

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

73/07/CA

CHERUBINI METAL WORKS LIMITED

(Plaintiff) APPELLANT

- and -

NEW BRUNSWICK POWER CORPORATION

(Defendant) RESPONDENT

Cherubini Metal Works Limited v. New Brunswick  
Power Corporation, 2008 NBCA 89

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
May 4, 2007

History of Case:

Decision under appeal:  
2007 NBQB 157

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal of New Brunswick  
[2005] N.B.J. No. 154

Court of Queen's Bench of New Brunswick  
[2004] N.B.J. No. 404

Appeal heard:  
October 15, 2008

Judgment rendered:  
December 22, 2008

CHERUBINI METAL WORKS LIMITED

(Demanderesse) APPELANTE

- et -

SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

(Défenderesse) INTIMÉE

Cherubini Metal Works Limited c. Société d'Énergie  
du Nouveau-Brunswick, 2008 NBCA 89

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 4 mai 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2007 NBBR 157

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick  
[2005] A.N.-B. n° 154

Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick  
[2004] A.N.-B. n° 404

Appel entendu :  
Le 15 octobre 2008

Jugement rendu :  
Le 22 décembre 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Daigle

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Daigle

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Eric LeDrew

Pour l'appelante :  
Eric LeDrew

For the respondent:  
Kenneth B. McCulloch, Q.C.  
and Jeffrey Parker

Pour l'intimée :  
Kenneth B. McCulloch, c.r.,  
et Jeffrey Parker

#### THE COURT

#### LA COUR

The appeal is dismissed. The respondent is entitled to costs based on 40% of those awarded at trial in accordance with Note (1) of Tariff "A" under Rule 59 of the *Rules of Court*.

Rejette l'appel. L'intimée a droit à des dépens correspondant à 40 % du montant accordé à ce titre au procès, conformément à la remarque (1) du tarif « A » de la règle 59 des *Règles de procédure*.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

[1] After hearing from counsel for the appellant we dismissed the appeal with brief reasons to follow. These are our reasons.

[2] The essential facts of the case are as follows. The appellant is a structural steel and miscellaneous metals fabricator that constructs buildings and bridges in Atlantic Canada and New England. In 2002, the respondent power company solicited bids with respect to the construction of a series of buildings at the Coleson Cove Generating Station. Three bids were received. Although the appellant submitted the lowest bid, the contract was awarded to the second lowest bidder (Ocean Steel & Construction Ltd.) who had bid \$300,000 more than the appellant. The successful bid was for \$18,385,859.95. The bidding contract (Contract “A”) contained a clause acknowledging that the respondent retained the “sole unfettered discretion” to accept any tender it “deems most advantageous to itself”. As well, the bidding contract stated that while price would be the main evaluation criterion, the respondent was entitled to consider other factors such as scheduling and past experience of similar work by the contractor and subcontractors. Finally, the bidding contract provided for a “waiver” by the bidder of “any right, or cause of action against [the respondent] its officers, directors, employees or agents by reason of [the respondent’s] failure to accept the Tender submitted by the Tenderer ...” The waiver clause went on to stipulate that the waiver applied “whether such right or cause of action arises in contract, negligence, bad faith or otherwise”.

[3] In evaluating the bids, the respondent was advised by its “team” of engineers (The Coleson Power Group). The evaluation team was charged with the task of recommending which of the compliant bids was most advantageous to the respondent. In that regard, the evaluation team was concerned with the fact that the appellant would be subcontracting the erection aspect of the work to a third party (Emflo Erectors Ltd.). Emflo would be responsible for the erection of the steel being supplied by the appellant.

Before making its recommendation, the team sought information with respect to the past experience of Emflo. Ultimately, the evaluation team expressed concern over the subcontractor's lack of experience on similar projects. After meeting with the appellant and subcontractor, the evaluation team concluded that "Cherubini's [subcontractor's] lack of experience on projects of this size carries a potential risk to the project schedule" and that the cost of a one-day delay attributable to inexperience would easily surpass the \$300,000 difference in contract prices. The respondent agreed with this assessment and awarded the contract to Ocean Steel.

[4] The appellant sued the respondent for breach of its implied contractual obligations and claimed damages for loss of anticipated profits (\$2.8 million). In a decision now reported as *Cherubini Metal Works Ltd. v. New Brunswick Power Corp.* (2007), 314 N.B.R. (2d) 351, [2007] N.B.J. No. 146 (QL), 2007 NBQB 157, the trial judge dismissed the appellant's action while making a provisional assessment of damages (\$1.5 million). The trial judge held that the respondent had not breached its duty to act in good faith and to deal fairly with the appellant when evaluating its compliant bid. As well, the trial judge held that the appellant had "waived" its right to "commence and prosecute the action".

[5] Before this Court, the appellant pursued two principal arguments. The first argument attempts to short-circuit the unchallenged fact that the appellant's subcontractor (Emflo) lacked the requisite past experience with respect to projects of the magnitude and complexity presently under consideration. The appellant argued that the evaluation team proceeded on the mistaken assumption that the subcontractor would be supervising the erection of the steel when in fact it would be the appellant's employees who would be responsible for this task. Accepting this to be so, the appellant argued that as it had the requisite past experience there could be no valid objection to its tender based on the criterion of past experience. In other words, the appellant argued that Emflo's role as subcontractor was limited to supplying the necessary labour and tools and that the trial judge erred in misapprehending the evidence on this issue. The second ground of appeal involves the allegation that the respondent based its ultimate decision on undisclosed

criteria: (1) “scheduling”; and (2) the respondent’s past experience with the successful bidder. The appellant also challenges the trial judge’s assessment of provisional damages and his finding that the “waiver clause” insulated the respondent from any action in contract for breach of its obligations.

[6] In our respectful view, the appellant was unable to establish palpable and overriding error on the part of the trial judge in concluding that, as a matter of fact, supervision of the subcontract was to be undertaken by Emflo and not the appellant. We would emphasize that the appellant did not seek to counter the finding that Emflo lacked experience with respect to construction projects of the size being undertaken and, furthermore, Emflo had not previously acted as a subcontractor to the appellant. In any event, even if there were a genuine misunderstanding as to who would be supervising this aspect of the project, responsibility for the misunderstanding cannot be placed at the foot of the respondent. The respondent acted on the reasonable assumption that the relationship between the appellant and Emflo was the typical prime-contractor/subcontractor relationship in which supervision of the erection portion of the contract would rest with the subcontractor. Furthermore, the facts did not support the allegation that there was a “misunderstanding”. The facts as found by the trial judge fully support the respondent’s contention that until the parties got to the steps of the court house, there was never any doubt about who was to supervise what.

[7] The appellant’s argument that the contract was awarded on the basis of undisclosed criteria also fails. First, the argument that “scheduling” was employed as the main criterion has no merit. It just happens that scheduling considerations tipped the balance in favour of the successful bidder. Correlatively, we note that the appellant abandoned the argument, advanced and rejected at trial, that the respondent had breached its contractual obligation to disclose the relative weight to be assigned to each criterion. Of course, the law does not impose such an implied obligation and for good reason; it lacks the element of practicality. As well, we find no merit to the argument that the respondent’s evaluators failed to evaluate the past experience of each bidder with respect to “similar work” and instead relied on the respondent’s past experience with Ocean Steel

as the successful bidder on other contracts. First, we note that, at trial, this argument was framed differently. The appellant alleged that the respondent had breached its duty of good faith by giving preference to the successful bidder based on work that it had done for the respondent in the past. The argument was rejected by the trial judge but was recast in this Court as an allegation that the respondent had relied on undisclosed criteria. It is true that an “owner” is not entitled to base its decision to award “Contract B” upon the fact that it had past dealings or previous experience with a particular bidder, thereby effectively favouring one bidder over the others and depriving the latter of a realistic chance to compete on an equal footing (see *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860 at para. 116, [2000] S.C.J. No. 60 (QL), 2000 SCC 60). However, in this case the respondent relied on its past experience with the successful bidder solely with a view to assessing whether it had done similar work in the past, which it had. This is not a case where it is alleged that the “owner” invariably awards all of its tendered contracts to one bidder and employs the tendering process as a means of ensuring that this favoured contractor will continue to submit competitive bids. For these reasons, this ground of appeal must also fail.

[8]                There being no basis on which to interfere with the trial judge’s ultimate finding that the respondent did not breach any express or implied obligation arising out of “Contract A”, it is unnecessary for us to decide whether the trial judge erred in his provisional assessment of damages or in concluding that the “waiver clause” was effective for the purpose of insulating the respondent from liability or from the commencement of an action for damages for breach of “Contract A”. The extent to which a waiver clause is enforceable at law is a complex one. The law is by no means settled and the extent to which the doctrine of fundamental breach assists in the legal analysis is a matter best left to another day. On the issue of fundamental breach see *New Brunswick Power Corp. v. Westinghouse Canada Inc.*, [2008] N.B.J. No. 364 (QL), 2008 NBCA 70.

[9] For these reasons, we dismissed the appeal. The respondent is entitled to costs based on 40% of those awarded at trial in accordance with Note (1) of Tariff “A” under Rule 59 of the *Rules of Court*.

LE JUGE ROBERTSON

[1] Après avoir entendu l'avocat de l'appelante, nous avons rejeté l'appel et indiqué que de brefs motifs suivraient. Les voici.

[2] Les faits essentiels de la présente instance sont les suivants. L'appelante est une fabricante d'éléments en acier de construction et de produits sidérurgiques divers qui œuvre dans le domaine de la construction de bâtiments et de ponts au Canada atlantique et en Nouvelle-Angleterre. En 2002, la société d'énergie intimée a lancé un appel d'offres pour la construction d'une série de bâtiments à la centrale de Coleson Cove. Elle a reçu trois soumissions. Bien que l'appelante ait été la soumissionnaire la moins-disante, le contrat a été adjugé à la soumissionnaire classée seconde (Ocean Steel & Construction Ltd.), dont la soumission dépassait de 300 000 \$ celle de l'appelante. L'offre retenue était de 18 385 859,95 \$. Le contrat d'appel d'offres (contrat A) contenait une clause indiquant que l'intimée conservait le [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire exclusif absolu » d'accepter toute soumission qu'elle [TRADUCTION] « estime lui être la plus favorable ». Le contrat d'appel d'offres stipulait également que, bien que le prix soit le critère d'évaluation principal, l'intimée pouvait tenir compte d'autres facteurs, comme l'échéancier et l'expérience de l'entrepreneur et des sous-traitants dans le domaine de travail visé. Enfin, le contrat d'appel d'offres prévoyait une [TRADUCTION] « renonciation » par le soumissionnaire à [TRADUCTION] « tout droit ou toute cause d'action contre [l'intimée], ses dirigeants, administrateurs, employés ou mandataires du fait de la non-acceptation par [l'intimée] de la soumission présentée par le soumissionnaire[...] ». La clause de renonciation stipulait ensuite que la renonciation s'appliquait [TRADUCTION] « que le droit ou la cause d'action découle d'un contrat, de la négligence, de la mauvaise foi ou de toute autre chose ».

[3] Pour évaluer les soumissions, l'intimée bénéficiait des conseils de son [TRADUCTION] « équipe » d'ingénieurs (Coleson Power Group Inc.). La tâche de recommander laquelle des soumissions conformes était la plus favorable à l'intimée était



confiée à l'équipe d'évaluation. À cet égard, le fait que l'appelante allait donner en sous-traitance à un tiers (Emflo Erectors Ltd.) les travaux de montage préoccupait l'équipe d'évaluation. Emflo serait chargée du montage de l'acier fourni par l'appelante. Avant de formuler sa recommandation, l'équipe s'est renseignée sur l'expérience antérieure d'Emflo. En fin de compte, l'équipe d'évaluation a exprimé son inquiétude quant au manque d'expérience de la sous-traitante dans des projets semblables. Après avoir rencontré l'appelante et la sous-traitante, l'équipe d'évaluation a conclu que [TRADUCTION] « le manque d'expérience [de la sous-traitante] de Cherubini dans des projets de cette envergure risque de nuire à l'échéancier du projet », et que le coût afférent à un retard d'un jour pour cause d'inexpérience dépasserait facilement la différence de 300 000 \$ dans les prix des contrats. L'intimée a souscrit à l'évaluation et a adjugé le contrat à Ocean Steel.

[4] L'appelante a poursuivi l'intimée pour violation de ses obligations contractuelles implicites et a demandé des dommages-intérêts pour perte de profits prévus (2,8 millions de dollars). Dans une décision publiée sous l'intitulé *Cherubini Metal Works Ltd. c. New Brunswick Power Corp.* (2007), 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 146 (QL), 2007 NBBR 157, le juge du procès a rejeté l'action de l'appelante, mais a tout de même fait une évaluation provisoire des dommages-intérêts (1,5 million de dollars). Le juge du procès a statué que l'intimée n'avait pas manqué à son obligation d'agir de bonne foi et équitablement envers l'appelante dans l'évaluation de sa soumission conforme. De plus, le juge du procès a statué que l'appelante avait [TRADUCTION] « renoncé » à son droit [TRADUCTION] « d'intenter l'action et de poursuivre la cause d'action ».

[5] Devant notre Cour, l'appelante a présenté deux arguments principaux. Par le premier, elle tente de court-circuiter le fait incontesté que sa sous-traitante (Emflo) n'avait pas l'expérience requise dans des projets de l'ampleur et de la complexité dont il s'agit en l'espèce. L'appelante a fait valoir que l'équipe d'évaluation avait erronément tenu pour acquis que la sous-traitante assurerait la surveillance du montage des éléments en acier de construction alors que, en réalité, ce sont les employés de l'appelante qui auraient assumé cette tâche. Admettant ce fait, l'appelante a fait valoir que, puisqu'elle

avait l'expérience antérieure requise, aucune objection valide ne pouvait être opposée à sa soumission à ce titre. Autrement dit, l'appelante a prétendu que le rôle d'Emflo en tant que sous-traitante se limitait à la fourniture de la main-d'œuvre et des outils nécessaires, et que le juge du procès avait commis une erreur en faisant une mauvaise appréciation de la preuve à cet égard. Selon le deuxième moyen d'appel, l'intimée se serait servie de critères non communiqués pour étayer sa décision définitive : (1) [TRADUCTION] « l'échéancier »; et (2) l'expérience antérieure de l'intimée avec la soumissionnaire retenue. L'appelante conteste également l'évaluation qu'a faite le juge du procès des dommages-intérêts provisoires et sa conclusion voulant que la [TRADUCTION] « clause de renonciation » protégeait l'intimée contre une action en responsabilité contractuelle pour manquement à ses obligations.

[6] Nous sommes respectueusement d'avis que l'appelante n'a pas réussi à établir que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'il a conclu que, effectivement, la surveillance du contrat de sous-traitance serait assurée par Emflo et non pas par l'appelante. Nous voulons souligner le fait que l'appelante n'a pas tenté de répliquer à la conclusion voulant qu'Emflo n'ait pas d'expérience dans des projets de construction de l'ampleur visée et, qui plus est, Emflo n'avait jamais auparavant été sous-traitante pour l'appelante. De toute façon, même s'il y avait eu véritable malentendu quant à la partie qui assurerait la surveillance de cet aspect de l'ouvrage, le malentendu ne peut être attribué à l'intimée. Cette dernière a présumé, à juste titre, que la relation entre l'appelante et Emflo était la relation typique entre un entrepreneur principal et un sous-traitant, où la surveillance de la partie montage du contrat serait assurée par le sous-traitant. De plus, les faits n'appuyaient pas la prétention selon laquelle il y avait eu [TRADUCTION] « malentendu ». Les faits établis par le juge du procès étayaient complètement l'affirmation de l'intimée voulant que, jusqu'au moment où les parties se sont trouvées sur les marches du palais de justice, la question de savoir qui allait assurer la surveillance des diverses parties du travail n'a jamais fait de doute.

[7] L'argument de l'appelante voulant que le contrat ait été accordé en fonction de critères non communiqués est également rejeté. D'abord, l'argument selon lequel [TRADUCTION] « l'échéancier » avait servi de critère principal n'a aucun

fondement. Il se trouve simplement que des facteurs liés à l'échéancier ont fait pencher la balance en faveur de la soumissionnaire retenue. Corrélativement, nous constatons que l'appelante a retiré l'argument qu'elle avait avancé au procès et qui avait été rejeté selon lequel l'intimée avait manqué à son obligation contractuelle de divulguer l'importance relative qui serait accordée à chaque critère. Bien entendu, le droit n'impose pas d'obligation implicite à cet égard, et avec raison : pareille obligation serait dénuée de tout sens pratique. De plus, nous ne trouvons aucun fondement à l'argument voulant que les évaluateurs de l'intimée aient omis d'évaluer l'expérience acquise par chaque soumissionnaire pour ce qui est du [TRADUCTION] « travail similaire » et, au lieu, se soient fondés sur les antécédents de l'intimée avec Ocean Steel comme soumissionnaire retenue pour d'autres marchés. D'abord, nous constatons que, au procès, cet argument a été formulé différemment. L'appelante prétendait que l'intimée avait manqué à son obligation d'agir de bonne foi en accordant la préférence à la soumissionnaire retenue en fonction du travail que cette dernière avait exécuté pour elle dans le passé. L'argument a été rejeté par le juge du procès, mais reformulé devant notre Cour comme prétention que l'intimée s'était fondée sur des critères non communiqués. Il est vrai qu'un [TRADUCTION] « propriétaire » ne peut fonder sa décision d'accorder le [TRADUCTION] « contrat B » sur le fait qu'il a déjà fait affaire avec un soumissionnaire particulier ou sur ses rapports antérieurs avec lui, accordant ainsi un traitement de faveur à un soumissionnaire par rapport aux autres ou privant les autres soumissionnaires d'une occasion réaliste d'être traités sur un pied d'égalité (voir *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860 au par. 116, [2000] A.C.S. n° 60 (QL), 2000 CSC 60). Toutefois, dans la présente affaire, l'intimée s'est fondée sur ses rapports antérieurs avec la soumissionnaire retenue à la seule fin d'évaluer si elle avait déjà effectué des travaux similaires dans le passé, ce qu'elle avait fait. Il ne s'agit pas d'une affaire où il est prétendu que le [TRADUCTION] « propriétaire » adjuge invariablement tous ses contrats attribués par appels d'offres au même soumissionnaire et utilise le processus d'appel d'offres comme moyen d'assurer que cet entrepreneur privilégié continue de lui présenter des soumissions concurrentielles. Pour ces motifs, ce moyen d'appel doit également être rejeté.

[8] Puisqu'il n'existe aucun fondement pour modifier la conclusion à laquelle le juge du procès est arrivée en définitive, soit que l'intimée n'a pas manqué à une obligation, expresse ou implicite, découlant du [TRADUCTION] « contrat A », il ne nous est pas nécessaire de déterminer si le juge du procès a commis une erreur dans son évaluation provisoire des dommages-intérêts ou dans sa conclusion voulant que la [TRADUCTION] « clause de renonciation » suffisait à protéger l'intimée contre toute responsabilité ou contre une action en dommages-intérêts pour manquement au [TRADUCTION] « contrat A ». La mesure dans laquelle une clause de renonciation est exécutoire en droit est une question complexe. Le droit n'est pas du tout établi en cette matière et il est préférable de déterminer à un autre moment la mesure dans laquelle la doctrine de la violation fondamentale peut nous aider dans l'analyse juridique. Sur la question de la violation fondamentale, voir *Société d'énergie du Nouveau-Brunswick c. Westinghouse Canada Inc.*, [2008] A.N.-B. n° 364 (QL), 2008 NBCA 70.

[9] Pour ces motifs, nous avons rejeté l'appel. L'intimée a droit à des dépens correspondant à 40 % du montant accordé à ce titre au procès, conformément à la remarque (1) du tarif « A » de la règle 59 des *Règles de procédure*.