIT was the applicable trade agreement, the provisions of the AIT must be available to all bidders who participate in the procurement. It should then follow, so the argument goes, that all bidders are entitled to complain to the CITT in respect of alleged breaches of the AIT. In my view, this argument is overly broad and cannot be accepted.

[66] The question of whether any or all of the three trade agreements is applicable to any particular bidder in respect of a procurement should be answered, in my view, by reference to the subject-matter of the procurement and the circumstances of the bidder. The question cannot be answered solely from the perspective of the procuring party, since it will always be the Government of Canada or one of the provinces, or an entity under the control of such a government.

[67] The starting point would be to identify the subject-matter of the procurement and to determine whether that subject-matter is excluded from the ambit of any or all of the trade agreements. In the present circumstances, the items contemplated by the procurement—the AMIRS targeting pods and related services—are specifically excluded from the scope of NAFTA and the *Agreement on Government Procurement*, for the reasons previously

qu’en soumissionnant directement comme elle l’a fait, Northrop Overseas ait été en mesure de mettre à l’abri des autorités fiscales canadiennes les profits réalisés sur la vente des produits visés par le marché, si elle avait remporté ce dernier. Évidemment, il serait tout à fait indiqué de la part de Northrop Overseas de se laisser guider par de telles motivations d’ordre fiscal. Toutefois, on peut supposer qu’en obligeant une partie à avoir un « établissement stable » au Canada (ce que j’estime être la conséquence logique de l’obtention du statut de fournisseur canadien) pour pouvoir jouir des avantages de l’ACI, les parties à l’ACI entendaient peut-être que ces avantages s’obtiennent au prix d’un assujettissement à l’impôt fédéral et provincial canadiens sur le revenu, du fait d’avoir été le soumissionnaire choisi pour un marché public fédéral ou provincial au Canada. Toute entité ayant le statut de fournisseur canadien serait assujettie à un tel impôt.

[65] Northrop Overseas prétend que puisque le marché était ouvert à tous les soumissionnaires et que, selon elle, le gouvernement fédéral avait déclaré que l’accord commercial applicable était l’ACI, tous les soumissionnaires participant à la procédure de marché devraient pouvoir se prévaloir des dispositions de l’ACI. Suivant cet argument, tous les soumissionnaires devraient par conséquent avoir le droit de s’adresser au TCCE à l’égard de toute prétendue violation de l’ACI. À mon sens, cet argument a une portée excessive et ne peut être accepté.

[66] Pour décider si un ou plusieurs des trois accords commerciaux s’appliquent à un soumissionnaire donné en rapport avec un marché, il faut, selon moi, tenir compte de l’objet du marché et de la situation du soumissionnaire. On ne peut répondre à cette question en se plaçant uniquement du point de vue de la partie acquéreuse, puisqu’il s’agira toujours du gouvernement du Canada, de celui d’une province ou d’une de ses entités.

[67] Le point de départ consisterait donc à identifier l’objet du marché et à déterminer si cet objet est exclu du champ d’application de l’un ou de plusieurs des accords commerciaux. En l’espèce, les articles envisagés dans le cadre du marché — les nacelles de désignation d’objectif dotées de CIMP et les services afférents — sont expressément exclus du champ d’application de l’ALÉNA et de l’*Accord sur les marchés publics*, pour les raisons men-

mentioned. However, nothing in the AIT specifically excludes those goods and services. Consistent with this determination, the Letter of Interest published on MERX refers only to the AIT and not to NAFTA and the *Agreement on Government Procurement*.

[68] In my view, that reference means nothing more than that of the three trade agreements, two of them are inapplicable and the third, the AIT, has potential application in relation to the subject-matter of the procurement. That reference does not have the effect of a government concession or promise that the AIT will necessarily have application to all bidders.

[69] It is important to note that nowhere in the RFP is there any reference to the AIT, much less a promise that the provisions of the AIT will be extended by the Government of Canada to cover any entity that makes a bid in response to the RFP. The only reference to the AIT appears in the Letter of Interest, which also contains the following provision:

The issuance of this LOI is not to be considered in any way as a commitment by the Government of Canada or as authority to companies to undertake any work which could be charged to Canada; nor is this LOI to be considered a commitment to issue RFPs or award a contract for the *AMIRS* project. [Emphasis added.]

[70] In my view, nothing in the Letter of Interest or the RFP can be construed as a promise or a commitment on the part of PWGSC or the federal government that the provisions of the AIT would extend to all entities who submit bids in relation to the procurement contemplated by the RFP. The reference to the AIT in the Letter of Interest, at most, can be taken as an indication that the goods and services that are the subject-matter of the procurement are within the scope of the AIT, and not within the scope of the other two trade agreements. As previously indicated, an entity that wishes to avail itself of the benefits of the provisions of the AIT must demonstrate that its circumstances are such as to bring it within the scope of the AIT. In the situation under consideration in this appeal, this would require that entity to demonstrate that it meets the “within Canada” requirements in Articles 101(1) and 502(1).

tionnées précédemment. Toutefois, ces produits et services ne sont exclus nulle part dans l’ACI. Conformément à cette constatation, la lettre d’intérêt publiée dans le MERX mentionne uniquement l’ACI et ne renvoie ni à l’ALÉNA ni à l’*Accord sur les marchés publics*.

[68] J’estime que cette mention ne veut rien dire de plus que ce qui suit : des trois accords commerciaux, deux sont inapplicables et le troisième, l’ACI, est d’application possible en ce qui a trait à l’objet du marché. Cette mention n’a pas l’effet d’une concession ou d’une promesse du gouvernement aux termes de laquelle l’ACI s’appliquera nécessairement à tous les soumissionnaires.

[69] Il importe de noter qu’aucune mention n’est faite de l’ACI dans la DDP, encore moins celle-ci renferme-t-elle la promesse que l’application des dispositions de l’ACI sera élargie par le gouvernement du Canada à toute entité présentant une offre en réponse à la DDP. L’unique mention de l’ACI apparaît dans la lettre d’intérêt, qui prévoit aussi ce qui suit :

[TRADUCTION] Ce n’est pas parce que le gouvernement du Canada publie cette lettre d’intérêt qu’il s’engage à réaliser ce projet ou à autoriser les entreprises intéressées à effectuer des travaux qui pourraient être facturés au Canada; on ne doit pas considérer non plus qu’en publiant cette lettre d’intérêt, le gouvernement du Canada s’engage à publier des DDP ou à attribuer des marchés pour le projet relatif aux *CIMP*. [Non souligné dans l’original.]

[70] Je suis d’avis que ni la lettre d’intérêt ni la DDP ne peuvent être interprétées comme une promesse ou un engagement de la part de TPSGC ou du gouvernement fédéral d’étendre l’application des dispositions de l’ACI à toutes les entités qui déposent des soumissions dans le cadre du marché envisagé par la DDP. Le fait que la Lettre d’intérêt mentionne l’ACI ne peut, au mieux, qu’être considéré comme une indication que les produits et services qui font l’objet du marché sont couverts par l’ACI mais non par les deux autres accords commerciaux. Ainsi que je l’ai déjà signalé, l’entité qui souhaite se prévaloir des avantages découlant des dispositions de l’ACI doit démontrer que sa situation fait en sorte qu’elle soit visée par l’ACI. Dans la situation examinée ici, l’entité devra démontrer qu’elle respecte les exigences découlant des mots « au Canada » présents aux paragraphes 101(1) et 502(1).

[71] This point may be illustrated if one assumes that a procurement relates to a type of goods that is within the ambit of all three of the trade agreements. In those circumstances, the Letter of Interest published on MERX would presumably list all three trade agreements as having potential application to this hypothetical procurement. If an unsuccessful bidder wishes to make a complaint, to which agreement does that bidder refer in its complaint? Surely, it cannot be said that simply because the goods in question are not excluded from the scope of any of those agreements, the potential complainant has a choice of which of the three agreements it can rely upon. If a prospective complainant's only place of business is in the United States and the goods in question would be shipped from that place of business to a Canadian point of delivery specified in the procurement, it seems clear to me that the procurement would be more properly construed as a cross-border movement of those goods and not a movement of them "within Canada". As such, the prospective complainant would be expected to refer to NAFTA to ascertain whether there was a breach of its provisions in relation to the procurement. To further illustrate the point, suppose one of the unsuccessful bidders in this hypothetical procurement was a Chinese corporation and the goods in question that it hoped to provide were to be manufactured in and shipped from China. Surely, it could not be the case that such an aggrieved Chinese bidder would be permitted to make a complaint based upon an alleged breach of NAFTA when neither that bidder nor its goods had any connection with the United States or Mexico, simply because it was permitted to participate in the procurement process and the goods in question (i.e. the subject-matter of the procurement) were within the scope of NAFTA.

[72] In my view, these illustrations demonstrate that the provisions of the three trade agreements are not applicable to an aggrieved participant in a procurement simply because that procurement is open to all bidders and because the subject-matter of the procurement is not specifically excluded from the ambit of any of those agreements. Instead, the aggrieved bidder must demonstrate that its circumstances are such as to bring it within the scope of the particular trade agreement that it alleges to have been breached.

[71] Ce point peut être illustré en partant de l'hypothèse où un marché porte sur un type de produit visé par les trois accords commerciaux. Dans une telle situation, on peut présumer que la Lettre d'intérêt publiée dans le MERX ferait état de l'application possible de chacun des trois accords commerciaux à l'égard de ce marché hypothétique. Mais, si un soumissionnaire non retenu souhaite formuler une plainte, quel accord devra-t-il invoquer dans sa plainte? On ne peut certes affirmer, du simple fait que les produits en question ne sont exclus du champ d'application d'aucun de ces accords, que l'éventuel plaignant aura le choix de l'accord sur lequel il pourra se fonder. Si son unique établissement est situé aux États-Unis et que les produits en question sont censés être expédiés depuis cet établissement jusqu'au point de livraison au Canada que précise le marché, il me semble évident que ce marché porte sur le transport transfrontalier de produits et non sur leur libre circulation « au Canada ». Par conséquent, on est en droit de s'attendre à ce que l'éventuel plaignant se réfère à l'ALÉNA pour déterminer s'il y a eu violation des dispositions applicables au marché. Pour illustrer davantage ce point, supposons que l'un des soumissionnaires perdants de ce marché hypothétique soit une société chinoise et que la fabrication des produits qu'elle avait espéré pouvoir fournir devait se faire en Chine, d'où ils devaient être expédiés. Le soumissionnaire chinois qui s'estime lésé ne serait certainement pas autorisé à présenter une plainte reposant sur une prétendue violation de l'ALÉNA alors que ni lui ni ses produits n'ont de liens avec les États-Unis et le Mexique, pour la simple raison qu'on l'a autorisé à participer à la procédure d'attribution de marché et que les produits en cause (c.-à-d. l'objet du marché) étaient visés par l'ALÉNA.

[72] Je crois que ces illustrations démontrent qu'aucune des dispositions des trois accords commerciaux ne s'applique à un soumissionnaire lésé du seul fait que la procédure d'attribution de marché est ouverte à tous les soumissionnaires et que l'objet du marché n'est pas expressément exclu du champ d'application de ces accords. Au contraire, le soumissionnaire lésé doit faire la démonstration que sa situation est telle qu'il entre dans le champ d'application de l'accord commercial particulier dont il allègue la violation.

Article 504(6)

[73] Northrop Overseas argues that Article 504(6) would be “meaningless if the AIT ceases to apply to a procurement when a non-Canadian supplier bids on it.” I do not agree.

[74] Article 504(6) is included in Article 504, which is entitled “Reciprocal Non-Discrimination”. That provision reads as follows:

Article 504: ...

6. Except as otherwise required to comply with international obligations, a Party may limit its tendering to Canadian goods or suppliers, subject to the following conditions:

- (a) the procuring Party must be satisfied that there is sufficient competition among Canadian suppliers;
- (b) all qualified suppliers must be informed through the call for tenders of the existence of the preference and the rules applicable to determine Canadian content; and
- (c) the requirement for Canadian content must be no greater than necessary to qualify the procured goods as a Canadian good.

[75] In my view, the assertion that the AIT can be rendered inapplicable to a procurement simply because one bidder does not have the status of a Canadian supplier is misguided. The applicability of the AIT is to be determined both at the procurement level and at the level of each participant in it. Once it is determined that the subject-matter of the procurement—the goods and/or services in issue—are not precluded from the application of the AIT, the particular circumstances of a bidder must then be considered.

[76] The fact that by meeting certain criteria specified in Article 504(6) a procuring party can limit its tendering to Canadian goods or suppliers does not, in any way, suggest that where such party does not choose to so restrict its tendering, those who would not otherwise be subject to the AIT, having regard to their particular circumstances,

Le paragraphe 504(6)

[73] Northrop Overseas soutient que le paragraphe 504(6) serait [TRADUCTION] « inutile si l’ACI cessait de s’appliquer à un marché dès qu’un fournisseur non canadien soumissionne ». Je ne partage pas cet avis.

[74] Le paragraphe 504(6) fait partie de l’article 504, intitulé « Non-discrimination réciproque ». Il est libellé comme suit :

Article 504 : [...]

6. Sauf disposition contraire nécessaire pour assurer le respect d’obligations internationales, une Partie peut limiter l’appel d’offres à des produits canadiens, à des services canadiens ou à des fournisseurs canadiens, sous réserve des conditions suivantes :

- a) la Partie qui lance l’appel d’offres doit être convaincue de l’existence d’une concurrence suffisante entre les fournisseurs canadiens;
- b) tous les fournisseurs qualifiés doivent être informés, dans l’appel d’offres, de l’existence de la préférence et des règles qui seront appliquées pour déterminer le contenu canadien;
- c) l’exigence en matière de contenu canadien ne doit pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour que le produit ou le service visé par le marché public soit qualifié de produit ou de service canadien.

[75] À mon avis, l’affirmation selon laquelle l’application de l’ACI peut être écartée du seul fait que l’un des soumissionnaires n’a pas la qualité de fournisseur canadien est erronée. L’applicabilité de l’ACI doit être déterminée tant au niveau du marché qu’à celui de chacun de ses participants. Une fois établi que l’objet du marché — les produits et services en cause — n’est pas soustrait à l’application de l’ACI, il faut procéder à l’examen des circonstances propres au soumissionnaire.

[76] Le fait que la partie acquéreuse, en respectant certains critères précisés au paragraphe 504(6), puisse limiter son appel d’offres aux produits et aux fournisseurs canadiens n’indique nullement que, lorsqu’elle fait ce choix, ceux qui en raison de leur situation propre ne seraient normalement pas assujettis à l’ACI obtiennent

should suddenly become entitled to claim that they are subject to the AIT.

[77] While the correct interpretation of Article 504(6) is not obvious, the provision specifies that a procuring party may only limit its tendering to Canadian goods or suppliers in the limited circumstances described in paragraphs (6)(a), (b) and (c) of that Article. Thus, procurements that are open to both Canadian and non-Canadian suppliers may have been intended by the parties to be the norm. However, such an intention does not support an argument that the parties to the AIT must have also intended to provide non-Canadian suppliers with the rights that the AIT confers on those who have the status of Canadian suppliers. Instead, the intention to normally include non-Canadian suppliers as bidders in procurements can reasonably be considered to be a means of limiting indirect discrimination by procuring parties.

[78] The issue of indirect discrimination may be illustrated by an example. Suppose that the government of province A wishes to tender for widgets and that there are two Canadian suppliers of widgets. Supplier one, a resident of province A, manufactures the widgets in that province, while supplier two, a resident of another province, imports its widgets. By specifying that the widgets that are to be procured must be Canadian goods, as contemplated by Article 504(6)(c), the government of province A would, in effect, ensure that its local bidder, supplier one, would receive the contract. Thus, province A may have unfairly discriminated against supplier two. However, such a procurement would likely offend the condition in Article 504(6)(a), which requires that there must be a sufficient level of competition among Canadian suppliers. As a result, this hypothetical procurement would likely have to be open to non-Canadian suppliers, so as to ensure that there was sufficient competition to prevent supplier one from being the beneficiary of discrimination from its provincial government. The requirement to include non-Canadian suppliers in these hypothetical circumstances illustrates that the intention of Article 504(6) is to prohibit procuring parties from engaging in indirect discrimination and not to confer the benefits of the AIT on non-Canadian suppliers.

soudain le droit de revendiquer leur assujettissement à l'ACI.

[77] Bien que l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 504(6) ne soit pas évidente, la disposition précise que la partie qui lance l'appel d'offres peut limiter son appel d'offres aux produits et fournisseurs canadiens que dans les cas prévus aux alinéas (6)a), b) et c) de cet article. Il se peut que les parties aient eu l'intention de faire en sorte que l'ouverture des marchés aux fournisseurs canadiens et non canadiens soit la norme. Cependant, cette intention ne peut étayer l'argument voulant que les parties à l'ACI aient nécessairement eu l'intention d'offrir également aux fournisseurs non canadiens le bénéfice des droits que confère l'ACI à ceux qui ont la qualité de fournisseur canadien. Il est plus raisonnable de penser que la volonté d'inclure les fournisseurs non canadiens à titre de soumissionnaires dans le cadre des marchés est plutôt un moyen de limiter la discrimination indirecte que peuvent exercer les parties acquéreuses.

[78] Cette question de la discrimination indirecte peut être illustrée par un exemple. Supposons que le gouvernement de la province A souhaite lancer un appel d'offres pour l'achat d'un article pour lequel il n'existe que deux fournisseurs canadiens. Le fournisseur n° 1, un résident de la province A, fabrique les articles dans cette province, alors que le fournisseur n° 2, qui réside dans une autre province, importe les articles. S'il précise que les articles visés par le marché doivent être des produits canadiens, comme le prévoit l'alinéa 504(6)c), le gouvernement de la province A s'assurerait dans les faits d'octroyer le contrat au soumissionnaire local, le fournisseur n° 1. Il se peut que la province A ait ainsi exercé de la discrimination contre le fournisseur n° 2. Toutefois, un tel marché contreviendrait vraisemblablement à la condition énoncée à l'alinéa 504(6)a), selon laquelle il doit exister une concurrence suffisante entre les fournisseurs canadiens. Par conséquent, il serait probablement nécessaire d'ouvrir ce marché hypothétique aux fournisseurs non canadiens de manière à garantir une concurrence suffisante empêchant le fournisseur n° 1 de tirer avantage de la discrimination exercée par son gouvernement provincial. L'obligation d'inclure des fournisseurs non canadiens dans un tel cas démontre que le paragraphe 504(6) vise à interdire aux parties qui lancent un appel d'offres de se livrer indirecte-

Application

[79] In its reasons, the CITT correctly determined that a designated contract has to be a contract described in Article 502. However, in my view, the CITT erred in its interpretation of that Article by failing to consider the “within Canada” requirement, which requires the circumstances of the particular bidder to be considered. The only consideration of Article 502 appears in paragraph 19 [of the CITT decision] which states:

Article 502 of the *AIT* essentially limits the coverage of the procurement chapter of the *AIT* to procurement over specified dollar values and excludes certain procuring entities from coverage.

Clearly, that paragraph contains no analysis or discussion of the “within Canada” requirement. In my view, this error is a sufficient basis upon which to set aside the decision of the CITT.

[80] The CITT did not consider whether Northrop Overseas met the definition of “Canadian supplier” so that the “within Canada” requirement in Article 502(1) could be met and the record before us is, in my view, insufficient for such a determination to be made by this Court. Such a determination would be best undertaken by the CITT.

[81] In the event that the CITT should determine that Northrop Overseas does not meet the definition of “Canadian supplier”, Northrop Overseas would not be able to meet the “within Canada” requirement in Articles 502(1) and 101(1). Consequently, Northrop Overseas would not be able to demonstrate that, in its circumstances, the designated contract requirement is met. It would follow that Northrop Overseas would not meet the definition of “potential supplier” [in section 30.1 of the Act], since that definition contemplates an actual or prospective bid on a designated contract. As a result, the CITT would be without jurisdiction to hear Northrop Overseas’ complaint. While such a conclusion is premature, it is also noted that such a conclusion would not

ment à de la discrimination, et non à conférer aux fournisseurs non canadiens les avantages prévus à l’ACI.

La demande

[79] Dans ses motifs, le TCCE a statué à juste titre qu’un contrat spécifique était nécessairement un contrat visé à l’article 502. Ceci étant, je suis d’avis que le TCCE a fait une interprétation erronée de cet article en omettant de tenir compte de l’exigence découlant des mots « au Canada », selon laquelle il faut tenir compte des circonstances propres au soumissionnaire en cause. L’article 502 n’a fait l’objet que d’un bref examen, au paragraphe 19 :

L’article 502 de l’*ACI* limite pour l’essentiel l’application du chapitre de l’*ACI* sur les marchés publics à certaines valeurs monétaires et exclut certaines entités acheteuses du champ d’application.

Il est clair que ce paragraphe ne contient ni analyse ni examen approfondi de l’exigence liée aux mots « au Canada ». J’estime que cette erreur représente un motif suffisant pour annuler la décision du TCCE.

[80] Le TCCE ne s’est pas demandé si Northrop Overseas répondait à la définition du « fournisseur canadien » de sorte que l’exigence liée aux mots « au Canada » du paragraphe 502(1) puisse être respectée et, selon moi, le dossier dont est saisie la Cour n’est pas assez complet pour lui permettre de procéder à une telle détermination. Le TCCE est davantage en mesure d’y parvenir.

[81] Si le TCCE en venait à juger que la société ne répond pas à la définition du fournisseur canadien, Northrop Overseas serait incapable de respecter le critère lié aux mots « au Canada » des paragraphes 502(1) et 101(1). Conséquemment, elle ne serait pas en mesure de démontrer que, eu égard à sa situation, l’exigence liée au contrat spécifique est remplie. Il s’ensuivrait que Northrop Overseas ne répondrait pas à la définition du « fournisseur potentiel » [à l’article 30.1 de la Loi], puisque cette dernière vise le soumissionnaire réel ou potentiel d’un contrat spécifique. Le TCCE n’aurait donc pas compétence pour instruire la plainte de Northrop Overseas. Bien qu’il soit prématuré de tirer une telle conclusion, il convient par ailleurs de mentionner que si elle s’avérait,

leave Northrop Overseas bereft of any potential remedy. Indeed, Northrop Overseas has already commenced an application in the Federal Court for judicial review of the decision of PWGSC to award the contract under consideration to Lockheed.

[82] As pointed out by my colleague Létourneau J.A., the prospect of a procurement process giving rise to complaint proceedings before both the CITT and the Federal Court, by way of a judicial review, is unappealing. Duplicative proceedings are often inefficient and costly. However, nothing in the AIT, the Act or the Regulations indicates that all complaints in relation to procurements within the scope of the AIT must be brought before the CITT. Indeed, Northrop Overseas has proved that point by undertaking action before the Federal Court, as well as before the CITT.

[83] If the decision in this appeal were to be that Northrop Overseas has the ability to proceed with its complaint before the CITT, such a decision would not have the effect of denying the jurisdiction of the Federal Court to hear an application for judicial review. Thus, the prospect of inefficient and costly duplicative proceedings would still be with us, although in this case, Northrop Overseas would be free to choose which of the two procedures it wishes to follow. Nothing in such a decision would prevent an aggrieved Canadian supplier in a future procurement from commencing judicial review proceedings in respect of its complaint in relation to that procurement if, for some reason, that Canadian supplier chose to proceed in that fashion.

[84] It is apparent to me that a solution to the potential problem of duplicative proceedings lies elsewhere—with the parties to the AIT or possibly with Parliament. I would only observe that the remedies available to a complainant, in respect of a procurement, who is obliged to proceed by way of judicial review are likely to be less comprehensive than those that are within the power of the CITT. Otherwise, one would assume that complainants would avail themselves of the judicial review option more frequently than appears to be the case. In my view, this underscores the potential benefits that a complainant, in respect of a procurement, may derive if it is able to bring itself under the provisions of Chapter 5 of the AIT. However, as previously discussed, such a complainant must first be

Northrop Overseas ne serait pas pour autant privée de tout recours. En fait, la société a déjà intenté une demande en Cour fédérale pour faire contrôler la décision de TPSGC d'octroyer le contrat en cause à Lockheed.

[82] Ainsi que le signale mon collègue le juge Létourneau, la perspective qu'une procédure d'attribution d'un marché entraîne des instances à la fois devant le TCCE et la Cour fédérale, par voie de contrôle judiciaire, n'a rien de réjouissant. Le dédoublement de procédures est souvent inefficace et coûteux. Cependant, rien n'indique, dans l'ACI, la Loi ou le Règlement, que toutes les plaintes portant sur un marché visé par l'ACI doivent être adressées au TCCE. En effet, Northrop Overseas en a fait la preuve en engageant des actions devant la Cour fédérale de même que devant le TCCE.

[83] Si la décision dans le présent appel devait être que Northrop Overseas peut poursuivre la procédure de plainte devant le TCCE, cela n'aurait pas pour effet de priver la Cour fédérale de son pouvoir d'instruire une demande de contrôle judiciaire. Ainsi, la possibilité d'un dédoublement de procédures inefficace et coûteux demeurerait, quoique dans un tel cas, Northrop Overseas serait libre de choisir celle des deux procédures à laquelle elle souhaite donner suite. Une telle décision n'empêcherait nullement le fournisseur canadien qui serait lésé dans un marché ultérieur d'intenter un recours en contrôle judiciaire relativement à sa plainte au sujet de ce marché si, pour quelque raison, il choisissait de procéder ainsi.

[84] Il me semble évident que la solution au problème éventuel du dédoublement de procédures se trouve ailleurs — entre les mains des parties à l'ACI ou peut-être, du législateur. Je me contenterais de signaler que les recours offerts, dans le cadre d'un marché, au plaignant qui est obligé de procéder par voie de contrôle judiciaire ne sont vraisemblablement pas aussi exhaustifs que ceux qui relèvent du TCCE. S'il en était autrement, on peut supposer que les plaignants se prévaudraient du contrôle judiciaire plus fréquemment qu'ils ne semblent le faire actuellement. À mon avis, cela fait ressortir les avantages que peut tirer l'auteur d'une plainte relative à un marché s'il réussit à entrer dans le champ d'application du chapitre 5 de l'ACI. Toutefois, conformément à l'analyse qui

able to demonstrate that its activities in relation to the procurement are of the type contemplated by Article 502.

Conclusion

[85] The three trade agreements may be regarded as “doors” into the jurisdiction of the CITT. A potential complainant in respect of a procurement may pass through a “door” and thereby gain access to the CITT complaint procedure, by demonstrating that the subject-matter of the procurement is within the scope of one of the trade agreements and that the activity contemplated by that potential complainant is covered by, or within the scope of, that agreement. In the present circumstances, the NAFTA and the *Agreement on Government Procurement* “doors” are closed because the subject-matter of the procurement is specifically excluded from the scope of those agreements. The AIT, the only remaining “door”, will only be open to Northrop Overseas if it can demonstrate that it is a Canadian supplier that would be engaged in a procurement within Canada, as required by Article 502(1), if it were to be awarded the contract contemplated by the RFP.

DISPOSITION

[86] I would allow the application for judicial review, with costs payable by the respondent Northrop Overseas, set aside the decision of the CITT and refer the matter back to the CITT to determine whether Northrop Overseas is a Canadian supplier.

SEXTON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A. (dissenting):

[87] I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague Ryer J.A. in which he accepts the submissions made by the Attorney General and Lockheed Martin Corporation (Lockheed). I think these submissions

précède, ce plaignant doit d’abord être en mesure de démontrer que ses activités, eu égard au marché, sont du type visé à l’article 502.

Conclusion

[85] Les trois accords commerciaux peuvent être vus comme des « portes » donnant accès à la compétence du TCCE. L’auteur éventuel d’une plainte relative à un marché pourra traverser cette « porte » et accéder à la procédure de plainte devant le TCCE s’il peut démontrer que l’objet du marché entre dans le champ d’application de l’un des accords commerciaux et que l’activité qu’il envisage lui-même est visée, ou couverte, par cet accord. En l’espèce, les « portes » de l’ALÉNA et de l’*Accord sur les marchés publics* sont fermées parce que l’objet du marché est précisément exclu de la portée de ces accords. L’ACI, seule « porte » restante, ne s’ouvrira à Northrop Overseas que si elle peut faire la preuve de sa qualité de fournisseur canadien ayant passé un marché au Canada, tel que l’exige le paragraphe 502(1), si elle devait recevoir le contrat envisagé par la DDP.

DISPOSITIF

[86] J’accueillerais la demande de contrôle judiciaire, je condamnerais la défenderesse Northrop Overseas aux dépens, j’annulerais la décision du TCCE et je lui renverrais l’affaire afin qu’il décide si Northrop Overseas est un fournisseur canadien.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je suis d’accord.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (dissent) :

[87] J’ai eu l’avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue, le juge Ryer, dans lesquels il accepte les observations présentées par le procureur général et Lockheed Martin Corporation (Lockheed). Je pense que

have the effect of amending the provisions conferring jurisdiction upon the Canadian International Trade Tribunal (Tribunal). In fact, they read in requirements and restrictions which do not appear in these provisions and were not intended to appear therein.

[88] The relevant provisions are Article 502 of the *Agreement on Internal Trade* implemented by the *Agreement on Internal Trade Implementation Act*, S.C. 1996, c. 17, sections 30.1 and 30.11 of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (CITT Act) and subsection 3(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 (CITTPI Regulations).

[89] These provisions read:

[*Agreement on Internal Trade*]

Article 502: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

- (a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods;
- (b) \$100,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for services, except those services excluded by Annex 502.1B; or
- (c) \$100,000 or greater, in the case of construction.

2. Subject to paragraphs 3 and 4 and Article 517(3), entities listed in Annexes 502.2A and 502.2B are excluded from this Chapter.

3. The entities listed in Annex 502.2B shall be free to pursue commercial procurement practices that may otherwise not comply with this Chapter. Nevertheless, the Parties shall not direct those entities to discriminate against the goods, services or suppliers of goods or services of any Party, including those related to construction.

ces observations ont pour effet de modifier les dispositions qui confèrent sa compétence au Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal). En fait, elles y introduisent des exigences et des restrictions qui ne figurent pas dans les dispositions et qu'on n'a jamais voulu formuler.

[88] Les dispositions pertinentes en l'instance sont l'article 502 de l'*Accord sur le commerce intérieur*, mis en œuvre par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, L.C. 1996, ch. 17, les articles 30.1 et 30.11 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47 (Loi sur le TCCE) et le paragraphe 3(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 (Règlement ETCCEMP).

[89] Ces dispositions sont ainsi libellées :

[*Accord sur le commerce intérieur*]

Article 502 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l'annexe 502.1A :

- a) les marchés d'une valeur d'au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits :
- b) les marchés d'une valeur d'au moins 100 000 \$ et portant principalement sur des services, sauf ceux précisés à l'annexe 502.1B;
- c) les marchés d'une valeur d'au moins 100 000 \$ et portant sur des travaux de construction.

2. Sous réserve des paragraphes 3 et 4 et du paragraphe 517(3), les entités énumérées aux annexes 502.2A et 502.2B sont exclues du champ d'application du présent chapitre.

3. Les entités énumérées à l'annexe 502.2B sont libres d'appliquer, en matière de marchés publics, des pratiques commerciales par ailleurs non conformes avec le présent chapitre. Néanmoins, les Parties ne peuvent ordonner à ces entités d'exercer de la discrimination à l'égard des produits, des services ou des fournisseurs de produits ou services d'une Partie, y compris en matière de travaux de construction.

4. The Provinces, pursuant to negotiations under Article 517(1), agree to extend coverage of this Chapter to municipalities, municipal organizations, school boards and publicly-funded academic, health and social service entities no later than June 30, 1996.

5. Each Party shall communicate any modification to its lists of entities set out in the Annexes to this Article to all other Parties in writing without delay. [Emphasis added.]

[*Canadian International Trade Tribunal Act*]

COMPLAINTS BY POTENTIAL SUPPLIERS

30.1 In this section and in sections 30.11 to 30.19,

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

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

“government institution” means any department or ministry of state of the Government of Canada, or any other body or office, that is designated by the regulations;

“interested party” means a potential supplier or any person who has a material and direct interest in any matter that is the subject of a complaint;

“potential supplier” means, subject to any regulations made under paragraph 40(f.1), a bidder or prospective bidder on a designated contract.

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

(2) A complaint must

(a) be in writing;

(b) identify the complainant, the designated contract concerned and the government institution that awarded or proposed to award the contract;

(c) contain a clear and detailed statement of the substantive and factual grounds of the complaint;

4. Au moyen des négociations prévues au paragraphe 517(1), les provinces conviennent d'étendre, au plus tard le 30 juin 1996, le champ d'application du présent chapitre aux municipalités, aux organismes municipaux, aux conseils et commissions scolaires ainsi qu'aux entités d'enseignement supérieur, de services de santé ou de services sociaux financés par l'État.

5. Chaque Partie communique sans délai et par écrit à toutes les autres Parties les modifications apportées à ses listes d'entités figurant aux annexes du présent article. [Non souligné dans l'original.]

[*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*]

PLAINTES DES FOURNISSEURS POTENTIELS

30.1 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 30.11 à 30.19.

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

« fournisseur potentiel » Sous réserve des règlements pris en vertu de l'alinéa 40f.1), tout soumissionnaire — même potentiel — d'un contrat spécifique.

« institution fédérale » Ministère ou département d'État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement.

« intéressée » S'appliquant à « partie », le terme vise tout fournisseur potentiel ou toute personne ayant un intérêt économique direct dans l'affaire en cause dans une plainte.

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

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

(2) Pour être conforme, la plainte doit remplir les conditions suivantes :

a) être formulée par écrit;

b) préciser le contrat spécifique visé, le nom du plaignant et celui de l'institution fédérale chargée de l'adjudication du contrat;

c) exposer de façon claire et détaillée ses motifs et les faits à l'appui;

(d) state the form of relief requested;

(e) set out the address of the complainant to which notices and other communications respecting the complaint may be sent;

(f) include all information and documents relevant to the complaint that are in the complainant's possession;

(g) be accompanied by any additional information and documents required by the rules; and

(h) be accompanied by the fees required by the regulations.

(3) The Chairperson may assign one member of the Tribunal to deal with a complaint and a member so assigned has and may exercise all of the Tribunal's powers, and has and may perform all of the Tribunal's duties and functions, in relation to the complaint. [Emphasis added.]

[*Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*]

DESIGNATIONS

3. (1) For the purposes of the definition “designated contract” in section 30.1 of the Act, any contract or class of contract concerning a procurement of goods or services or any combination of goods or services, as described in Article 1001 of NAFTA, in Article 502 of the Agreement on Internal Trade or in Article I of the Agreement on Government Procurement, by a government institution, is a designated contract. [Emphasis added.]

[90] A reading of these interrelated provisions indicates that the Tribunal possesses the necessary jurisdiction to hear a complaint from a potential supplier which bids on a “designated contract designated by the regulations”, in the present circumstances a contract as described in Article 502 of the *Agreement on Internal Trade* (AIT).

[91] It cannot be disputed that a designated contract, i.e. a “contract concerning a procurement of goods or services ... as described ... in Article 502” of the AIT, was issued by the Government of Canada and that the Government of Canada is one of the entities listed in Annex 502.1A (emphasis added). The underlined words are those of the definition of “designated contract” found in subsection 3(1) of the CITTPI Regulations.

d) préciser la nature de la réparation demandée;

e) préciser l'adresse du plaignant où peuvent être envoyées les notifications et autres communications relatives à la plainte;

f) fournir tous les renseignements et documents pertinents que le plaignant a en sa possession;

g) fournir tous renseignements et documents supplémentaires exigés par les règles;

h) comporter le paiement des droits réglementaires.

(3) Le président peut désigner un membre du Tribunal pour l'instruction de la plainte. Celui-ci exerce dès lors les pouvoirs et fonctions du Tribunal. [Non souligné dans l'original.]

[*Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*]

DÉSIGNATIONS

3. (1) Pour l'application de la définition de « contrat spécifique » à l'article 30.1 de la Loi, est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché de fournitures ou services ou de toute combinaison de ceux-ci, accordé par une institution fédérale — ou qui pourrait l'être — et visé, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie, à l'article 1001 de l'ALÉNA, à l'article 502 de l'Accord sur le commerce intérieur ou à l'article premier de l'Accord sur les marchés publics. [Non souligné dans l'original.]

[90] La lecture de ces dispositions interreliées nous indique que le Tribunal possède la compétence nécessaire pour instruire la plainte formulée par un fournisseur potentiel qui soumissionne relativement à un « contrat spécifique précisé par règlement », soit en l'occurrence un contrat visé par l'article 502 de l'*Accord sur le commerce intérieur* (l'ACI).

[91] C'est un fait incontestable qu'un contrat spécifique, à savoir un « contrat relatif à un marché de fournitures ou de services [...] visé [...] à l'article 502 » de l'ACI, a été accordé par le gouvernement du Canada et que celui-ci est l'une des entités énumérées à l'annexe 502.1A (je souligne). Les mots soulignés sont ceux de la définition de « contrat spécifique » figurant au paragraphe 3(1) du Règlement ETCCEMP.

[92] Indeed, the Letter of Interest sent to potential suppliers clearly identifies the contract as a designated contract. It indicates that all interested suppliers may submit a bid and that the trade agreement which applies is the AIT: see the Letter of Interest at Tab A, page 000046 of the applicant's application record.

[93] It is not disputed that the monetary threshold imposed by Article 502 is met. Finally, nobody disagrees that the respondent, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop), is a potential supplier. It did make a bid on the contract and its bid was evaluated with the bids of the other potential suppliers.

[94] However, both the applicant and the respondent Lockheed originally submitted that Northrop cannot lodge a complaint before the Tribunal for two reasons: first, because the contract is not a designated contract for Northrop and second, because Northrop is not a Canadian supplier. This appears abundantly clear from paragraphs 22 to 76 and 13 to 65 of their respective memorandum of fact and law. It also appears from paragraphs 1 to 3, 11 to 13 of the Attorney General's supplementary submissions and 10 to 14 of his reply as well as paragraphs 11 to 17 and 4 to 12 of Lockheed's supplementary submissions and reply.

Whether the contract is a designated contract

[95] As I understand the situation with respect to the notion of designated contract, the argument has evolved to focus on the words "procurement within Canada" found in Article 502 of the AIT and on the definition of "potential supplier" in section 30.1 of the CITT Act. The contract, it is alleged, is not a designated contract for Northrop because Northrop is not a Canadian supplier and, therefore, the procurement by Northrop is not a procurement within Canada. Thus, the contract not being a designated contract, Northrop does not meet the definition of potential supplier and, consequently, is not a potential supplier.

[96] Starting first with the words "procurement within Canada" in Article 502 of the AIT, I believe these words

[92] En fait, la lettre d'intérêt envoyée aux fournisseurs potentiels mentionne clairement qu'il s'agit d'un contrat spécifique. Elle invite tous les fournisseurs intéressés à présenter une offre et précise que l'ACI est l'accord commercial qui s'applique : voir la lettre d'intérêt, onglet A, page 000046 du dossier de demande du demandeur.

[93] Il n'est pas contesté que le seuil monétaire prévu à l'article 502 est respecté. En définitive, personne ne nie que la défenderesse, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop), soit un fournisseur potentiel. Elle a bel et bien présenté une soumission à l'égard du contrat et cette offre a été évaluée conjointement à celles des autres fournisseurs potentiels.

[94] Ceci étant, le demandeur et la défenderesse Lockheed ont tous les deux soutenu au départ que Northrop ne pouvait déposer une plainte devant le Tribunal pour deux raisons : d'abord, parce que le contrat n'est pas un contrat spécifique pour Northrop et, ensuite, parce que Northrop n'est pas un fournisseur canadien. Ces prétentions ressortent très clairement des paragraphes 22 à 76 et 13 à 65 de leur mémoire des faits et du droit respectif. Elles sont aussi présentes aux paragraphes 1 à 3 et 11 à 13 des observations supplémentaires du procureur général et 10 à 14 de sa réponse ainsi qu'aux paragraphes 11 à 17 et 4 à 12 des observations supplémentaires et de la réponse de Lockheed.

Le contrat est-il un contrat spécifique?

[95] Selon ce que je comprends de la situation par rapport à la notion de contrat spécifique, l'argument a évolué de manière à fixer l'attention sur les mots anglais « *procurement within Canada* » (« marchés publics [...] passés au Canada ») que renferme l'article 502 de l'ACI et sur la définition du fournisseur potentiel figurant à l'article 30.1 de la Loi sur le TCCE. On prétend que le contrat n'est pas un contrat spécifique pour Northrop parce que celle-ci n'est pas un fournisseur canadien et que, partant, le marché passé par Northrop n'est pas un marché passé au Canada. Le contrat n'étant pas un contrat spécifique, Northrop ne répond pas à la définition du fournisseur potentiel et, par le fait même, n'en est pas un.

[96] Commençons par les mots « *procurement within Canada* » de l'article 502 de l'ACI. Je crois que ces mots

have been given an interpretation that they cannot reasonably bear.

[97] “Procurement within Canada” refers in French to “*marchés publics ... passés au Canada*”. There is no doubt that what is involved here is a procurement, i.e. a “*marché public*”. The French words “*passés au Canada*” simply mean done (*fait*) or concluded (*conclu*) in Canada. To put it plainly and simply, they refer to a public deal or contract done in Canada which involves the Canadian government in this case. There is in these terms no requirement of a Canadian nationality for a potential supplier or that a potential supplier possesses a place of business in Canada.

[98] I agree with counsel for Northrop that “there is nothing in either the AIT or in the CITT Act to indicate that a procurement by the federal government ceases to be within Canada merely because a bidder may be located outside of Canada”: see Northrop’s supplementary submissions, at paragraph 8.

[99] Indeed, the entity issuing the procurement contemplated that the fulfillment of the acquisition contract would entail importing in Canada the needed supplies, even by Canadian suppliers. One purpose of the Letter of Interest, found at page 000047 of the applicant’s application record, was to:

- advise prospective suppliers that they will be required to comply with the International Traffic in arms Regulations (ITARs), and will be responsible for obtaining any necessary Government export licenses, and any other required licenses and Technical Assistance Agreements; and [Emphasis added.]

[100] In the same vein, article 9.2 of the proposed Model Contract stipulates that the contractor is responsible for export and import licenses and duties. It reads:

... the Contract Price includes the total cost to Canada for the Work including all export and import licenses, insurance, permits, all sales, use, excise and other or similar taxes levied, assessed or imposed under any legal jurisdiction in respect of anything required to be furnished, sold or delivered by the

ont reçu une interprétation qu’il est déraisonnable de leur donner.

[97] « *Procurement within Canada* » correspond en français à « *marchés publics [...] passés au Canada* ». Il ne fait aucun doute qu’on a affaire ici à un « *procurement* », c’est-à-dire un « *marché public* ». Les mots français « *passés au Canada* » signifient simplement « *fait* » (*done*) ou « *conclu* » (*concluded*) au Canada. En termes simples et concrets, ces mots font référence à un marché (*deal*) ou contrat public fait au Canada et impliquant, en l’occurrence, le gouvernement canadien. Il n’y a dans ces termes aucune obligation pour un fournisseur potentiel d’avoir la nationalité canadienne ou de posséder un établissement au Canada.

[98] Je partage l’avis de l’avocat de Northrop, qui affirme que [TRADUCTION] « rien dans l’ACI ou dans la Loi sur le TCCE n’indique qu’un marché du gouvernement fédéral cesse d’être au Canada uniquement parce qu’un soumissionnaire est situé à l’extérieur du Canada » : voir les observations supplémentaires de Northrop, au paragraphe 8.

[99] En fait, l’entité qui a lancé la procédure de marché avait prévu que la pleine exécution du contrat d’acquisition nécessiterait l’importation au Canada des fournitures requises, même dans le cas de fournisseurs canadiens. La Lettre d’intérêt, qui se trouve à la page 000047 du dossier de demande du demandeur, avait notamment le but suivant :

[TRADUCTION] - informer les éventuels fournisseurs qu’ils seront tenus de se conformer au Traffic in arms Regulations (ITAR) et qu’ils auront la responsabilité d’obtenir toutes les licences gouvernementales d’exportation nécessaires ainsi que toutes les autres licences et tous les accords d’assistance technique requis. [Non souligné dans l’original.]

[100] Dans la même veine, il est stipulé à l’article 9.2 du contrat type proposé que l’entrepreneur est responsable de l’obtention des licences d’exportation et d’importation et du paiement des droits afférents :

[TRADUCTION] [...] le prix du contrat comprend le coût global assumé par le Canada pour les travaux, y compris l’ensemble des licences d’exportation et d’importation, l’assurance, les permis, toutes les taxes de vente, d’utilisation, d’accise et taxes semblables ou autres perçues, établies ou imposées en vertu de

Contractor pursuant to the Contract. The deliverables at paragraph 9.1 are to be Delivered Duty Unpaid (DDU) (Incoterm 2000). The estimated price excludes Canadian Customs duties that are intended to be accounted for under Article 12. [Emphasis added.]

Article 17.1 of the said Contract required that the proposed AMIRS targeting pods “be delivered by the Contractor to Canada” on or before specified dates. This certainly envisages goods and supplies being fabricated outside Canada and imported in Canada by the potential supplier.

[101] In my respectful view, there is to be found in the terms “*marchés publics ... passés au Canada*” (procurement within Canada) no requirement whatsoever that the proposed goods originate from within Canada. In any event, if the words “procurement within Canada” refer to the place where the goods and the services are procured rather than the place where the contract is concluded as the French text of the provision indicates, all the supplies in this case and the subsequent maintenance activities are to be procured to Canadian military bases across Canada. If this is not procurement within Canada at its simplest expression, one is then left to wonder what it is.

[102] This now brings me to the argument based on the definition of “potential supplier”. As the applicant’s argument now goes in its circularity, a potential supplier, according to section 30.1 of the CITT Act, is “a bidder or prospective bidder on a designated contract.” And a designated contract is one that takes into account particular circumstances or characteristics of the potential supplier. In other words, a potential supplier is defined by the designated contract and a designated contract is defined by the potential supplier. This is the reasoning that allows the applicant and Lockheed to contend that the contract is a designated contract for the other bidders, but not for Northrop.

[103] I should say that there is nothing in the definitions of “potential supplier” and “designated contract” in

toute compétence légale relativement à toute chose devant être fournie, vendue ou livrée par l’entrepreneur aux termes du contrat. Les produits livrables mentionnés au paragraphe 9.1 doivent être livrés droits de douane non acquittés (DDNA) (Incoterm 2000). Le prix estimatif exclut les droits d’entrée au Canada qui sont pris en compte aux termes de l’article 12. [Non souligné dans l’original.]

L’article 17.1 du contrat en question exigeait que les nacelles de désignation d’objectif munies de CIMP [TRADUCTION] « soient livrées par l’entrepreneur au Canada » au plus tard aux dates précisées. Ainsi, on envisage certes la possibilité que les produits et fournitures soient fabriqués à l’extérieur du Canada puis importés au Canada par le fournisseur potentiel.

[101] En toute déférence, je suis d’avis que les termes « marchés publics [...] passés au Canada » (*procurement within Canada*) n’exigent d’aucune façon que les produits visés par la proposition soient d’origine canadienne. De toute façon, même si les mots « *procurement within Canada* » renvoient au lieu d’acquisition des produits et services plutôt qu’à celui de la conclusion du contrat comme le suggère la version française de la disposition, toutes les fournitures dont il est question ici de même que la maintenance subséquente doivent être fournies aux bases militaires canadiennes de partout au pays. Si ce n’est pas là l’expression la plus simple d’un marché passé au Canada, on peut alors s’interroger sur ce qui le sera.

[102] Cela m’amène à l’argument fondé sur la définition du « fournisseur potentiel ». Pour suivre le raisonnement du demandeur dans sa circularité, le fournisseur potentiel, suivant l’article 30.1 de la Loi sur le TCCE, est tout « soumissionnaire — même potentiel — d’un contrat spécifique ». Et un contrat spécifique est un contrat tenant compte de la situation ou des caractéristiques particulières du fournisseur potentiel. En d’autres termes, le fournisseur potentiel se définit à partir du contrat spécifique et le contrat spécifique, en fonction du fournisseur potentiel. C’est ce raisonnement qui permet au demandeur et à Lockheed de prétendre que le contrat est un contrat spécifique pour les autres soumissionnaires, mais non pour Northrop.

[103] Il me faut dire qu’il n’y a rien dans les définitions du « fournisseur potentiel » et du « contrat spécifique », à

section 30.1 of the CITT Act and subsection 3(1) of the CITTPI Regulations which either authorizes or requires that particular characteristics or circumstances of a bidder be taken into account in the determination of the nature of the contract. Unlike a chameleon which changes color according to circumstances, the designated contract is not a contract whose legal nature changes according to the status or the circumstances of the bidder. I fail to see how a designated contract for the procurement of goods or services as described in Article 502 of the AIT, issued by the federal government, is a designated contract for some bidders but ceases to be one for some other bidders on the same contract.

Whether the jurisdiction of the CITT is conditional on Northrop being a Canadian supplier

[104] With due respect, I see nothing in the definition of “potential supplier” in section 30.1 and the use of that definition in subsection 30.11(1) which requires that the potential supplier be a Canadian supplier in order to have the capacity to file a complaint and the Tribunal to hear it.

[105] The applicant’s argument, supported by the respondent Lockheed, is that “potential supplier” in the CITT Act should read “Canadian supplier” because the designated contract is issued pursuant to the AIT which is an agreement which applies to trade within Canada. Indeed, I see nothing in the Letter of Interest and the proposal requirements in the request for proposal which requires that the potential supplier be a Canadian supplier: at pages 000046, 000057 and 000108 [of the applicant’s application record]. On the contrary, as previously mentioned, the procurement was offered and open to “all interested suppliers” because there were not enough Canadian suppliers.

[106] The applicant’s contention was rejected by the Tribunal pursuant to a thorough analysis of the relevant legislative provisions. The three members of the Tribunal did not limit their analysis of the jurisdictional question to a literal interpretation of the provisions conferring jurisdiction upon the Tribunal. They also looked at other

l’article 30.1 de la Loi sur le TCCE et au paragraphe 3(1) du Règlement ETCCEMP, qui autorise ou exige la prise en compte des caractéristiques ou de la situation particulières d’un soumissionnaire pour déterminer la nature du contrat. Contrairement au caméléon dont la couleur change selon les circonstances, le contrat spécifique n’en est pas un dont la nature juridique s’adapte au statut ou aux circonstances du soumissionnaire. Je n’arrive pas à voir comment un contrat spécifique relatif à un marché de fournitures ou de services visé à l’article 502 de l’ACI et donné par le gouvernement fédéral peut être un contrat spécifique pour certains soumissionnaires mais cesser de l’être pour d’autres soumissionnaires à l’égard du même contrat.

La compétence du TCCE dépend-elle de la qualité de fournisseur canadien de Northrop?

[104] En toute déférence, je ne vois pas que la définition de « fournisseur potentiel » de l’article 30.1 et l’emploi de cette définition au paragraphe 30.11(1) exigent que le fournisseur potentiel soit un fournisseur canadien pour être en mesure de déposer une plainte et pour que le Tribunal puisse l’entendre.

[105] Le demandeur, appuyé par la défenderesse Lockheed, prétend que le terme « fournisseur potentiel » dans la Loi sur le TCCE devrait être lu comme s’il voulait dire « fournisseur canadien » parce que le contrat spécifique est donné sous le régime de l’ACI, accord qui s’applique au commerce intérieur au Canada. Or, je ne peux rien trouver dans la lettre d’intérêt et les conditions relatives à la proposition figurant dans la demande de proposition qui oblige le fournisseur potentiel à être un fournisseur canadien: aux pages 000046, 000057 et 000108 [du dossier de demande du demandeur]. Au contraire, ainsi que je l’ai mentionné précédemment, le marché a été offert et était ouvert à [TRADUCTION] « tous les fournisseurs intéressés » en raison du nombre insuffisant de fournisseurs canadiens.

[106] La prétention du demandeur a été rejetée par le Tribunal au terme d’une analyse approfondie des dispositions législatives applicables. Les trois membres du Tribunal n’ont pas limité leur analyse de la question juridictionnelle à l’interprétation littérale des dispositions attributives de la compétence du Tribunal. Ils ont aussi

provisions to see if there are any which impose a nationality requirement on a complainant (i.e. to be a Canadian supplier), either directly or implicitly, in light of the context, object and purpose of the legislation: at paragraph 22 [of the reasons of the Tribunal].

[107] The members of the Tribunal made a comprehensive and convincing review of the provisions of the CITT Act, the AIT and the CITTPI Regulations which led them to conclude that it was not the intention of the parties to the AIT to limit the rights and obligations of the AIT to Canadian suppliers. At paragraph 42 of their reasons in answer to an argument of the applicant, they write:

It is a well-known rule of interpretation that, when different words are used by the drafters, they are intended to mean different things. In the Tribunal's view, the use of two distinct terms in Chapter Five of the *AIT* indicates that the parties intended to make a distinction between "Canadian suppliers" and all "suppliers", rather than reading in "Canadian" wherever the term "supplier" appears.

I agree.

[108] As clearly demonstrated by the decision of the Tribunal, the fact is that the AIT refers sometimes to suppliers and sometimes to Canadian suppliers when it is intended that some provisions apply only to Canadian suppliers. "Canadian suppliers" is defined in Article 518 of the AIT as a supplier that has a place of business in Canada. I agree with the Tribunal that Chapter 5 of the AIT, which contains Articles 502 and 518, makes it clear that the parties to the AIT did not intend to limit its coverage to Canadian suppliers, "given that certain substantive provisions of Chapter 5 clearly intend rights to apply to non-Canadian suppliers": see paragraph 31 of the reasons for the Tribunal's decision.

[109] It may be that, under the present designated contract, a supplier which is not a Canadian supplier is not entitled to be awarded the contract. However, this is for me a question which goes to the merit of the awarding of the contract, not the jurisdiction of the Tribunal. It may make a valid ground of complaint to the Tribunal,

examiné d'autres dispositions pour voir s'il y en avait parmi elles qui imposaient une condition de nationalité au plaignant (à savoir, l'obligation d'être un fournisseur canadien), directement ou tacitement, compte tenu du contexte, de l'objet et des objectifs de la législation : au paragraphe 22 [des motifs du Tribunal].

[107] Les membres du Tribunal ont procédé à un examen exhaustif et convaincant des dispositions de la Loi sur le TCCE, de l'ACI et du Règlement ETCCEMP, examen qui les a amenés à conclure que les parties à l'ACI n'avaient pas l'intention de limiter l'application des droits et obligations prévus dans l'ACI aux seuls fournisseurs canadiens. Au paragraphe 42 des motifs, ils répondent comme suit à l'argument du demandeur :

Selon une règle d'interprétation bien connue, si le rédacteur emploie des termes différents, c'est qu'il veut désigner des choses différentes. De l'avis du Tribunal, l'utilisation de deux termes distincts au chapitre cinq de l'ACI indique que les parties entendaient distinguer les « fournisseurs canadiens » de l'ensemble des « fournisseurs » plutôt que de faire en sorte que « canadien » soit sous-entendu chaque fois qu'apparaissait le terme « fournisseur ».

Je partage ce point de vue.

[108] Comme le démontre clairement la décision du Tribunal, la réalité est que l'ACI fait parfois référence aux fournisseurs et parfois aux fournisseurs canadiens, lorsqu'une disposition est destinée à ne s'appliquer qu'aux fournisseurs canadiens. Le terme « fournisseur canadien », défini à l'article 518 de l'ACI, désigne un fournisseur ayant un établissement au Canada. Comme le Tribunal, j'estime que le chapitre 5 de l'ACI, qui renferme les articles 502 et 518, indique clairement que les parties à l'ACI n'avaient pas l'intention de limiter son champ d'application aux fournisseurs canadiens, « puisque certaines dispositions de fond du chapitre 5 révèlent l'intention nette d'inclure les fournisseurs non canadiens » : voir le paragraphe 31 des motifs de la décision du Tribunal.

[109] Il se peut qu'un fournisseur non canadien, sous le régime du présent contrat spécifique, n'ait pas droit d'obtenir le contrat. Toutefois, cette question concerne selon moi le bien-fondé du choix du fournisseur à qui le contrat est accordé, et non la compétence du Tribunal. Cela peut constituer un motif valable pour se plaindre

not one of complaint against the Tribunal for exercising its jurisdiction over the merit of the complaint.

[110] Finally, this matter involves an issue of fairness, efficiency and costs. On this procurement, the federal government invited bids from outside Canada because it felt it could not obtain the products and services locally. The position taken by the applicant with respect to the jurisdiction of the Tribunal creates two different categories of bidders: those who can complain to the Tribunal and Northrop who cannot.

[111] While Northrop can intervene as an interested party in proceedings before the Tribunal to support another bidder in its complaint, it cannot raise before the Tribunal grounds of complaint of its own as a result of the position taken by the applicant. It has to seek judicial review in the Federal Court where the review is more limited in scope than before the Tribunal. This is unfair and also inefficient.

[112] As a matter of fact, the complaint process is split into two processes following parallel but different tracks. This bifurcation in relation to the same procurement and contract carries with it the potential for conflicting decisions. The Federal Court may find that the procedure for awarding the contract was unfair or unfairly applied while the Tribunal finds the opposite, or *vice versa*.

[113] In addition, the review of either the Tribunal's or the Federal Court's decision takes place before this Court. What is the point of having two different complaint processes in relation to the same procurement ending before this Court on the same or similar issues? I cannot believe that Parliament intended this bizarre, inefficient and costly result. As I have already mentioned, this result is not supported by the provisions of the CITT Act, the CITTPI Regulations and the AIT. Indeed, to achieve this result, one has to ignore the unambiguous text of the provisions of the CITT Act and CITTPI Regulations and also put a strained interpretation on those of the AIT.

devant le Tribunal, mais non pour se plaindre de ce que le Tribunal a exercé sa compétence à l'égard du fond de la plainte.

[110] Finalement, la présente affaire soulève une question d'équité, d'efficacité et de coûts. Pour le marché en cause, le gouvernement fédéral a invité des fournisseurs de l'extérieur du Canada à présenter des soumissions parce qu'il croyait ne pas pouvoir obtenir les produits et services localement. La position adoptée par le demandeur au sujet de la compétence du Tribunal crée deux catégories distinctes de soumissionnaires : ceux ayant la capacité de présenter une plainte au Tribunal et Northrop, qui ne le peut pas.

[111] Bien que Northrop puisse intervenir devant le Tribunal en qualité de partie intéressée en vue d'appuyer la plainte d'un autre soumissionnaire, elle ne peut y invoquer de motifs pour étayer sa propre plainte compte tenu de la position adoptée par le demandeur. Elle doit procéder par voie d'un contrôle judiciaire. Elle doit s'adresser à la Cour fédérale, où la portée du recours est plus limitée que devant le Tribunal. Cette situation est à la fois injuste et inefficace.

[112] En fait, la procédure de plainte est scindée en deux parcours parallèles mais distincts. Cette bifurcation dans le cadre d'un même marché et d'un même contrat s'accompagne du risque que des décisions contradictoires soient rendues. La Cour fédérale pourrait conclure que la procédure d'attribution du contrat était inéquitable ou inéquitablement appliquée alors que le Tribunal en arriverait à la conclusion opposée, et vice-versa.

[113] De plus, le contrôle des décisions du Tribunal et de la Cour fédérale ont lieu devant notre Cour. Pourquoi offrir deux procédures distinctes de plainte à l'égard du même marché si ces plaintes aboutissent éventuellement devant notre Cour relativement à des questions identiques ou similaires? Je ne puis concevoir que le législateur ait voulu ce résultat bizarre, inefficace et coûteux. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, ce résultat n'a pas de fondement dans les dispositions de la Loi sur le TCCE, du Règlement ETCCEMP et de l'ACI. En fait, pour parvenir à ce résultat, il faut absolument faire abstraction du libellé sans équivoque des dispositions de la Loi sur le TCCE et du Règlement ETCCEMP et en même temps, faire une interprétation forcée de celles de l'ACI.

[114] The bifurcation is also creative of inefficient delays and undue costs as the two review processes do not operate at the same pace. It delays the end of the procurement process and maintains a lingering doubt over its legitimacy until the two different complaint processes are completed. Costs are unnecessarily generated for the public because the government has to defend its procurement process in two different settings while the litigation in respect of the same contract could all be dealt with by the Tribunal which has been established for that very purpose and possesses the relevant expertise.

[115] Finally, in order for a complaint procedure to be efficient, the decision resulting from that procedure must be enforceable within a reasonable period of time. Where another complaint remains pending in another process, doubt is cast on the finality and enforceability of the decision already rendered. This is most undesirable for a sound and proper administration of justice. I am certainly not inclined to condone or foster such a result unless it clearly appears that this is what Parliament intends. Like the Tribunal, it is in vain that I have searched for an intent from Parliament to produce the result advocated by the applicant and respondent Lockheed.

[116] The decision of three members of the Tribunal is a carefully reasoned decision supported both by a literal and purposive interpretation of the provisions at play. I cannot say that that decision is erroneous or unreasonable.

Conclusion

[117] In the present instance, the legal regime chosen was the AIT. The designated contract was open to all interested suppliers and not limited to Canadian suppliers.

[118] However, the AIT ensured that Canadian suppliers which bid on the designated contract would enjoy the protection against discrimination that the parties to the AIT have agreed to provide to each other.

[114] La bifurcation entraîne également des retards improductifs et des frais excessifs puisque les deux procédures n'évoluent pas au même rythme. Cela retarde la fin de la procédure d'approvisionnement et laisse planer un doute concernant sa légitimité jusqu'à ce que prennent fin les deux procédures de plainte. Des frais inutiles sont imposés à la population du fait que le gouvernement doit assurer la défense de sa procédure de marché dans deux cadres différents alors que les litiges relatifs à un même contrat pourraient tous être tranchés par le Tribunal, qui a été constitué dans ce but précis et qui possède l'expertise pertinente.

[115] Finalement, pour qu'une procédure de plainte soit efficace, la décision qui en découle doit pouvoir être exécutée dans un délai raisonnable. Le fait qu'une autre plainte soit en instance dans le cadre d'une autre procédure jette un doute quant au caractère définitif et exécutoire de la décision déjà rendue. Cette conséquence n'est pas souhaitable pour une saine administration de la justice. Je ne suis certes pas disposé à tolérer ou à encourager une telle conséquence à moins qu'elle ne traduise manifestement l'intention du législateur. À l'instar du Tribunal, c'est en vain que j'ai cherché un signe que le législateur voulait produire le résultat préconisé par le demandeur et la défenderesse Lockheed.

[116] La décision des trois membres du Tribunal a été soigneusement motivée et s'appuie sur une interprétation à la fois littérale et téléologique des dispositions en jeu. Je ne puis affirmer qu'il s'agit d'une décision erronée ou déraisonnable.

Conclusion

[117] Dans la présente affaire, le régime juridique choisi était celui de l'ACI. Le contrat spécifique était ouvert à tous les fournisseurs intéressés et l'invitation n'était pas limitée aux fournisseurs canadiens.

[118] Toutefois, l'ACI faisait en sorte que les fournisseurs canadiens présentant une soumission à l'égard du contrat spécifique puissent jouir de la protection contre la discrimination que les parties à l'ACI avaient convenu de s'accorder mutuellement.

[119] All bidders, irrespective of their nationality, characteristics or circumstances, were bound by the terms of the contract and all the bids were subject to the same evaluation process. I do not think that the designated contract ceased to be a designated contract for Northrop because it allegedly did not have a place of business in Canada and, therefore, was not a potential supplier because it was not a Canadian supplier. I do not think that the jurisdiction of the CITT to hear Northrop's complaint about the evaluation process of the bids turns on a requirement that the complainant be a Canadian supplier.

[120] I would dismiss the application for judicial review with costs payable to the respondent Northrop.

[119] Tous les soumissionnaires, indépendamment de leur nationalité, de leurs caractéristiques ou de leur situation, étaient liés par les termes du contrat et toutes les soumissions étaient assujetties à la même procédure d'évaluation. Je ne pense pas que le contrat spécifique a cessé d'en être un pour Northrop du fait qu'elle n'avait supposément aucun établissement au Canada et, partant, qu'elle n'était pas un fournisseur potentiel puisqu'elle n'était pas un fournisseur canadien. Je ne pense pas que la compétence du TCCE pour instruire la plainte de Northrop portant sur la procédure d'évaluation des soumissions soit conditionnelle au fait que le plaignant soit un fournisseur canadien.

[120] Je rejetterais la demande de contrôle judiciaire et j'adjugerais les dépens à la défenderesse Northrop.