

I. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session

(New York, 22 juin-2 juillet 1992) (A/CN.9/371)

[Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14-255
I. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 1 ^{er} A 41 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.36)	14-251
Remarques générales	14
Préambule	15-16
Article 1 ^{er} . Champ d'application	17-21
Article 2. Définitions	22-32
Article 3 bis. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]	33-36
Article 4. Réglementation des marchés	37-38
Article 5. Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés	39-40
Article 7. Méthodes de passation des marchés	41-53
Article 8. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	54-62
Article 8 bis. Procédure de présélection	63-68
Article 8 ter. Participation des entrepreneurs et fournisseurs	69-81
Article 9 bis. Forme des communications	82-90
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	91
Article 10 ter. Procès-verbal de la procédure de passation de marchés ...	92-98
Article 10 quater. Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs .	99-100
Article 12. Sollicitation des offres et des demandes de présélection ..	101-106
Article 14. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	107-109
Article 17. Dossier de sollicitation	110
Article 19. Prix facturé pour le dossier de sollicitation	111
Article 20. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation	112-115
Article 22. Clarification et modification du dossier de sollicitation ...	116-118
Article 23. Langue des offres	119
Article 24. Soumission des offres	120-130
Article 25. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	131
Article 26. Garanties de soumission	132-139

Article 27.	Ouverture des offres	140
Article 28.	Examen, évaluation et comparaison des offres	141-155
Article 29.	Rejet de toutes les offres	156
Article 30.	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs ...	157
Article 32.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	158-164
Nouvel article 33 <i>bis</i> .	Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	165-169
Article 33 <i>bis</i> .	Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	170
Article 33 <i>ter</i> .	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions	171-172
Article 33 <i>quater</i> .	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions	173-179
Nouvel article 34.	Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence	180-185
Article 34.	Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence	186-188
Nouvel article 34 <i>bis</i> .	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	189
Article 34 <i>bis</i> .	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix	190
Article 35.	Procédure de sollicitation d'une source unique	191-196
Article 36.	Droit de recours	197-206
Article 37.	Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	207-218
Article 38.	Recours administratif	219-227
Article 39.	Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]	228-234
Article 40.	Recours judiciaire	235-239
Article 41.	Suspension de la procédure de passation du marché ..	240-251
II. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION		252
III. TRAVAUX FUTURS		253-255
		<i>Page</i>
<i>Annexe.</i> Projet de loi type sur la passation des marchés adopté par le Groupe de travail		72

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission du droit commercial international (CNUDCI) a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international¹. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés, établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). Il a prié le Secrétariat d'établir un premier projet de loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu de ses délibérations et décisions (A/CN.9/315, par. 125).

¹*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17), par. 243.*

2. A sa onzième session (5-16 février 1990), le Groupe de travail a examiné un projet de loi type sur la passation des marchés et un commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et A/CN.9/WG.V/WP.25). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le texte proposé pour la Loi type à la lumière des délibérations et décisions de cette session et a convenu que le commentaire ne serait pas modifié avant que le texte de la Loi type n'ait été définitivement arrêté. En outre, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session un projet de texte pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (A/CN.9/331, par. 222).

3. A sa douzième session (8-19 octobre 1990), le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte de la Loi type (A/CN.9/WG.V/WP.28) ainsi que d'un projet de texte

pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projets d'articles 36 à 42, figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27). A cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles 1 à 27 et a demandé au Secrétariat de les remanier compte tenu de ses délibérations et décisions à cette même session (A/CN.9/343, par. 229). Lors de l'adoption du rapport sur les travaux de la douzième session, le Secrétariat a, en outre, été prié d'établir un rapport pour la treizième session sur les conditions et procédures régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence.

4. A sa treizième session (15-26 juillet 1991), le Groupe de travail était saisi du second projet de texte des articles 28 à 35 (figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30), d'un projet de texte remanié, compte tenu de délibérations et décisions à la douzième session, des articles 1 à 27 (figurant également dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30), d'un projet de texte des articles sur les procédures de recours (art. 36 à 42, document A/CN.9/WG.V/WP.27), ainsi que d'une note du Secrétariat sur la négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.V/WP.31). A cette session, le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 28 à 42 et a prié le Secrétariat de les réviser à la lumière des délibérations et décisions de cette même session (A/CN.9/356, par. 196).

5. A la quatorzième session, le Groupe de travail a examiné les articles 1 à 27 tels qu'ils avaient été modifiés à la suite de la douzième session (A/CN.9/WG.V/WP.30), ainsi que les articles 28 à 41 (l'article 42 ayant été supprimé à la treizième session), révisés pour tenir compte des décisions prises à la treizième session (A/CN.9/WG.V/WP.33). Le Groupe de travail a également examiné l'annexe du document A/CN.9/WG.V/WP.33, qui contenait plusieurs dispositions nouvelles ajoutées soit pour donner suite aux décisions prises à la treizième session, soit à l'initiative du Secrétariat, ainsi qu'un nombre de modifications apportées à la première partie de la Loi type (art. 1 à 27), découlant des décisions prises par le Groupe de travail à la douzième session au sujet des articles 28 à 42. Le Groupe de travail était également saisi d'une note sur la suspension de la procédure de passation de marchés, qu'il avait demandée à la treizième session (A/CN.9/WG.V/WP.34). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les projets d'article de la Loi type pour tenir compte de ses délibérations et décisions à la quatorzième session (A/CN.9/359, par. 247). Le Groupe de travail a également décidé que priorité irait à l'élaboration d'un commentaire servant de guide aux législateurs qui envisagent d'adopter la Loi type, sans écarter la possibilité qu'à un stade ultérieur la décision serait prise d'établir des commentaires ayant d'autres fonctions. Il a également été décidé que l'achèvement de l'examen de la Loi type par le Groupe de travail ne devait pas être retardé par l'élaboration par le Secrétariat d'un projet de commentaire (A/CN.9/359, par. 249).

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York, du 22 juin au 2 juillet 1992. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'),

Japon, Kenya, Nigéria, Ouganda, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Togo et Uruguay.

7. Les Etats ci-après étaient représentés à la session en qualité d'observateurs : Brésil, Colombie, Côte d'Ivoire, Iles Marshall, Indonésie, Iraq, Malte, Myanmar, Pakistan, Philippines, Roumanie, Suisse et Viet Nam.

8. Les organisations internationales ci-après étaient représentées par des observateurs :

- a) Organismes des Nations Unies : Banque mondiale;
- b) Organisations intergouvernementales : Communautés européennes, Agence spatiale européenne, Banque interaméricaine de développement;
- c) Organisations non gouvernementales internationales : Association internationale du barreau.

9. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Robert Hunja (Kenya)

Rapporteur : M. Hossein Ghazizadeh (République islamique d'Iran).

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

- a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.35);
- b) Passation des marchés : projet d'articles 1 à 41 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.36).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

- 1. Election du bureau.
- 2. Adoption de l'ordre du jour.
- 3. Passation des marchés.
- 4. Questions diverses.
- 5. Adoption du rapport.

12. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des projets d'articles 1 à 41 de la Loi type sur la passation des marchés font l'objet du chapitre I du présent rapport.

13. Le Groupe de travail a créé un groupe de rédaction auquel il a renvoyé les projets d'article de la Loi type après en avoir approuvé la substance. Le Groupe de travail a examiné le rapport du Groupe de rédaction et adopté le projet de Loi type sur la passation des marchés dont le texte est joint en annexe.

DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

I. Examen des projets d'articles 1^{er} à 41 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.36)

Remarques générales

14. Avant d'entamer son examen, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait exprimé l'intention à sa quatorzième

session de terminer d'établir la Loi type à la quinzième session, pour la présenter à la Commission à sa vingt-sixième session.

Préambule

15. Le Groupe de travail a réaffirmé, comme il l'avait dit à sa quatorzième session, que la Loi type devrait comporter un préambule, car un tel énoncé d'ensemble des objectifs de la loi serait utile pour l'application et l'interprétation de la Loi type. Pour ce qui est du libellé du préambule, selon un avis, les paragraphes *d*, *e* et *f* du projet actuel de préambule se chevauchaient et étaient vagues et il convenait donc de les fusionner ou peut-être même de les supprimer. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, ces paragraphes avaient leur utilité, car ils précisaient les différents objectifs de la Loi type et les différentes catégories de règles de procédure et de bénéficiaires visés dans la Loi type. On a également fait observer que là où les termes utilisés dans le préambule manquaient de clarté, le commentaire pourrait contribuer à les expliquer. Après délibération, le Groupe de travail a approuvé la substance du préambule et a prié le Groupe de rédaction d'améliorer, le cas échéant, la formulation.

16. Le Groupe de travail a ensuite examiné s'il était souhaitable d'inclure dans la Loi type des notes destinées à donner des conseils pour certaines dispositions aux organes législatifs adoptant la Loi type. Il était saisi à cet égard d'une proposition visant à indiquer dans une note accompagnant le préambule que certains Etats souhaiteraient peut-être incorporer la teneur du préambule dans une disposition de fond. L'ensemble des membres a estimé que les dispositions de la Loi type devaient se suffire à elles-mêmes et que les conseils aux organes législatifs ne devaient trouver place que dans le commentaire, plutôt que de figurer également dans des notes.

Article premier

Champ d'application

17. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article premier figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

18. Selon certains avis, l'alinéa *c* du paragraphe 2 risquait, en autorisant un Etat à exclure certains types de marché du champ d'application de la Loi type au moyen de la réglementation des marchés, de donner lieu à des exclusions abusives. Il a cependant été convenu dans l'ensemble qu'une telle option devait être offerte aux Etats adoptant la Loi type. On a noté en outre que l'obligation de publier la réglementation des marchés introduisait une certaine transparence. L'idée a été également avancée que le commentaire pourrait inviter à faire preuve de circonspection dans le recours à la réglementation des marchés pour exclure des marchés du champ d'application de la Loi type.

19. Le Groupe de travail a approuvé l'approche adoptée dans le paragraphe 2, qui permet d'exclure certains secteurs, tout en donnant la faculté à l'entité adjudicatrice

d'appliquer la Loi type dans ces secteurs au cas par cas. Le Groupe de rédaction a cependant été invité à revoir le paragraphe 2 de manière à en rendre le sens plus clair. On a suggéré, par exemple, de déplacer la dernière phrase du paragraphe 2 et de l'insérer dans le chapeau ou d'ajouter un nouveau paragraphe concernant l'application au cas par cas de la Loi type dans les secteurs exclus de son champ d'application.

20. Le Groupe de travail a convenu de faire suivre le mot "déclare", dans la dernière phrase du paragraphe 2, du mot "expressément", pour que le sens de la déclaration apparaisse clairement aux intéressés et que celle-ci figure dans l'instrument utilisé pour les demandes de participation à la procédure de passation des marchés.

21. Sous réserve de la modification rapportée plus haut, le Groupe de travail a jugé l'article premier dans l'ensemble acceptable.

Article 2

Définitions

22. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

23. Il a été proposé, pour rendre la référence plus aisée, d'énumérer les définitions dans l'ordre alphabétique correspondant à chacune des langues de la Loi type. A l'opposé, il a été proposé, compte tenu du nombre relativement peu élevé de définitions, de s'en tenir, comme dans les autres textes de la Commission, à l'énumération par ordre d'importance utilisée ici.

"Passation d'un marché" (nouvel al. a)

24. Comme cela avait été le cas à la quatorzième session, on s'est interrogé sur la façon dont la définition traitait les services connexes. En particulier, selon un avis, on pouvait douter de l'utilité de la formule mathématique utilisée pour définir les services connexes (il s'agit du membre de phrase "si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes"). On a noté qu'une telle formulation suscitait des difficultés, notamment en raison du fait que les travaux comportaient une part importante de services. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la solution retenue à la quatorzième session, qui consistait à faire dans le commentaire une analyse de la détermination du caractère connexe ou non des services, n'était peut-être pas satisfaisante et que la Loi type devrait se suffire à elle-même sur ce point. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu à nouveau, il fallait conserver la formule mathématique. On a noté que le libellé en question était conforme à la décision prise antérieurement par le Groupe de travail selon laquelle, dans la phase où en était le projet tout au moins, la Loi type ne devrait pas traiter de la passation des marchés portant sur des services, et qu'il avait l'avantage de correspondre à la formulation utilisée dans l'Accord du GATT relatif aux marchés publics.

25. Après délibération, le Groupe de travail a estimé que la définition de la "passation d'un marché" était dans

l'ensemble acceptable. Le Groupe de rédaction a cependant été invité à veiller à la parfaite concordance de toutes les versions linguistiques de la Loi type en ce qui concerne les différents moyens d'acquisition énumérés dans la définition.

"Entité adjudicatrice" (al. a)

26. Le Groupe de travail a jugé que la définition de l'"entité adjudicatrice" était dans l'ensemble acceptable. Une proposition a été présentée, tendant à ce que tant l'option I que l'option II soient applicables aux organes locaux autonomes. L'opinion générale a été cependant que la structure actuelle était satisfaisante puisque, selon l'interprétation du Groupe de travail, l'option I devait viser les organes autonomes, alors que l'option II ne leur était pas destinée.

"Biens" (al. b)

27. On a émis des doutes quant à l'utilité de la référence à des "systèmes" qui avait été ajoutée conformément à une décision prise à la quatorzième session. Tout en reconnaissant que la référence à des "systèmes" devait permettre de tenir compte du fait que les biens étaient souvent acquis en tant qu'éléments faisant partie d'un ensemble ou système, on a généralement estimé qu'il était suffisamment tenu compte de ce fait sans qu'il soit nécessaire d'ajouter le mot "systèmes". On a également noté que le mot risquait d'introduire un élément d'incertitude, notamment en ce qui concerne la passation des marchés portant sur des logiciels. On a jugé à cet égard que, si l'on retenait le mot "systèmes", il faudrait peut-être introduire une distinction selon que le marché concernait des logiciels tout faits ou des logiciels répondant aux spécifications fournies par l'entité adjudicatrice, et que, dans ce dernier cas, on se trouverait probablement dans le domaine des services. On a également fait observer que le débat faisait ressortir qu'il serait probablement nécessaire en définitive de prévoir des dispositions s'appliquant à la passation des marchés de services. Après délibération, le Groupe de travail a convenu de supprimer la référence à des "systèmes".

"Travaux" (al. c)

28. Le Groupe de travail a jugé que la définition des "travaux" était dans l'ensemble acceptable.

"Monnaie" (al. g)

29. Le Groupe de travail a accepté la proposition visant à remplacer les mots "unités de compte" par les mots "unités de compte monétaires".

"Entrepreneur ou fournisseur" (al. i bis)

30. On s'est demandé si la référence dans la définition à "toute ... partie potentielle, selon le contexte ..." n'était pas indûment large, eu égard notamment au droit de recours prévu à l'article 36. On a estimé qu'il faudrait peut-être limiter la définition pour éviter qu'elle ne soit interprétée erronément comme englobant, par exemple, les sous-traitants d'entrepreneurs ou de fournisseurs potentiels. Les solutions de remplacement consistant à écarter de la définition toute mention d'entrepreneurs et fournisseurs poten-

tiels ou à y introduire l'exigence d'un lien étroit avec la procédure de passation des marchés n'ont pas été jugées pratiques, en particulier eu égard au fait qu'il y aurait des cas, y compris dans le contexte du droit de recours, où la Loi type entendrait se référer à des catégories très larges d'entrepreneurs et de fournisseurs (par exemple tous les entrepreneurs ou fournisseurs potentiels produisant un type donné de biens). Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail s'est prononcé en faveur de l'approche large retenue dans la définition générale, tout en réservant la possibilité de prévoir des dispositions de fond visant à limiter avec précision l'emploi du mot, de manière à exclure dans un contexte donné les entrepreneurs et fournisseurs ne présentant pas un lien suffisamment étroit.

31. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction de remplacer dans tout le texte de la Loi type les mots "entrepreneur et fournisseur" et les mots "entrepreneur ou fournisseur" par le seul mot "fournisseur", ce qui pouvait se faire en précisant dans la définition que le mot "fournisseur" englobait le mot "entrepreneur". Pareille précision serait nécessaire, en particulier pour tenir compte du fait que ces deux mots ont traditionnellement un sens distinct dans certains systèmes juridiques.

Définitions additionnelles

32. Le Groupe de travail a adopté une proposition visant à ajouter une définition, celle du "marché" entendu comme "un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur sur la base de la procédure de passation des marchés". Il a également accepté une proposition visant à déplacer la définition de la "garantie de soumission" de l'article 26 pour la réintégrer dans le paragraphe f, compte tenu en particulier du fait que cette expression apparaissait à plusieurs reprises dans le texte avant l'article 26. Le Groupe de travail a examiné, sans toutefois la retenir, une proposition tendant à rétablir les définitions correspondant aux différentes méthodes de passation des marchés. Il a estimé dans l'ensemble que de telles définitions risquaient, au cas où elles comporteraient des éléments de fond, d'entrer en conflit avec d'autres dispositions de fond de la Loi type. Si ces définitions ne devaient être que des références détaillées aux dispositions de fond, comme cela était le cas des définitions que le Groupe de travail avait convenu précédemment de supprimer, elles n'auraient guère d'utilité et aboutiraient donc à alourdir indûment la Loi type. Par ailleurs, on a noté que le sens de certaines expressions comme "procédure de négociation avec appel à la concurrence" pourrait ne pas apparaître tout de suite et qu'il conviendrait peut-être de fournir des descriptions dans le commentaire ou dans un mémorandum d'accompagnement, voire dans les paragraphes introduisant les dispositions de fond.

Article 3 bis

Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]

33. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 3 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

34. Le Groupe de travail a confirmé sa décision prise à sa quatorzième session (énoncée à l'alinéa c) de faire prévaloir sur la Loi type les accords intergouvernementaux concernant la passation des marchés, conclus à l'intérieur d'un Etat fédéral. On a fait valoir qu'il devait ressortir clairement du libellé de cet alinéa que celui-ci ne visait pas le cas où l'application de la Loi type allait à l'encontre du droit constitutionnel, notamment le cas d'un Etat fédéral dans lequel le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

35. Il a été convenu que la portée de l'alinéa c devait être étendue et couvrir non seulement les accords conclus entre le gouvernement de l'Etat fédéral et une subdivision, mais aussi les accords conclus entre des subdivisions. Cet élargissement pourrait particulièrement s'appliquer au cas où la Loi type a été adoptée par une subdivision d'un Etat fédéral. En conséquence, il a été proposé pour l'alinéa c le nouveau libellé suivant, qui a été communiqué au Groupe de rédaction :

"c) Tout accord entre un gouvernement de [nom de l'Etat fédéral] et un autre gouvernement de [Etat fédéral]."

36. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a trouvé l'article 3 *bis* acceptable dans son ensemble.

Article 4

Réglementation des marchés

37. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 4 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans son ensemble.

38. Lors de l'examen de l'article 4, il a été signalé que, selon toute vraisemblance, il y aurait des cas où la Loi type serait adoptée, tout au moins dans un premier temps, sans être accompagnée de réglementations des marchés et que par conséquent la Loi type devrait prévoir un ensemble de règles autonomes. Il a été en outre signalé qu'il faudrait garder présente à l'esprit l'éventualité de ces cas, notamment lorsque la Loi type considérerait la réglementation des marchés comme une base juridique habilitant les entités adjudicatrices à passer les marchés.

Article 5

Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés

39. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

40. Le Groupe de travail a convenu d'élargir la portée de l'article 5, de façon à obliger l'entité adjudicatrice à gérer systématiquement les différents textes objets de l'article, et

à les porter promptement à la connaissance du public. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a jugé l'article 5 acceptable dans son ensemble.

Article 7

Méthodes de passation des marchés

41. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 7 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

42. Le Groupe de travail a souscrit en général à l'idée directrice du paragraphe 1, à savoir, que la procédure normalement utilisée devait être la procédure de l'appel d'offres. Il a aussi convenu de supprimer le mot "exclusivement" considéré comme superflu. Il a été proposé de remplacer les mots "procédure de l'appel d'offres" par les mots "appel d'offres public", pour mettre davantage en relief le caractère ouvert et concurrentiel de la procédure. Mais cette proposition n'a pas reçu d'appui : on a fait valoir, notamment, que le nouveau terme proposé créerait une certaine confusion dans le contexte de l'appel d'offres limité utilisé en application de l'article 12-2 a.

Nouveaux paragraphes 2 et 3

43. Comme lors des sessions précédentes, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il convenait d'incorporer dans la Loi type toutes les méthodes de passation des marchés, une attention considérable à ce sujet étant portée aux questions de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. Selon un avis, il suffisait d'inclure la méthode de l'appel d'offres en deux étapes, en mentionnant éventuellement les deux autres méthodes dans le commentaire. Selon un autre avis, analogue au premier, il ne fallait retenir qu'une méthode, mais c'était celle de la sollicitation de propositions. Ces deux positions étaient motivées, notamment, par le souci de ne pas recommander que figure dans la Loi type le recours à la négociation avec appel à la concurrence, considéré comme la méthode de passation des marchés soumise à la discipline la moins astreignante, et ayant donc, de ce fait, le plus de chances de donner lieu à des irrégularités.

44. Selon l'avis qui a prévalu, comme cela avait été le cas précédemment, la Loi type devait comprendre le plus grand nombre de méthodes possible et puisque, en pratique, chacune des trois méthodes en question était utilisée, elles devaient toutes figurer dans la Loi type. A l'appui de l'incorporation dans la Loi type de la négociation avec appel à la concurrence, il a été indiqué que cette méthode était utilisée par certains Etats et était appropriée dans certaines circonstances. Convenablement utilisée, elle pouvait permettre de réaliser des économies et favoriser l'efficacité des méthodes de passation des marchés. Il a également été avancé que l'inclusion de cette méthode favoriserait la concurrence puisque, en l'absence d'une telle option, les entités adjudicatrices auraient recours à des méthodes moins concurrentielles, notamment la sollicitation d'une source unique.

45. Selon un avis, il fallait mettre davantage en relief la procédure d'appel d'offres restreinte autorisée en vertu de l'article 12-2 *a*, en la faisant figurer dans le nouveau paragraphe 2 comme l'une des méthodes autres que la méthode d'appel d'offres. Le Groupe de travail a décidé de traiter de manière plus approfondie la question de l'appel d'offres restreinte lorsqu'il examinerait l'article 12.

46. Il a été noté qu'un certain nombre de questions avaient été laissées en suspens du fait de la décision du Groupe de travail, à sa quatorzième session, de ne pas recommander que les Etats adoptant la Loi type incorporent nécessairement chacune des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres qui sont énoncées au paragraphe 2, bien que cette possibilité ne soit pas exclue. Cette décision tenait notamment au fait qu'il y avait, dans une certaine mesure, chevauchement entre les conditions de recours à l'appel d'offres en deux étapes, à la sollicitation de propositions et à la négociation avec appel à la concurrence, en ce sens qu'au moins une des conditions de recours à chacune de ces méthodes était que l'entité adjudicatrice n'était pas à même d'énoncer des spécifications suffisamment claires pour engager une procédure d'appel d'offres. Les questions que cette décision laissait en suspens portaient notamment sur les points suivants : Comment faudrait-il traiter les différences des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, étant donné la décision de considérer ces méthodes comme interchangeables? Etais-il nécessaire de conserver l'ordre de préférence donné au nouveau paragraphe 3 lorsque les circonstances propres à un marché particulier permettaient le recours à plus d'une des méthodes énumérées au nouveau paragraphe 2; et comment faudrait-il traiter la question du chevauchement entre la négociation avec appel à la concurrence et la procédure de sollicitation d'une source unique pour les contrats à des fins de recherche et les marchés intéressant la sécurité nationale?

47. En ce qui concerne les conditions d'utilisation des trois méthodes de passation des marchés en question, le Groupe de travail a noté que les conditions d'utilisation de la méthode de négociation avec appel à la concurrence permettaient de traiter de deux situations non prévues par les autres méthodes de passation des marchés, à savoir les cas d'urgence non liés à des événements extraordinaires (al. *b* du nouvel article 34) et les cas où la procédure d'appels d'offres échoue (al. *e* du nouvel article 34). De ce fait, un Etat adoptant la Loi type qui n'incorporerait pas la négociation avec appel à la concurrence ne disposerait pas de méthodes de passation des marchés adaptées à ces deux situations. Afin d'éliminer cette lacune, le Groupe de travail a décidé que les conditions d'utilisation des trois méthodes de passation des marchés seraient considérées comme des options égales non seulement dans les cas où les spécifications étaient incomplètes, mais aussi dans les cas mentionnés aux alinéas *b* et *e* du nouvel article 34. Il a également décidé d'examiner plus avant les cas d'urgence lorsqu'il aborderait les articles traitant des méthodes en question.

48. Durant l'examen du nouveau paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé qu'il serait préférable de regrouper dans

l'article 7 les conditions régissant l'utilisation de chacune des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Ces conditions étaient jusqu'alors énumérées dans les articles régissant respectivement l'utilisation de ces méthodes. On a estimé qu'une telle structure serait plus claire et qu'elle répondrait, dans une certaine mesure, aux préoccupations qui avaient motivé une proposition tendant à incorporer des définitions des méthodes de passation des marchés — proposition qui n'avait pas reçu un appui suffisant.

49. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de savoir si la Loi type devait recommander aux Etats adoptant ladite loi d'incorporer l'une quelconque, l'une seulement, ou l'une ou plusieurs des trois méthodes (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence), ou s'il n'y avait pas lieu d'indiquer si l'une seulement, ou plus d'une de ces méthodes, devaient être incorporées. Sur cette question, le Groupe de travail a conclu que la Loi type devrait recommander l'adoption de l'une au moins des trois méthodes; sinon l'on pourrait déduire que dans les cas où l'appel d'offres n'est pas approprié, il faudra généralement recourir à la méthode de la sollicitation d'une source unique. Le Groupe de travail a estimé que, outre la recommandation d'incorporer au moins une méthode, il serait préférable de ne pas s'efforcer de limiter les choix offerts à l'Etat qui adopte la Loi type. Il a été reconnu que ledit Etat pourrait légitimement trouver avantage à incorporer plus qu'une des trois méthodes de manière à permettre aux entités adjudicatrices de disposer d'une plus grande latitude lors du choix de la méthode la plus appropriée aux circonstances de chaque cas particulier.

50. Le Groupe de travail a conclu que, compte tenu de l'évolution de l'article 7, l'ordre de préférence énoncé au nouveau paragraphe 3 n'avait plus d'utilité et devait donc être supprimé. Il a été estimé que l'ordre de préférence, qui visait le problème du chevauchement entre les versions antérieures des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, n'avait plus de rôle à jouer étant donné l'assimilation des conditions d'utilisation de ces trois méthodes. La décision de supprimer l'ordre de préférence était également motivée par l'opinion largement partagée que les objectifs de la Loi type seraient mieux servis si on laissait à l'entité adjudicatrice une certaine latitude en ce qui concerne le choix de la méthode la plus appropriée à un cas particulier sur la base des principes énoncés dans le préambule.

51. On a souligné qu'un problème de chevauchement subsistait entre, d'une part, la méthode de la négociation avec appel à la concurrence (et aussi, désormais, l'appel d'offre en deux étapes et la sollicitation de propositions), et, d'autre part, la sollicitation d'une source unique, en ce qui concerne les contrats de recherche. Il a été suggéré que ce problème de chevauchement et peut-être un problème analogue dans le cas des marchés touchant la défense nationale ou la sécurité nationale pourraient être résolus en limitant le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique aux cas où il n'y aurait qu'un seul entrepreneur ou fournisseur possible. En ce qui concerne les contrats de recherche, la question a été posée de savoir si ces contrats,

considérés comme contrats de service, tombaient réellement dans le champ d'application de la Loi type. En réponse, on a fait valoir que les contrats de recherche pris en considération dans la Loi type portaient sur l'achat d'un prototype et pouvaient donc à juste titre être considérés comme ayant pour objet la passation de marchés pour l'achat de biens.

Paragraphe 5

52. Il a été suggéré que l'obligation de présenter un compte rendu énoncée dans le paragraphe 5 pourrait être utilement renforcée en exigeant de l'entité adjudicatrice devant choisir entre deux ou plusieurs des méthodes de passation des marchés (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence) qu'elle expose les motifs et circonstances sur lesquels elle se fonde pour justifier le recours à l'une plutôt qu'à l'autre des méthodes ou aux deux. Une telle formulation, a-t-il été déclaré, servirait l'objectif de la transparence. Tout en accueillant favorablement une telle idée, le Groupe de travail a généralement été d'avis que la formulation actuelle pouvait probablement permettre une telle interprétation et que, de toutes façons, une bonne pratique administrative et réglementaire la rendrait nécessaire. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction d'examiner plus avant si le libellé actuel du paragraphe couvrirait convenablement la question. Une proposition tendant à supprimer les mots "motifs et", qui avaient été ajoutés pour aligner le texte sur les dispositions analogues de la Loi type, n'a pas reçu d'appui.

53. Le Groupe de travail a jugé l'article 7 acceptable dans l'ensemble, sous réserve des modifications susmentionnées.

Article 8

Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs

54. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe nouveau 1

55. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe nouveau 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 1

56. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait de conserver l'alinéa *a ii* suivant lequel l'entité adjudicatrice était habilitée à exiger des entrepreneurs et des fournisseurs qu'ils donnent la preuve qu'ils n'étaient pas insolvable. En effet, il était apparemment possible d'interpréter l'alinéa nouveau *a i*, qui autorisait d'une façon générale l'entité adjudicatrice à exiger des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils soumettent les pièces lui permettant de s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs avaient des ressources financières suffisantes, comme faisant double emploi avec l'alinéa *a ii*. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa *a ii* et l'alinéa nouveau *a i* devraient être conservés car ils traitaient d'aspects différents de la question des qualifications des entrepreneurs et

fournisseurs. Il a été noté, par exemple, qu'un entrepreneur ou fournisseur pourrait très bien posséder les compétences techniques et les ressources financières requises à l'alinéa nouveau *a i* sans toutefois satisfaire aux conditions de l'alinéa *a ii* parce que leurs activités commerciales seraient suspendues ou feraient l'objet d'une procédure judiciaire.

Paragraphe 2

57. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2, selon laquelle l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs, autres que ceux prévus au paragraphe 1 *a*. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré qu'une entité adjudicatrice devrait avoir toute latitude pour imposer les critères supplémentaires qu'elle jugerait nécessaires. Toutefois, cette proposition n'a pas été appuyée. On s'est généralement accordé à reconnaître que la qualification des entrepreneurs et fournisseurs devrait être fondée sur des critères clairement définis dans la Loi type et énoncés dans la documentation de présélection, et qu'à fixer des critères supplémentaires, on risquait d'écarter abusivement certains entrepreneurs et fournisseurs.

Paragraphe 2 bis, 2 ter et 2 quater

58. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2 *bis*, 2 *ter* et 2 *quater* acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 3

59. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question du délai dans lequel les entrepreneurs et fournisseurs devraient présenter la preuve qu'ils sont qualifiés. On a évoqué la possibilité de repousser la date jusqu'au moment de l'attribution du marché, mais on a préféré d'une façon générale l'approche faisant l'objet du paragraphe 3, qui fixe la date limite au commencement de l'examen des offres ou propositions. Selon un avis, toutefois, la formulation en question était peut-être vague et risquait d'être source de litiges. Au vu de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé que la date limite serait la date fixée pour la présentation des offres.

Questions diverses

60. Il a été proposé d'inclure dans l'article 8 une disposition limitant le droit de l'entité adjudicatrice de disqualifier des entrepreneurs et fournisseurs qui auraient soumis, pour donner la preuve qu'ils étaient qualifiés, des informations incomplètes ou inexacts. A cette fin, il a été proposé que la Loi type exige de l'entité adjudicatrice qu'elle laisse aux entrepreneurs et fournisseurs, pendant une période limitée, la possibilité de corriger les erreurs et écarts mineurs dans la documentation présentée. Il a été indiqué qu'en réduisant ainsi la marge de manœuvre de l'entité adjudicatrice, on irait dans le sens de l'équité et on favoriserait la concurrence en limitant la pratique consistant à écarter abusivement des entrepreneurs et des fournisseurs. Le Groupe de travail a noté que cette question était liée aux dispositions du paragraphe 1 *bis* de l'article 28 concernant la conformité des offres et que, sous réserve de l'examen de l'article 28, on pouvait la considérer comme dûment traitée dans ledit article.

61. On s'est demandé si dans sa version actuelle l'article 8 ne revenait pas en fait à exiger de l'entité adjudicatrice

qu'elle sélectionne un entrepreneur ou un fournisseur qui ait satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 1 *a*, bien que cette exigence puisse être implicitement contenue dans la totalité des dispositions pertinentes. Selon l'avis qui a prévalu, l'obligation d'habiliter à conclure un marché des entrepreneurs et fournisseurs qui avaient satisfait auxdites conditions découlait des dispositions de l'article 8, en particulier des paragraphes 2, 2 *bis* et 2 *ter*, concernant les procédures et critères d'évaluation. Elle découlait également, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, de ce que l'entité adjudicatrice devait, en application de l'article 28, évaluer les offres conformément aux critères énoncés dans le dossier de sollicitation. On a également fait observer qu'une telle obligation découlait des principes généraux du droit administratif en vigueur dans de nombreux pays.

62. La modification qu'il était proposé d'apporter au paragraphe 3 ayant été adoptée, le Groupe de travail a jugé l'article 8 acceptable dans l'ensemble.

Article 8 bis

Procédure de présélection

63. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 *bis* qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Paragraphe 1

64. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

65. Selon une opinion, la référence aux "procédures spécifiées dans l'invitation à présenter une demande de présélection" risquait de limiter indûment le champ d'application de la disposition; il pourrait être plus approprié de reformuler ce passage en utilisant les termes suivants : "conditions spécifiées dans l'invitation à présenter une demande de présélection". On a également indiqué que, étant donné que le libellé proposé traiterait de questions telles que l'obligation faite à chaque entrepreneur ou fournisseur de payer le prix de la documentation de présélection, il ne serait pas nécessaire de spécifier le prix en question. On s'est généralement accordé à reconnaître qu'il convenait d'utiliser un libellé de portée plus générale, tel que celui qui était proposé, mais on a également estimé en général qu'il était utile d'insérer une référence expresse à l'obligation de payer le prix de la documentation de présélection et qu'elle devrait être conservée. En ce qui concerne le prix de la documentation en question, il conviendrait, selon une opinion, d'ajouter une clause stipulant qu'il devrait correspondre au coût effectif de la documentation et ne devrait pas être élevé au point de dissuader tout entrepreneur ou fournisseur de soumettre une offre.

Paragraphe 3

66. Le Groupe de travail a ensuite examiné la manière dont la Loi type devrait faire référence au contenu du dossier de présélection. A la session précédente, le Groupe de travail avait décidé, afin d'assurer l'uniformité du droit,

que la Loi type devait préciser la teneur de la documentation, et non se contenter de faire référence à la réglementation des marchés.

67. A la session en cours, on a émis l'avis que l'énumération des conditions à satisfaire, énoncées au paragraphe 3, et en particulier aux alinéas *c*, *d*, *e* et *g*, risquait de constituer une charge excessive pour l'entité adjudicatrice et devrait donc être supprimée. Toutefois, le Groupe de travail a réaffirmé la décision prise à la session antérieure tendant à ce que les conditions énumérées au paragraphe 3 constituent un minimum absolument indispensable qui devrait, à défaut, figurer dans la réglementation des marchés, et que le droit d'utiliser cette réglementation pour énumérer toutes conditions supplémentaires était prévu à l'alinéa *g*. On a noté que l'article 3 *d* faisait double emploi avec l'article 14-1 *d*, qui était incorporé au dossier de présélection par le biais du chapeau du paragraphe 3, et que les deux dispositions pouvaient être fusionnées.

Paragraphes 3 bis à 6

68. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 *bis* à 6 acceptables dans l'ensemble.

Article 8 ter

Participation des entrepreneurs et fournisseurs

69. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 *ter* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

70. Le Groupe de travail a réaffirmé le principe de base énoncé à l'article 8 *ter*, à savoir que les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés, à quelques rares exceptions près, à participer à une procédure de passation d'un marché sans distinction de nationalité. Le Groupe de travail s'est efforcé d'affiner davantage le libellé de cet article.

Paragraphe 1

71. Il a été tout de suite signalé qu'il n'apparaissait pas assez clairement que le paragraphe 1 comportait deux éléments distincts, le premier (al. *a*) concernant l'exclusion, pour des raisons d'économie et d'efficacité, d'entrepreneurs et fournisseurs non nationaux des procédures de passation d'un marché et le second (al. *b*) énonçant des restrictions fondées sur des critères de nationalité découlant de facteurs tels que des arrangements d'aide liée ou une législation relative au boycottage.

72. Pour ce qui est du premier élément (al. *a*), on a estimé que la notion de limitation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux pour des raisons "d'économie et d'efficacité", était imprécise et vague, et qu'on pouvait considérer qu'elle allait à l'encontre des principes généraux énoncés dans le préambule, notamment le principe selon lequel la concurrence internationale permet le maximum d'économie et d'efficacité dans une passation de marchés. Un autre critère, peut-être plus objectif, que l'on dit être largement appliqué pour distinguer les passations de marchés internationales et nationales, est celui de la valeur du marché.

73. En outre, on a signalé que les différents cas visés à l'article 8 *ter* ne ressortent peut-être pas clairement du libellé actuel de cet article. Ces cas sont les suivants : faible valeur des marchés concernant des biens disponibles localement, pour lesquels l'entité adjudicatrice n'aura pas recours à des appels d'offres internationaux, mais dont elle n'exclura pas des entrepreneurs et fournisseurs étrangers; exclusion de participants étrangers pour promouvoir, par exemple, la capacité de production locale dans un secteur donné; et embargos obligatoires, par exemple les sanctions du Conseil de sécurité. C'est en ayant présente à l'esprit cette nouvelle portée qu'il pourrait donner à l'article 8 *ter* que le Groupe de travail en a poursuivi l'examen.

74. En ce qui concerne le premier de ces cas, il a été signalé qu'il pourrait être parfois inopportun d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle entreprenne des procédures coûteuses et longues destinées à attirer la concurrence internationale, par exemple lorsque les montants en jeu sont peu importants. Parallèlement, a-t-on souligné, il n'était pas nécessaire, dans de tels cas, d'exclure des entrepreneurs étrangers de certaines procédures de passation des marchés, si ces derniers en sont naturellement tenus à l'écart pour des raisons de marché. En outre, on a signalé que l'exclusion d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers pour des raisons de nationalité pourrait s'avérer peu économique, même dans le cas de marchés de peu d'importance, car il peut se faire que des entrepreneurs étrangers aient des intérêts dans l'activité économique locale. Lors des délibérations, on a fermement souligné que la seule solution réaliste consisterait à ce que la Loi type admette le fait que les Etats peuvent souhaiter conserver le droit de limiter, dans certains cas, la participation aux fournisseurs nationaux.

75. Le Groupe de travail a examiné plusieurs propositions destinées à couvrir les passations de marchés de valeur et d'importance modestes sans exclure une participation étrangère. Il a été proposé, entre autres, pour l'alinéa *a* le nouveau libellé suivant :

"... sauf :

"a) Dans les cas de soumission d'offres pour des contrats de faible importance peu susceptibles d'intéresser une participation internationale, l'entité adjudicatrice n'appliquera pas les procédures, énoncées aux articles ..., destinées à attirer cette participation;"

76. On a formulé des objections à cette proposition en faisant valoir que la notion de marchés de modeste importance était ambiguë et susceptible d'être interprétée de façon différente, mais il a été convenu que les marchés de modeste importance pourraient faire l'objet d'une disposition distincte dans la partie consacrée aux procédures d'appel d'offres. Une proposition quelque peu similaire consistait à remplacer à l'alinéa *a* le terme "permettre" par le terme "solliciter", mettant ainsi l'accent sur les diverses mesures que l'entité adjudicatrice devrait ou ne devrait pas prendre dans un cas donné.

77. Il a été en outre proposé de faire de l'alinéa *a* une disposition distincte ou de ramener l'article 8 *ter* dans sa totalité au chapitre II de la Loi type. Cette solution limiterait la présomption d'internationalité et les exceptions y

afférentes aux procédures d'appel d'offres. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail a confirmé sa décision précédente de transférer la disposition relative à la participation des entrepreneurs et fournisseurs du chapitre II aux dispositions générales figurant au chapitre I de la Loi type, afin d'appliquer la présomption d'internationalité à toutes les méthodes de passation des marchés. Cette modification visait à encourager une plus grande ouverture dans la passation des marchés et l'égalité de traitement des entrepreneurs et fournisseurs étrangers lorsqu'une procédure de passation des marchés par des méthodes autres que l'appel d'offres était menée sur un plan international. Parallèlement, l'entité adjudicatrice ne serait pas obligée d'entreprendre une procédure internationale lorsque celle-ci est jugée peu économe et efficace ou pour d'autres motifs mentionnés dans l'article.

78. Il a été signalé que l'on pouvait considérer que l'alinéa *b* énonçait suffisamment de motifs justifiant les cas de marchés entièrement nationaux envisagés à l'alinéa *a*. Le Groupe de travail a marqué son accord sur ce point et a décidé en conséquence que l'alinéa *a* pouvait être supprimé. Il a été également signalé qu'il serait fait référence dans le commentaire à la pratique des Etats concernant les passations de marchés entièrement nationaux et au fait que ces marchés n'étaient pas exclus par la Loi type.

79. En ce qui concerne la teneur de l'alinéa *b*, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait déjà prise d'inclure la réglementation des marchés en tant que base juridique habilitant la restriction de la participation selon des critères de nationalité.

Paragraphes 1 bis nouveau et 1 bis

80. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 *bis* nouveau et 1 *bis* acceptables dans leur ensemble. Il a toutefois été signalé que la plupart des articles mentionnés au paragraphe 1 *bis* concernaient les procédures d'appel d'offres et que cette disposition pourrait par conséquent être insérée dans le chapitre II.

Paragraphe 3

81. On s'est demandé s'il était nécessaire de garder le paragraphe 3, en raison de la présomption générale d'internationalité dans le cas des procédures d'appel d'offres et parce que, dans le cas des autres méthodes de passation des marchés, les entrepreneurs et les fournisseurs étaient souvent nommément désignés par l'entité adjudicatrice en vue de participer à la procédure de passation de marchés. Le Groupe de travail a estimé que cette disposition était utile et qu'il fallait la conserver.

Article 9 bis

Forme des communications

82. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 9 *bis*, qui figure dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.36.

Paragraphe 1

83. Le Groupe de travail a confirmé la décision prise à la quatorzième session, selon laquelle la Loi type devait

permettre aux entités adjudicatrices d'engager une procédure de passation de marchés comportant des formes non traditionnelles de communication telles que l'échange de données informatisées (EDI). Il a également fait observer que la notion d'"enregistrement" visée au paragraphe 1 était une fonction essentielle du document écrit pouvant être remplie par des moyens électroniques.

84. Des vues diverses ont été exprimées au sujet du libellé de l'article 9 *bis*, dont l'objectif était de donner, dans la disposition globale relative à la forme des communications, le pouvoir nécessaire pour permettre à l'entité adjudicatrice de recourir, si elle le souhaitait, aux techniques d'échange de données informatisées et autres techniques modernes de communication et d'information dans le cadre des procédures de passation de marchés. On a notamment estimé que l'approche adoptée à l'article 9 *bis* était trop compliquée et que l'on pourrait y voir une volonté d'imposer l'emploi de l'EDI à des pays où l'accès à une telle technique était limité; de plus, on a déclaré que l'imposition générale de telles méthodes à des pays où les communications étaient traditionnellement enregistrées sur support papier comportait de nombreux risques. A cet égard, la disposition énoncée au paragraphe 4 de l'article 24, qui autorisait la soumission des offres sous d'autres formes que par écrit, suscitait des préoccupations particulières.

85. A l'inverse, on a estimé que l'approche adoptée dans le projet était fondamentalement satisfaisante dans la mesure où elle permettait l'emploi de l'EDI sans pour autant l'imposer à ceux qui souhaitaient continuer à utiliser le support papier pour les procédures d'enregistrement. On a par ailleurs appelé l'attention sur le fait que la Loi type devait reconnaître l'usage qui est actuellement fait de l'EDI dans la passation de marchés et non y faire obstacle et également faciliter l'expansion future de ce type de techniques. On a signalé que l'absence de disposition en ce sens rendrait la Loi type plus difficilement acceptable.

86. Une question fondamentale concernait le traitement qu'il convenait de réserver à la notion d'écrit. On a fait observer à cet égard que le chapitre, dans son libellé actuel, prévoyait deux possibilités pour l'emploi du mot "écrit". Au paragraphe 1, l'écrit pouvait comprendre toute forme assurant l'enregistrement, alors qu'au paragraphe 4 de l'article 24 il était fait mention de l'écrit, considéré comme différent d'autres formes assurant l'enregistrement.

87. Une proposition tendant à supprimer toute référence à l'écrit n'a pas été acceptée. On a estimé que ce serait aller trop loin étant donné que les dispositions de la Loi type avaient été élaborées en ayant à l'esprit la documentation traditionnelle sur support papier. En outre, les incidences techniques de l'emploi de l'EDI dans le cadre de la procédure de passation de marchés de même que le problème consistant à garantir le caractère confidentiel des communications dans le contexte de l'EDI n'avaient pas été examinés lors de l'élaboration de la Loi type. Par ailleurs, on a souligné que les techniques d'EDI n'étaient pas accessibles au même degré dans tous les pays.

88. Après délibérations, le Groupe de travail a décidé que le libellé actuel du paragraphe 1 serait conservé mais qu'un équilibre approprié pourrait être trouvé en insérant au début

du paragraphe le membre de phrase "Sous réserve des dispositions de la présente Loi".

Paragraphe 2

89. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 2 puisque le paragraphe 1 englobait toutes les communications visées au paragraphe 2. Une autre proposition consistait à appliquer l'option téléphonique à toutes les communications. On a fait observer que les cas visés au paragraphe 2 ne comportaient pas de délais précis. Si la procédure en deux temps prévue dans ce paragraphe devait être appliquée aux communications pour lesquelles un délai était fixé, la question se poserait de savoir si la communication par téléphone et sa confirmation devaient toutes deux être effectuées dans le délai prescrit. Il a toutefois été convenu que les mots "par téléphone" pouvaient être supprimés puisque cette option était couverte par l'expression "tout autre moyen" et qu'il n'y avait pas lieu de mettre l'accent sur un système de communication plus que sur un autre.

Paragraphe 3

90. Des vues divergentes ont été exprimées quant au paragraphe 3. On s'est demandé si le sens de ce paragraphe était bien clair. Il a été proposé de le supprimer. A l'appui de cette proposition, on a déclaré que ce paragraphe n'avait pas sa place dans une disposition ayant trait à l'enregistrement. Une autre proposition consistait à déplacer le paragraphe 3 pour l'insérer dans le chapitre traitant de la procédure d'appel d'offres. L'avis général était que cette disposition devait être maintenue à l'article 9 *bis* car elle répondait à la crainte que les entrepreneurs et fournisseurs n'ayant pas accès aux techniques d'EDI ne soient victimes de discrimination dans la procédure de passation de marchés. Le Groupe de rédaction a cependant été prié d'étudier la possibilité de rendre plus clair le texte de ce paragraphe.

Article 10

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

91. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et estimé que l'article était dans l'ensemble acceptable. Il a renvoyé au Groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer le mot "Lorsque" par le mot "Si" et les mots "ne peut imposer" par le mot "n'impose".

Article 10 ter

Procès-verbal de la procédure de passation de marchés

92. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10 *ter*, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

93. Bien que l'on ait estimé que les dispositions énoncées à l'article 10 *ter* étaient trop détaillées et faisaient peser une

trop lourde charge sur l'entité adjudicatrice, l'avis général était que ces dispositions représentaient un juste équilibre compte tenu du rôle crucial du procès-verbal pour promouvoir la transparence et d'autres objectifs de la Loi type. Par ailleurs, il a été indiqué que les procès-verbaux étaient indispensables si l'on voulait assurer l'efficacité des procédures d'examen.

94. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la Loi type devait exiger la divulgation de la partie du procès-verbal visée à l'alinéa *f ter*. Une possibilité consistait à exclure de l'obligation de divulgation l'alinéa *f ter* qui concernait les cas où la participation à la procédure d'appel d'offres pouvait être limitée conformément au paragraphe 2 de l'article 12. Selon cette approche, l'exposé requis à l'alinéa *f ter* présentait un véritable intérêt pour la vérification interne des comptes par les pouvoirs publics. Une telle approche contribuerait à limiter les litiges. Toutefois, le Groupe de travail était favorable à l'idée de soumettre l'alinéa *f ter* à l'obligation de divulgation, ce qui donnerait un sens à l'obligation de procès-verbal dans le cas en question et favoriserait la transparence en donnant aux entrepreneurs et fournisseurs rejetés la possibilité de connaître les raisons de leur rejet et d'éviter peut-être d'être rejetés à l'avenir. Cela permettrait aussi de protéger l'intérêt général en veillant à l'utilisation judicieuse des fonds publics.

95. Il a été proposé de remplacer le mot "motifs" par l'expression "motifs et circonstances" pour aligner le libellé de cet alinéa sur celui d'autres dispositions de la Loi type.

Paragraphes 2 et 2 bis

96. Le Groupe de travail a de nouveau examiné la question de savoir s'il était souhaitable de garder les paragraphes 2 et 2 bis étant donné les restrictions qui y sont imposées à la divulgation du procès-verbal de la procédure de passation de marchés. Selon un avis, il serait utile d'étendre la pleine divulgation au public de façon à la faire porter sur l'intégralité du procès-verbal, avec des exceptions limitées, comme par exemple les questions visées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 bis. Les partisans du libellé existant ont fait valoir que, dans ce paragraphe, on faisait, à juste titre, la différence entre la divulgation au grand public et la divulgation aux entrepreneurs et fournisseurs participants. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de garder les paragraphes 2 et 2 bis sous leur forme actuelle.

Paragraphe 2 ter

97. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question du moment exact où la partie du procès-verbal visée à l'alinéa *f bis* du paragraphe 1 devrait être divulguée en application du paragraphe 2 ter. Cette partie contenait les informations sur le rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, la raison en étant que l'entrepreneur ou fournisseur en question avait offert une incitation à l'entité adjudicatrice ou à l'un quelconque de ses fonctionnaires ou employés. Selon un avis, le moment proposé au paragraphe 2 ter (c'est-à-dire après que la procédure de passation de marchés ait pris fin ou lors de l'entrée en vigueur du contrat) ne donnerait pas à un entrepreneur ou fournisseur le temps de contester efficacement une allégation faite en vertu de l'article 10

quater. Sur les deux moments possibles — au moment de l'allégation de faute ou au moment de la décision de rejeter l'offre, proposition ou prix — le Groupe de travail a choisi le deuxième. Au cours du débat, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'interaction entre la Loi type et la législation pénale de l'Etat qui promulgue la Loi. Par exemple, l'obligation de divulgation prévue au paragraphe 2 ter risque d'être en conflit avec le désir d'un procureur d'empêcher la divulgation parce qu'une enquête criminelle est en cours.

Paragraphe 4

98. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 acceptable dans l'ensemble.

Article 10 quater

Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs

99. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 10 *quater* telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

100. En conformité avec sa décision concernant l'article 10 *ter* (2 *ter*), le Groupe de travail a convenu d'indiquer à l'article 10 *quater* le moment auquel l'entité adjudicatrice est tenue d'informer l'entrepreneur ou fournisseur intéressé de l'allégation faite en vertu de l'article 10 *quater*. Procéder tôt à cette information donnerait à l'entrepreneur ou fournisseur la possibilité de répondre aux allégations. Cette proposition a été adoptée.

Article 12

Sollicitation des offres et des demandes de présélection

101. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 12 telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

102. Le Groupe de travail a noté qu'à la fin du paragraphe, où l'on parle de la publication de l'avis d'appel d'offres, il vaudrait mieux parler d'une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, pour aligner le texte avec la terminologie utilisée dans les autres parties de la Loi type. A part cette modification, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 1 bis

103. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 bis acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

104. La suggestion faite concernant l'article 7 — à savoir qu'il faudrait donner une plus grande importance dans la Loi type à la procédure restreinte d'appel d'offres prévue

au paragraphe 2 — a été réitérée, mais n'a pas cette fois-ci non plus reçu d'appui.

105. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir si l'on pouvait, d'une façon ou d'une autre, rendre plus objective la façon dont l'entité adjudicatrice sélectionne les entrepreneurs et fournisseurs auprès desquels elle lance des appels d'offres. Il a été proposé d'étayer le libellé actuel, qui mentionne l'obligation de sélectionner un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en parlant de l'obligation de l'entité adjudicatrice de sélectionner des sociétés "de qualité" ou de procéder à sa sélection sur une base objective. Aux termes d'autres propositions, on parlerait de l'obligation de l'entité adjudicatrice de sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs à contacter "conformément aux dispositions" de la Loi type, et l'on regrouperait les alinéas *c* et *a* du paragraphe 2.

106. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de ne pas ajouter de précisions dans le sens suggéré et de ne pas apporter les autres changements proposés. Il a été estimé qu'en eux-mêmes des termes comme "sociétés de qualité" et "objective" n'étaient pas clairs et ne contribueraient pas à rendre le texte plus précis, et que les garanties prévues à la deuxième phrase du paragraphe 2 *a* étaient suffisantes.

Article 14

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

107. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Paragraphe 1

108. Le Groupe de travail n'a pas donné suite à une proposition tendant à supprimer les alinéas *d* et *d bis*. Il a toutefois décidé d'ajouter à l'alinéa *d bis* un renvoi interne tel que "conformément aux dispositions de l'article 8 *ter*". Il s'agissait d'éviter que l'on ne puisse inférer de l'alinéa *d bis* que l'entité adjudicatrice dispose d'un droit indépendant de limiter la participation à la procédure d'appel d'offres en fonction de critères de nationalité. Le Groupe de travail a par ailleurs jugé le paragraphe acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

109. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 17

Dossier de sollicitation

110. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 17 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 19

Prix facturé pour le dossier de sollicitation

111. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et l'a jugé acceptable dans l'ensemble.

Article 20

Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

112. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 20 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Paragraphe 1 et 1 bis

113. On a noté que le Groupe de travail avait, à sa quatorzième session, adopté le libellé actuel du paragraphe 1, en se contentant d'interdire les spécifications et conditions connexes créant des obstacles à la participation d'entrepreneurs ou de fournisseurs à la procédure de passation des marchés, sans préciser s'il fallait, s'agissant d'identifier ces obstacles, retenir le critère subjectif d'"intention" ou le critère objectif d'"effets", cette question devant être réglée par d'autres lois. Il a été proposé de préciser la référence aux "obstacles à la participation" en parlant d'obstacles à la participation "non discriminatoire" ou "égale". Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

114. S'agissant du paragraphe 1 *bis*, le Groupe de travail a jugé que le principe interdisant l'utilisation des spécifications et des conditions connexes créant des obstacles à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers pourrait être fusionné avec la disposition générale figurant au paragraphe 1. Le Groupe de travail a renvoyé cette question au Groupe de rédaction.

Paragraphe 2, 3 et 4

115. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2, 3 et 4 acceptables dans l'ensemble.

Article 22

Clarification et modification du dossier de sollicitation

116. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 22 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Paragraphe 1

117. Selon une opinion, la deuxième phrase du paragraphe 1 imposait une charge excessive à l'entité adjudicatrice en lui faisant obligation de communiquer à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels elle avait adressé un dossier de sollicitation les réponses qu'elle avait apportées

à toute demande de clarification du dossier de sollicitation. Il a été proposé de se contenter de mettre ces réponses à la disposition des entrepreneurs qui en feraient la demande. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, les entrepreneurs et fournisseurs n'avaient aucun moyen de savoir par eux-mêmes qu'une demande d'éclaircissements avait été présentée, de sorte que la Loi type devrait offrir à tous les entrepreneurs et fournisseurs les mêmes possibilités d'accès à l'information. En conséquence, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble. Il a toutefois été décidé d'y préciser que, lorsque la réponse apportée par une entité adjudicatrice à une demande d'éclaircissements était adressée sous la forme de réponses à une série de questions détaillées posées par un entrepreneur ou un fournisseur, les questions devraient être communiquées à tous les entrepreneurs et fournisseurs en même temps que les réponses.

Paragraphes 2 à 4

118. Le Groupe de travail a jugé le texte des paragraphes 2 à 4 acceptable dans l'ensemble.

Article 23

Langue des offres

119. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 24

Soumission des offres

120. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 24 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Paragraphe 1

121. On a rappelé que, à sa quatorzième session, le Groupe de travail avait décidé de remplacer la notion de "délai suffisant" par la notion de "délai raisonnable" dans la deuxième phrase du paragraphe 1. Cette disposition a à nouveau été débattue à la session en cours. Selon une opinion, la deuxième phrase devrait être supprimée car elle risquait de susciter des litiges quant au caractère approprié du délai fixé par l'entité adjudicatrice pour la préparation des offres. Le principe tendant à conserver une référence au délai nécessaire à la préparation des offres a été appuyé, mais le Groupe de travail n'en a pas moins été d'avis que la notion de "délai raisonnable", n'étant pas universellement employée, ne serait pas, dans de nombreux pays, considérée comme un critère objectif. Il a donc décidé de supprimer la deuxième phrase et d'examiner dans le commentaire la nécessité de laisser un délai suffisant pour préparer les offres.

Paragraphe 2

122. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2 bis

123. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2 bis du point de vue de savoir dans quelle mesure l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit, pour ses propres besoins, de reporter la date limite pour la soumission des offres. Selon un avis, l'entité adjudicatrice devait obtenir le consentement préalable de tous les entrepreneurs et fournisseurs. Selon un autre avis, le paragraphe 2 bis était d'une utilité douteuse et pouvait être supprimé. Il a été fait observer que le fait d'être éventuellement dans l'impossibilité de soumettre une offre en temps voulu pouvait être considéré comme un risque inhérent à la vie des affaires. Toutefois, selon un autre avis, l'entité adjudicatrice devait en toute circonstance avoir le droit unilatéral de reporter la date limite, ce qui ne pouvait qu'encourager la concurrence sans pour autant être préjudiciable à qui que ce soit. Il a été dit à cet égard que l'expiration de la période de validité des offres ne devait pas poser de problèmes insurmontables, de nouvelles dates d'expiration pouvant être fixées pour les offres.

124. Le Groupe de travail a noté que des points analogues avaient été soulevés à la session précédente, et il a estimé que l'approche adoptée dans le paragraphe 2 bis était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 4

125. Le Groupe de travail a convenu de remplacer les mots "dans des enveloppes scellées" par les mots "dans une seule enveloppe scellée".

126. Des divergences sont apparues sur le point de savoir s'il fallait maintenir la deuxième phrase du paragraphe 4, qui avait été conçue pour tenir compte de l'emploi de l'EDI pour la soumission des offres.

127. Selon un avis, la deuxième phrase du paragraphe 4 mettait peut-être trop l'accent sur l'emploi de nouvelles techniques de communication et risquait de ce fait d'outrepasser l'objectif qui était simplement de permettre aux entités adjudicatrices d'utiliser l'EDI. Il a été dit que l'application de l'EDI à la passation des marchés, si elle s'était déjà révélée possible pour la publication du dossier de sollicitation et des invitations à soumettre une offre, posait davantage de problèmes pour la soumission des offres. On a notamment fait valoir les inconvénients résultant du fait que les techniques EDI n'étaient pas accessibles partout au même degré et qu'elles souffraient de limitations, à tout le moins au stade actuel du développement technique, en ce qui concerne certaines des fonctions traditionnellement remplies par des techniques d'appel d'offres sur support papier. Il s'agissait notamment d'empêcher la divulgation à l'entité adjudicatrice du contenu d'une offre avant la date limite pour la soumission des offres, par exemple en utilisant des enveloppes scellées, de déterminer les modalités d'ouverture des offres électroniques et de savoir si l'on pouvait accepter la coexistence dans une procédure donnée d'offres écrites et d'offres électroniques. Selon un avis, avant de songer à insérer dans la Loi type d'autres dispositions relatives à l'EDI que celle qui en autorisait l'utilisation, il convenait d'examiner plus en détail les aspects juridiques de l'application de l'EDI dans le domaine de la passation des marchés.

128. En sens contraire, on a indiqué que la deuxième phrase visait simplement à permettre l'utilisation de l'EDI, sans pour autant imposer celle-ci à ceux qui ne pouvaient pas ou ne souhaitaient pas l'utiliser. On a fait valoir, en outre, que la Loi type devait établir des règles applicables aussi bien aux marchés utilisant les techniques traditionnelles qu'aux marchés utilisant des techniques nouvelles qui se répandaient rapidement. On a signalé aussi que la formulation actuelle s'inspirait de celle adoptée dans d'autres textes de la CNUDCI, comme la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, ainsi que des travaux en cours de la CNUDCI visant à faciliter l'utilisation de l'EDI.

129. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de maintenir l'exigence de l'écrit pour la soumission des offres et de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 4, qui ouvrait la voie aux offres n'utilisant pas le support papier. On a noté que le commentaire devrait indiquer qu'en dépit de la restriction figurant dans le paragraphe 4, les Etats étaient libres d'élaborer des procédures d'appel d'offres sans recours au support papier, ce qui rendrait nécessaire l'examen d'un certain nombre de questions (par exemple la forme des garanties de soumission lorsque la soumission n'était pas faite sur papier) et pourrait exiger l'élaboration de règlements spéciaux.

Paragraphe 4 bis

130. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 bis acceptable dans l'ensemble.

Article 25

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

131. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 25 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 26

Garanties de soumission

132. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 26 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

Nouveau paragraphe 1

133. Le Groupe de travail a noté que la définition figurant dans le nouveau paragraphe 1 devrait être remplacée à l'article 2, comme suite à la décision prise antérieurement. Quant au contenu de la définition, le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à incorporer le terme "indemnités" dans la liste d'exemples de garanties de soumission. On a signalé que ce nouveau terme pourrait être utilisé pour remplacer ou pour compléter la mention des garanties. Toutefois, compte tenu du fait que le sens de ce terme n'était pas tout à fait clair, que les garanties offraient une relative certitude financière et que leur usage était répandu, il a été décidé de

ne pas ajouter la référence à des indemnités. Le Groupe de travail a convenu que le paragraphe devrait mentionner les "garanties bancaires" plutôt que simplement les "garanties", de manière à mieux identifier l'instrument en question parmi les innombrables instruments que le seul mot "garanties" pourrait évoquer dans l'esprit des lecteurs de la Loi type. On a estimé que le texte y gagnerait en clarté, sans pour autant donner l'impression que seules les garanties données par les banques étaient prises en considération, puisqu'il s'agissait d'une liste d'exemples. Le Groupe de travail a pris note également d'une suggestion tendant à remplacer les mots "garantir l'obligation" par les mots "garantir l'exécution de l'obligation".

Paragraphe 1

134. Il a été proposé de mentionner dans l'alinéa *a bis* la forme et "la nature" de la garantie de soumission, au lieu de la forme et "des conditions", mais cette proposition n'a pas été considérée comme apportant plus de clarté au texte. Le Groupe de travail a noté que la note explicative accompagnant l'alinéa *b* serait supprimée, conformément à la décision de limiter au seul commentaire les conseils aux organes législatifs.

135. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il était nécessaire de préciser dans l'alinéa *b bis* que l'entité adjudicatrice conservait le droit de rejeter une garantie de soumission, alors même qu'elle avait confirmé que l'émetteur remplissait bien les conditions requises, dans le cas où elle découvrirait que l'émetteur était insolvable. Il a été proposé d'ajouter le membre de phrase ainsi conçu :

"... étant entendu que l'entité adjudicatrice peut à tout moment, après en avoir informé l'entrepreneur ou le fournisseur, rejeter la garantie de soumission, dans le cas où elle découvrirait que l'émetteur de la garantie de soumission, ou l'institution qui a confirmé la garantie, est devenu(e) insolvable ou manque de crédit pour d'autres raisons."

136. Le Groupe de travail a marqué son accord sur un ajout de ce type dont on a dit qu'il pourrait être utile dans certains systèmes juridiques. On a admis que dans certains autres systèmes juridiques, une disposition explicite en ce sens n'était pas nécessaire, car le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une garantie de soumission dans pareil cas découlait des principes généraux de droit. On a également convenu que le commentaire devrait préciser que cet ajout était optionnel.

137. Le libellé de l'alinéa *d* a suscité plusieurs observations. Selon une remarque, la première phrase paraissait donner à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire de préciser les clauses à inclure dans la garantie de soumission qui était plus important que celui qu'elle possédait en réalité, puisque la seconde phrase limitait strictement la liberté de l'entité adjudicatrice de préciser les clauses à inclure dans la garantie de soumission. On a proposé de supprimer la première phrase. Le Groupe de travail a convenu d'ajouter dans l'alinéa *d* un motif supplémentaire d'exécution de la garantie de soumission, en l'occurrence le fait de ne pas se conformer à toute autre condition précisée dans le dossier de sollicitation préalablement à la conclusion du marché.

138. Selon une autre observation, il était possible de simplifier le chapeau de l'alinéa *d* et d'en rendre le sens plus clair. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas pu se mettre d'accord sur une version remaniée du chapeau, en particulier parce qu'on a estimé que le libellé actuel présentait l'avantage de ne comporter aucune formule susceptible d'être interprétée comme visant spécifiquement des garanties indépendantes ou des garanties accessoires. On s'est également prononcé en faveur du maintien de la première phrase pour le motif qu'elle indiquait clairement que l'entité adjudicatrice était tenue de préciser dans le dossier de sollicitation ses exigences quant aux conditions à inclure dans la garantie de soumission. Le Groupe de travail a prié le Groupe de rédaction d'examiner si le texte faisait suffisamment ressortir que la disposition englobait les garanties indépendantes.

Paragraphe 2

139. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 27

Ouverture des offres

140. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 27 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 28

Examen, évaluation et comparaison des offres

141. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 28 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

142. Le débat a fait apparaître que le Groupe de rédaction ou le Secrétariat devrait réviser l'ordre dans lequel les éléments du processus d'évaluation étaient présentés dans l'article 28 de manière à ce qu'ils suivent l'ordre dans lequel se déroulent les opérations dans la pratique.

Paragraphe 1

143. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa *a* du paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

144. Il a été proposé d'ajouter une disposition donnant aux entrepreneurs et fournisseurs le droit de corriger des erreurs factuelles et historiques dans leurs offres, ce qui contribuerait à garantir qu'il n'y avait pas usage abusif du droit de l'entité adjudicatrice de corriger des erreurs purement arithmétiques, et à éviter que des offres soient rejetées comme étant non conformes sur la base d'erreurs factuelles et historiques mineures. La proposition n'a pas été acceptée, le Groupe de travail étant d'avis qu'il avait été dûment tenu compte de la question, notamment dans le cadre de la procédure de clarification des offres prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 1. Le Groupe de travail n'a pas non plus appuyé une proposition visant à supprimer, comme entraînant une charge injustifiée pour l'entité adjudicatrice, la phrase soulignée à l'alinéa *b* du paragraphe 1,

par laquelle il est fait obligation à l'entité adjudicatrice de donner avis d'une correction à l'entrepreneur ou fournisseur qui a soumis l'offre. Le Groupe de travail a donc jugé acceptable le texte actuel de l'alinéa *b* du paragraphe 1.

Paragraphe 1 bis

145. Le Groupe de travail a renvoyé au Groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 *bis*, les mots "ne peut considérer une offre comme étant conforme que si" par les mots "considère une offre comme étant conforme si", de manière à clarifier le sens du paragraphe 1 *bis*.

146. Diverses suggestions ont été faites en vue de préciser le sens des mots "des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement" contenus à l'alinéa *b* du paragraphe 1 *bis*. Il a été notamment proposé d'ajouter une phrase précisant "qu'un écart est considéré comme matériel s'il modifie substantiellement de quelque manière que ce soit les conditions de qualité ou de quantité prévues dans le contrat ou la durée de ce dernier ou s'il limite les droits ou obligations des entrepreneurs et fournisseurs en vertu du contrat d'achat". A l'appui de cette proposition, on a indiqué qu'il fallait clarifier le mot "matériellement" qui était vague et pouvait conduire à des abus ainsi qu'au recours à des motifs futiles pour considérer des offres comme non conformes. A l'inverse, on a fait valoir que le libellé proposé ne précisait pas plus que le texte actuel, ce qui pourrait constituer un écart mineur, le mot "substantiellement" étant lui aussi vague. La proposition n'a pas été acceptée. Parmi les autres propositions qui n'ont pas recueilli un large appui figuraient l'inclusion de la référence aux écarts mineurs dans la rubrique des éclaircissements au paragraphe 1 et la fusion de l'alinéa *a* et de la deuxième phrase de l'alinéa *b* de manière à intégrer la notion de quantification dans la définition des "écarts mineurs". Il semblait d'autant plus difficile d'aller au-delà de ce que contenait le projet de texte actuel que la manière dont la Loi type serait appliquée dans chaque cas dépendrait dans une large mesure de l'attitude du fonctionnaire responsable des achats et de l'approche qu'il adopterait.

147. Une autre proposition tendait à insérer les mots "ou si elle contient des erreurs factuelles ou des oublis qui peuvent être corrigés sans qu'il y ait modification de l'offre quant au fond" après la première phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 1 *bis*. On garantirait ainsi que des offres ne seraient pas considérées comme non conformes parce qu'elles contiennent des erreurs factuelles ou des oublis qui peuvent être facilement rectifiés. La proposition a été acceptée et renvoyée au Groupe de rédaction. Il a été proposé que le mot "caractéristiques" soit remplacé par les mots "toutes caractéristiques".

148. Il a été convenu d'inclure dans l'espace laissé libre à l'alinéa *d* par suite d'une suppression une référence au rejet ou à la non-acceptation d'offres entachées d'incitations, interdites en vertu de l'article 10 *quater*. La proposition a été acceptée.

Paragraphe 7

149. On a noté que la référence au "rejet" figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 7 devait être modifiée, le Groupe de travail ayant décidé, comme indiqué au paragraphe 2, d'employer une autre formule.

150. Il a été convenu qu'il était superflu de faire état du dossier de sollicitation dans le texte introductif de l'alinéa *c* et que cette mention devait être supprimée. Le Groupe de travail a noté que la question était déjà traitée dans l'alinéa *e bis* de l'article 17.

151. Une question a été posée au sujet de la liste, contenue à l'alinéa *d iii* du paragraphe 7, illustrant les types de facteurs pouvant entrer en ligne de compte pour déterminer l'offre évaluée comme étant la plus basse. Pour l'auteur de la question, un grand nombre des facteurs énumérés étaient hautement subjectifs. On a toutefois été généralement d'avis que l'orientation et la teneur fondamentales de l'alinéa *d iii* du paragraphe 7 étaient satisfaisantes bien que des précisions supplémentaires ne soient pas à exclure. Sous réserve de la modification convenue, le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 7 était acceptable dans l'ensemble.

152. Il a été proposé de supprimer au début de l'alinéa *e* du paragraphe 7 la référence au fait qu'une marge de préférence ne pouvait être accordée que si la réglementation des marchés l'autorisait. Cela ressortait en effet implicitement de la fin de l'alinéa *e* du paragraphe 7, où il était dit que la marge de préférence était calculée conformément à la réglementation des marchés. Une autre proposition, qui portait sur le fond, tendait à ne plus subordonner l'octroi de marges de préférence à la réglementation des marchés de manière à ne pas lier les mains de l'entité adjudicatrice et à ne pas désavantager les Etats adoptant la Loi type qui élaborait des réglementations en matière de passation de marchés. On s'est toutefois opposé à ces propositions au motif que l'obligation de conformité avec la réglementation des marchés était un facteur de transparence important qui devait être maintenu et dûment souligné dans la Loi type.

153. Il a été proposé d'indiquer à l'alinéa *e* du paragraphe 7 qu'un procès-verbal devait être établi conformément à l'article 10 *ter* et devait être sujet à divulgation.

154. Il a été proposé d'ajouter à l'alinéa *e bis* de l'article 17-1 une référence à l'alinéa *e* du paragraphe 7.

Paragraphes 8, 8 bis, 8 ter et 9

155. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 8, 8 *bis*, 8 *ter* et 9 acceptables dans l'ensemble.

Article 29

Rejet de toutes les offres

156. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 29 contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 30

Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

157. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 30 contenu dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

158. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Paragraphe 1

159. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphes 2 et 3

160. Il a été proposé de remplacer la notion d'entrée en vigueur du marché au moment de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre par la notion d'entrée en vigueur à compter de la conclusion du marché. Il a été rappelé qu'en vertu du paragraphe 3 les offres pouvaient être modifiées une ou plusieurs fois et que, si le marché entrait en vigueur au moment de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, on aurait du mal à déterminer avec précision les conditions de l'offre retenue. Stipuler que le marché n'entrerait en vigueur qu'au moment de la signature du marché écrit dissiperait cette incertitude. Néanmoins, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait prise à ses sessions antérieures et selon laquelle la Loi type comporterait des options sur les modalités d'entrée en vigueur du marché tenant compte des différentes pratiques des Etats.

161. Quant à la question de savoir si, aux paragraphes 2 et 3, il fallait mentionner la "réception" de l'avis d'acceptation de l'offre plutôt que son expédition, le Groupe de travail a rappelé ses délibérations antérieures. Il a été noté que la notion de "réception" avait été retenue au paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Néanmoins, la notion d'"expédition" avait été jugée mieux adaptée aux circonstances particulières du marché. Essentiellement, ce qui était en jeu était le risque d'un retard dans la transmission de l'avis ou sa non-transmission. Afin de lier l'entrepreneur ou le fournisseur ou de lui faire obligation de signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice devait donner l'avis pendant que l'offre était valide. Au regard de la notion de "réception" de l'offre, si l'entité adjudicatrice avait dûment transmis ou adressé l'avis à l'autorité compétente, mais que, sans qu'il y ait faute de sa part, il y avait eu retard, perte ou erreur d'acheminement de la transmission, de sorte que l'entrepreneur ou le fournisseur n'avaient pas reçu l'avis avant l'expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perdait le droit de lier l'entrepreneur ou le fournisseur ou de lui imposer le respect de ses obligations. Avec l'adoption de la notion d'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice était préservé. Dans le cas d'un retard, d'une perte ou d'une erreur d'acheminement de l'avis, il était possible que l'entrepreneur ou le fournisseur n'apprenne pas que son offre avait été acceptée avant l'expiration de la période de validité; mais, dans la plupart des cas, ceci aurait des conséquences moins graves que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier l'entrepreneur ou le fournisseur. En conséquence, le Groupe de travail a confirmé sa décision selon laquelle mention devait être faite de l'"expédition" de l'avis.

Paragraphe 3 bis

162. Il a été proposé de supprimer la règle selon laquelle la décision devait être prise dans un délai raisonnable après l'expédition de l'avis. Une telle obligation pouvait être jugée inutilement restrictive ainsi que superflue, puisque, dans le cas d'un retard excessif, le délai de validité de l'offre serait dépassé. Il a également été proposé de supprimer les mots "ou, le cas échéant, n'est pas exécuté" dans la seconde phrase, puisque cette formulation ne prévoyait pas la signature d'un marché avant la délivrance de l'autorisation nécessaire éventuellement. Cette modification visait à tenir compte de la pratique consistant, dans un certain nombre de pays, à ne pas examiner les demandes d'approbation définitive avant la signature du marché.

163. Une autre suggestion tendait à supprimer le reste du paragraphe 3 bis et la première phrase du paragraphe 3 ter, au motif que les règles énoncées dans ces dispositions découlaient déjà des limites inhérentes à la période de validité des offres. Mais, de l'avis qui a prévalu, ces dispositions devaient être maintenues, tout en étant éventuellement simplifiées. Aux fins de cette simplification, le Groupe de travail a adopté le texte suivant qui regroupe les dispositions du paragraphe 3 bis et de la première phrase du paragraphe 3 ter :

"Lorsque le marché doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'offre, pour obtenir l'approbation."

Paragraphes 3 ter à 6

164. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 ter à 6 acceptables dans leur ensemble.

*Nouvel article 33 bis**Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

165. Le Groupe de travail a examiné le texte révisé du nouvel article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

166. Le Groupe de travail a examiné les conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes compte tenu de la décision qu'il avait prise en rapport avec l'article 7, suivant laquelle il conviendrait, dans la mesure du possible, d'assimiler les conditions régissant l'utilisation des procédures d'appel d'offres en deux étapes, de sollicitation de propositions et de négociation avec appel à la concurrence. A cet égard, le Groupe de travail a réaffirmé la condition visée au paragraphe a, qui faisait référence aux cas dans lesquels l'entité adjudicatrice était, quelle qu'en soit la raison, dans l'impossibilité de formuler des spécifications suffisamment détaillées pour satisfaire aux exigences de la procédure d'appel d'offres.

167. Indépendamment de l'impossibilité d'établir un cahier des charges complet, le Groupe de travail s'est

penché sur la question de savoir si d'autres conditions, en particulier celles énoncées au nouvel article 34, devraient être applicables à l'appel d'offres en deux étapes. Il a été décidé de rendre applicable à l'appel d'offres en deux étapes les conditions énoncées aux alinéas c, d et e du nouvel article 34. Il a toutefois été décidé que l'appel d'offres en deux étapes n'était pas une méthode de passation des marchés à laquelle il convenait de recourir au seul motif d'urgence et que, en conséquence, la disposition pertinente faisant l'objet de l'alinéa b du nouvel article 34 ne s'appliquerait pas à l'appel d'offres en deux étapes.

168. Comme cela avait été le cas lors de l'examen de l'article 7, la question s'est posée de savoir s'il convenait de présenter dans un seul article ou une seule section de la Loi type les conditions régissant l'utilisation des différentes procédures. Le Groupe de travail a décidé de reprendre l'examen de cette question après avoir achevé celui des articles concernant les procédures de passation des marchés.

169. Sous réserve de l'élargissement des conditions régissant l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes dont il a été question plus haut, le Groupe de travail a jugé le nouvel article 33 bis acceptable dans l'ensemble.

*Article 33 bis**Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

170. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36 et l'a jugée acceptable dans l'ensemble.

*Article 33 ter**Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions*

171. Le Groupe de travail a noté que, comme il en avait décidé, la condition énoncée à l'alinéa a serait applicable à la sollicitation de propositions, ainsi qu'à l'appel d'offres en deux étapes et à la négociation avec appel à la concurrence. Il a également été décidé que les conditions visées aux alinéas c, d et e du nouvel article 34 s'appliqueraient également à la sollicitation de propositions. En ce qui concerne les cas d'urgence non catastrophiques visés à l'alinéa b du nouvel article 34, le Groupe de travail a noté que l'on s'inquiétait de voir que si ces circonstances n'étaient pas prévues dans le cadre de la procédure de sollicitation de propositions, les Etats adoptant la Loi type qui incorporaient la sollicitation de propositions ne disposeraient pas d'une méthode de passation des marchés couvrant les urgences non catastrophiques. Il a été proposé de résoudre le problème en incorporant la condition visée à l'alinéa d de l'article 34 parmi les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions. Toutefois, cette proposition a soulevé des objections au motif que la sollicitation de propositions n'était pas une méthode adaptée aux cas d'urgence. Le Groupe de travail a noté que l'on pourrait également envisager d'élargir le

motif de l'urgence et le retenir pour justifier l'utilisation de la méthode de sollicitation d'une source unique, ceci afin de couvrir les cas d'urgence non catastrophiques. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la question en rapport avec l'examen des conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique.

172. Le Groupe de travail a décidé de supprimer des alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 33 *ter* les références qu'ils contiennent à un certain nombre de procédures à suivre dans le cadre du recours à la procédure de sollicitation de propositions. Ces références, qui concernaient le nombre d'entrepreneurs et de fournisseurs appelés à participer et le mode de sélection de la meilleure proposition, avaient été incorporées à l'article sur les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions en partie pour permettre de distinguer cette méthode de passation des marchés de la procédure d'appel d'offres en deux étapes et de la négociation avec appel à la concurrence. Il a été décidé que maintenant que le problème du chevauchement des conditions régissant l'utilisation de ces méthodes avait été réglé, il n'y avait plus aucune raison d'inclure ces procédures dans l'article 33 *ter*; il convenait donc de les supprimer. Toutefois, le Groupe de travail a réaffirmé l'importance de ces procédures et a demandé au Groupe de rédaction de veiller à ce qu'elles soient traitées comme il convient dans l'article 34 *quater*.

Article 33 quater

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions

173. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 *quater* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

Nouveau paragraphe 1

174. Le Groupe de travail a décidé que le libellé du nouveau paragraphe 1 devrait être aligné sur celui qui était utilisé à l'article 12 1 *bis*, pour prévoir la publication dans les quotidiens et publications commerciales d'une invitation à soumettre une offre ou d'une invitation à présenter une demande de présélection. Il a également été convenu que les mots "d'économie ou d'efficacité" devraient être remplacés par les mots "d'économie et d'efficacité". À part cela, le Groupe de travail a jugé le nouveau paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphes 1 à 6

175. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 à 6 acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 7

176. Le Groupe de travail a demandé au Groupe de rédaction de réviser le libellé de l'alinéa *a* de manière qu'il ne puisse donner à entendre que tous les critères d'évaluation doivent être reproduits dans toute modification de la sollicitation de propositions. Il a été avancé que

ce problème pourrait être résolu en ajoutant le mot "pertinente" après le mot "modification". Il a également été avancé qu'il faudrait indiquer clairement que l'alinéa *a* ne crée aucune obligation nouvelle en ce qui concerne les critères, qui irait au-delà des dispositions du paragraphe 2.

177. Rappelant qu'à sa quatorzième session il avait exprimé l'opinion que les modalités énoncées aux alinéas *b* et *c* pourraient être considérées comme étant présentées à titre d'option ou d'exemple, le Groupe de travail, à sa présente session, a examiné la question de savoir s'il fallait maintenir ou supprimer ces dispositions. Dans le cadre de cet examen, le Groupe de travail a noté que ces deux dispositions avaient été ajoutées aux fins de rendre la procédure de sollicitation de propositions plus rigoureuse. Aucune objection n'ayant été formulée quant au maintien de ces dispositions, le Groupe de travail a décidé qu'elles devaient être maintenues non pas seulement à titre d'option ou d'exemple, mais plutôt à titre d'obligation.

Paragraphe 8

178. Le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "La décision d'attribution" au début du paragraphe par les mots "Toute décision d'attribution", afin de tenir compte de la possibilité que l'entité adjudicatrice n'accepte aucune des propositions qui lui ont été soumises.

179. Selon une opinion exprimée, le paragraphe 8 devrait préciser que l'entité adjudicatrice n'attribuera le marché qu'à l'entrepreneur ou au fournisseur qui a soumis la proposition répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, conformément aux critères d'évaluation des propositions.

Nouvel article 34

Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

180. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

181. Le Groupe de travail a convenu dans l'ensemble de conserver les conditions actuelles régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. Il a également examiné le point de savoir quelles méthodes de passation des marchés il faudrait prévoir pour les cas d'urgence et comment il conviendrait de formuler la condition relative à l'urgence dans le cadre des méthodes auxquelles elle devrait s'appliquer. Le Groupe de travail a convenu de retenir la condition relative à la survenance d'un événement catastrophique énoncée à l'alinéa nouveau 1 *c* de l'article 35 comme motif de recours à la procédure de sollicitation d'une source unique, et la condition relative à l'urgence imprévisible énoncée à l'alinéa *b* du nouvel article 34 comme motif de recours à la négociation avec appel à la concurrence.

182. L'urgence liée à des événements qui ne sont pas catastrophiques n'étant pas couverte par cette approche dans les Etats qui ne connaissaient pas la négociation avec

appel à la concurrence, le Groupe de travail s'est efforcé de combler cette lacune en donnant à l'entité adjudicatrice le pouvoir et la flexibilité requis pour choisir la méthode de passation des marchés la plus appropriée aux cas d'urgence. Il a été admis que cela pouvait se faire en insérant dans le nouvel article 34 et dans l'article 35 des conditions parallèles visant les cas d'urgence. Dans ce système, l'urgence liée à des événements qui n'étaient pas catastrophiques serait maintenue comme motif de recours à la négociation avec appel à la concurrence; en outre, cette dernière procédure serait également autorisée dans les cas d'urgence liée à un événement catastrophique. Pareillement, la procédure de sollicitation d'une source unique pourrait être utilisée dans tous les cas d'urgence, que celle-ci soit liée ou non à un événement catastrophique. Cette approche fournirait aux Etats qui ne connaissaient pas la négociation avec appel à la concurrence une méthode de passation des marchés pouvant s'appliquer à des cas d'urgence liée à des événements qui n'étaient pas catastrophiques.

183. S'agissant du cas de l'urgence liée à un événement catastrophique déjà visé à l'alinéa nouveau *l c* de l'article 35 et qu'il faudrait à présent incorporer dans le nouvel article 34, il a été proposé de revoir la formulation de la disposition, de manière qu'au lieu de mentionner spécifiquement des circonstances catastrophiques, elle se réfère à un intérêt public pressant et urgent en raison duquel il serait impossible ou imprudent de la part de l'entité adjudicatrice de traiter avec plus d'un entrepreneur ou fournisseur.

184. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait qu'une telle approche, fondée sur une plus grande souplesse et liberté de décision, conférerait une importance accrue à l'exigence relative au compte rendu énoncée au paragraphe 5 de l'article 7. Une proposition visant à limiter le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans les cas d'urgence en disposant que pareille procédure devrait avoir pour effet d'accélérer la conclusion d'un marché a été jugée impraticable, car on ne pouvait exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle sache à l'avance si la négociation avec appel à la concurrence offrait plus de chances qu'une autre méthode d'accélérer la procédure.

185. S'agissant de la condition énoncée à l'alinéa *e*, on s'est demandé dans quelle mesure des contrats à des fins de recherche, même lorsqu'ils conduisaient à l'acquisition d'un prototype, renaient dans la rubrique des marchés de biens et de travaux. Le Groupe de travail a été d'avis que pareils contrats devraient être examinés dans le cadre des conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. On a noté en même temps que l'alinéa nouveau *1 e* de l'article 35 énonçait une condition identique pour le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique. On a estimé que le chevauchement présentait l'avantage de permettre à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode de passation des marchés la mieux adaptée aux caractéristiques d'un cas donné. Il a été décidé en conséquence de retenir les contrats à des fins de recherche conduisant à l'acquisition d'un prototype comme motif justifiant le recours à l'une et à l'autre de ces méthodes. Dans ce contexte, on a de nouveau souligné l'importance de l'exigence relative au compte rendu énoncée au paragraphe 5 de l'article 7.

Article 34

Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence

186. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

187. Selon une opinion, l'article 34 ne contenait que très peu de modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence par rapport, en particulier, aux dispositions concernant la procédure de sollicitation de propositions. En réponse à cette opinion, on a fait valoir que la procédure de négociation avec appel à la concurrence était souvent utilisée parce que l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure d'établir à l'avance tous les critères à utiliser.

188. Le Groupe de travail a jugé l'article 34 dans l'ensemble acceptable.

Nouvel article 34 bis

Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

189. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et a jugé cet article dans l'ensemble acceptable.

Article 34 bis

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix

190. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36 et a jugé cet article dans l'ensemble acceptable.

Article 35

Procédure de sollicitation d'une source unique

191. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 35 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

192. Le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait prise lors de l'examen du nouvel article 34 de transposer à l'article 35 une disposition s'inspirant du paragraphe *b* du nouvel article 34.

193. Le Groupe de travail s'est également prononcé en faveur du maintien de l'alinéa nouveau *1 e* de l'article 35, qui permet à l'entité adjudicatrice de recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique pour des contrats à des fins de recherche. Le Groupe de travail a jugé l'article 35 dans l'ensemble acceptable.

194. Ayant terminé l'examen des conditions régissant l'utilisation des différentes méthodes de passation des

marchés, le Groupe de travail a ensuite examiné une question de rédaction, celle de savoir où lesdites conditions devraient figurer. En particulier, on s'est demandé s'il convenait de regrouper dans l'article 7 toutes les conditions, y compris celles régissant la procédure de sollicitation d'une source unique et la procédure de sollicitation de prix, ou de prévoir un groupe d'articles à proximité de l'article 7, ou de regrouper uniquement les conditions régissant l'utilisation respectivement de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, de la procédure de sollicitation de propositions et de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé si les conditions relatives à l'urgence qui concernaient la procédure de sollicitation d'une source unique et la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient figurer à l'article 7. Une autre question concernait le regroupement éventuel des mentions de l'exigence d'approbation dont dépendait le recours aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

195. Tout en reconnaissant l'avantage qu'il y avait à regrouper toutes les conditions dans l'article 7, on a dit qu'on risquait, dans ces conditions, de se trouver en présence d'un article excessivement long et apparemment assez complexe.

196. Une autre suggestion, qui a eu l'appui du Groupe de travail et a été transmise au Groupe de rédaction, visait à traiter dans l'article 7 toutes les conditions communes, les conditions propres à telle ou telle méthode devant être abordées dans les articles consacrés à ces méthodes. De ce fait, les conditions régissant l'utilisation respectivement de la procédure de sollicitation d'une source unique et de la procédure de sollicitation de prix seraient en principe traitées de manière distincte, car elles étaient propres à ces méthodes. On a proposé, parallèlement, d'enlever l'article 7 du chapitre I^{er}, qui comportait un grand nombre de dispositions générales, et d'en faire un chapitre distinct traitant des méthodes de passation des marchés et des conditions régissant leur utilisation. Dans ce cadre, les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique et de la procédure de sollicitation de propositions pourraient être traitées de manière distincte. Le Groupe de travail a noté que, dans l'hypothèse où l'on regrouperait les conditions régissant l'utilisation des différentes méthodes, la Loi type ne comporterait aucun article traitant spécifiquement de la procédure de sollicitation d'une source unique, car les modalités d'application de cette procédure n'étaient énoncées nulle part. Pour remédier à cet état de choses, on a proposé de conserver dans l'article 35 une formulation s'inspirant du nouveau paragraphe 1.

Article 36

Droit de recours

197. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 36 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/ WP.36.

198. Le Groupe de travail a décidé de maintenir la note affectée d'un astérisque qui a trait à l'intitulé du chapitre

IV consacré au droit de recours. On a estimé qu'une exception à la décision de ne pas assortir la Loi type de notes était justifiée par l'importance des renseignements contenus dans la note. La note en question expliquait la différence de nature qui existait entre les dispositions relatives au droit de recours, en ce sens que certains Etats souhaiteraient peut-être se servir de ces dispositions uniquement pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur. Le Groupe de travail est également convenu que le caractère particulier du chapitre IV devait être également examiné plus avant dans le commentaire.

199. Quant au libellé de la note, on est convenu qu'il fallait faire référence à des "raisons d'ordre constitutionnel et autre" plutôt qu'à des "raisons d'ordre constitutionnel" uniquement. Cette modification visait à surmonter les obstacles de caractère autre que constitutionnel à l'incorporation du chapitre IV.

Paragraphe 1

200. On a exprimé la crainte que la règle relative à la qualité pour agir qui avait en vue "tout entrepreneur ou fournisseur qui a un intérêt à obtenir un marché attribué à la suite d'une procédure de passation de marchés" n'élargisse par trop le champ d'application de la disposition. On a également fait valoir que cette règle pourrait être source d'incertitude et d'actions en justice injustifiées et qu'elle allait à l'encontre de la décision prise par le Groupe de travail à l'article 2 de circonscrire l'emploi de l'expression "tout fournisseur ou entrepreneur" de façon à exclure les fournisseurs et entrepreneurs qui ne se trouveraient pas dans une situation assez voisine de celle considérée dans un contexte donné (voir par. 30). Compte tenu de la crainte susévoquée, il a été proposé de reformuler le paragraphe comme suit :

"1. Sous réserve du paragraphe 2, tout entrepreneur ou fournisseur qui affirme avoir subi une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la présente loi, peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à 41."

201. On a fait valoir toutefois que les mots proposés "qui affirme avoir subi une perte ou un préjudice" pourraient néanmoins avoir pour effet d'élargir démesurément le droit des fournisseurs ou entrepreneurs d'introduire un recours, droit qui devait être accordé aux seuls fournisseurs ou entrepreneurs qui auraient réellement subi une perte ou un préjudice. On a souligné que tant qu'il n'était pas statué sur les faits, on pouvait seulement dire d'une action en recours qu'elle "affirme" un préjudice, et, de plus, même si l'intéressé avait effectivement subi et non seulement risqué de subir un préjudice, il se pourrait, au moment où le recours était introduit, que l'on ne dispose pas de renseignements précis quant à l'ampleur de la perte effectivement subie. Le Groupe de travail a également affirmé que le droit de recours, loin d'être limité aux actions rétroactives, devrait également être accordé aux fournisseurs et entrepreneurs qui affirmaient risquer de subir une perte ou un préjudice.

202. On a exprimé l'avis que la référence à l'article 40 n'avait pas sa raison d'être dans la mesure où cet article

traitait des instances judiciaires. On s'est toutefois accordé à dire que si l'article 36 ne visait pas principalement le recours judiciaire, le recours administratif pourrait également avoir quelque rapport avec l'action devant les tribunaux.

Paragraphe 2

203. Bien qu'un avis favorable au maintien de la référence aux "fournisseurs ou entrepreneurs nationaux" ait été exprimé, l'avis général a été que cette référence devait être supprimée de l'alinéa *b* par souci de concordance avec l'article 8 *ter*.

204. On a exprimé l'avis que l'alinéa *c* devait être élargi également aux procédures d'appel d'offres en deux étapes et de sollicitation de propositions.

205. Le Groupe de travail a réaffirmé que la distinction entre l'obligation et la discrétion et, lorsqu'une obligation était imposée, l'objet de cette obligation devrait servir de base pour distinguer entre les dispositions qui ouvraient aux particuliers un droit de recours et les autres. Selon cette approche, les dispositions faisant obligation à l'entité adjudicatrice d'exercer son pouvoir discrétionnaire n'ouvrieraient droit à réparation aux particuliers, sauf pour autant que l'entité adjudicatrice avait totalement manqué d'exercer sa discrétion ou qu'elle l'avait exercée d'une manière arbitraire. Par ailleurs, il était des dispositions qui, ainsi que l'indiquait le paragraphe 2, faisaient intervenir le pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice et revêtaient un caractère d'intérêt général et, par suite, ne devaient pas être considérées comme créant un quelconque droit au profit des particuliers et ne devaient aucunement leur ouvrir droit à réparation. On a toutefois exprimé la crainte que, tel qu'il était actuellement libellé, l'article 36 ne mette pas à l'abri de tout recours tous les cas d'exercice de pouvoir discrétionnaire méritant une exemption. C'est ainsi que l'on a formulé la proposition suivante :

"f) toute autre décision à l'occasion de laquelle l'entité adjudicatrice exerce un pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de la présente loi."

206. Le Groupe de travail a hésité à adopter la proposition. On a fait observer que si l'on insérait une telle clause dans la loi, il ne resterait pratiquement plus de voie de recours dans la mesure où la quasi-totalité des mesures que l'entité adjudicatrice prenait sous l'empire de la Loi type impliquaient l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans une certaine mesure. On a déclaré qu'une telle suggestion aurait pour effet d'entamer sérieusement l'efficacité des procédures de recours en tant que moyen d'exécution des dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail est convenu que toute disposition de ce type devrait être rédigée soigneusement de manière à dissiper ces craintes.

Article 37

Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

207. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 37 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.36.

Paragraphe 1

208. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

209. On est convenu d'évoquer dans le commentaire la nécessité pour les Etats adoptant la Loi type d'élaborer des règlements touchant les formalités de procédure détaillées que tout fournisseur ou entrepreneur devrait accomplir en vue d'engager la procédure de recours. Par exemple, ces règlements pourraient préciser si une déclaration succincte faite par télégramme pourrait être considérée comme suffisante, sous réserve de la production des moyens de preuve à une date ultérieure.

Paragraphe 2

210. On a exprimé des craintes touchant les délais et dates limites prévus à l'article 37 et dans les articles subséquents. D'un côté, on a exprimé le désir de voir le mot "jours" utilisé de manière cohérente. On a souligné que le terme "jours" employé au paragraphe 2 pourrait ne pas cadrer avec la définition des délais donnée ailleurs, par exemple au paragraphe 4 qui faisait appel à la notion de "jours ouvrables" et qu'il fallait utiliser la même formulation partout dans le texte de la Loi type. On a exprimé l'avis que l'on pourrait retenir la notion de "jours ouvrables" à condition de préciser qu'il s'agissait de "jours ouvrables" dans le pays de l'entité adjudicatrice. On a toutefois souligné que, étant donné que le sens donné à cette expression variait d'un Etat à l'autre, il fallait éviter de parler de "jours ouvrables" et que les délais pourraient être exprimés avec plus de certitude en employant partout dans la Loi type l'expression "jours civils". On a par ailleurs fait observer que, dans la mesure où la plupart des Etats avaient adopté des lois interprétatives définissant le "jour" ou le "jour ouvrable", on pourrait ne pas traiter de la question à un niveau de détail aussi poussé dans la Loi type.

211. On a par ailleurs craint que les délais et dates limites prévus à l'article 37 et dans les dispositions suivantes ne soient trop courts, au point d'empêcher d'exercer véritablement le droit de recours. Le Groupe de travail n'a pas été favorable à l'idée de laisser la question en suspens dans la Loi type. On a jugé souhaitable de préciser les délais préférés dans la Loi type. On a suggéré d'indiquer dans le commentaire que les dates fixées dans la Loi type avaient valeur de normes et d'y examiner des solutions aux problèmes touchant par exemple l'effet des jours fériés.

212. En conséquence, le Groupe de travail est convenu que le délai de dix jours imparti à l'entité adjudicatrice pour connaître d'une réclamation était trop court, surtout quand on considère le caractère international de la procédure et qu'il fallait le porter à vingt jours.

213. On est également convenu qu'il fallait laisser au responsable de l'entité adjudicatrice toute discrétion pour connaître d'une réclamation qui aurait été présentée après l'expiration de la période de vingt jours. On a suggéré que l'on pourrait y pourvoir en remplaçant les mots "ne connaît" par les mots "n'est tenu de connaître".

Paragraphe 3

214. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

215. Si ce n'est que le délai devrait être porté de vingt à trente jours, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable.

Paragraphe 5

216. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité de cette disposition, puisque la plupart des systèmes juridiques prévoyaient des recours judiciaires, mais le Groupe de travail a cependant noté que, dans de nombreux pays, une clause telle que le paragraphe 5, sur les conséquences administratives et judiciaires dans les cas où l'autorité administrative ne rendrait pas sa décision dans les délais prévus, serait jugée essentielle.

217. On a également noté que, compte tenu de la décision de limiter les possibilités de recours aux fournisseurs et entrepreneurs, prise à une session antérieure à propos de l'article 36, il convenait de remplacer "le requérant" par "le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation". Par ailleurs, le paragraphe 5 a été jugé généralement acceptable.

Paragraphe 6

218. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 généralement acceptable.

*Article 38**Recours administratif*

219. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 38 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.36.

Paragraphe 1

220. S'agissant de l'alinéa *a*, on a dit qu'il faudrait se référer au moment où le fournisseur ou l'entrepreneur "a pris connaissance de son droit d'introduire un recours et non au moment où il a pris connaissance des circonstances qui motivent la réclamation". Cette proposition visait à prendre en considération les cas où le fournisseur ou l'entrepreneur ne pouvait plus présenter un recours aux termes de l'article 37 parce que le contrat d'achat était entré en vigueur. Il a été généralement convenu que l'alinéa *a* ou une autre disposition de la loi type devait s'appliquer à ce cas puisque le principe sous-jacent était que le requérant devait pouvoir introduire un recours en vertu de l'article 38 si l'article 37 ne s'appliquait plus.

221. S'agissant de l'alinéa *c*, compte tenu de la décision prise au sujet du délai à l'article 37, il a été convenu de porter de dix à vingt jours le délai prévu dans cet alinéa. Il a été dit qu'il faudrait mentionner dans cet alinéa les cas où le fournisseur ou l'entrepreneur a été effectivement lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice mais il a été généralement convenu que, pour les raisons exposées à propos de l'article 36 (voir par. 201), il fallait garder la formule "s'estime lésé". On a noté que des changements analogues devraient être apportés aux alinéas *a* et *b*.

222. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 généralement acceptable.

Paragraphe 1 bis

223. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 *bis* généralement acceptable.

Paragraphe 2

224. On a noté que si le paragraphe 1 établissait, pour l'introduction d'un recours administratif, certains délais qui étaient liés au moment où le requérant avait pris connaissance des circonstances qui motivent la réclamation, la Loi type ne prévoyait pas, en termes absolus, de délais dans lesquels l'organe administratif devait faire droit à la réclamation ou débouter le requérant. Il a été dit que, dans la mesure où l'article 38 ne déplaçait pas la compétence des tribunaux, la législation nationale devait s'appliquer, d'autant plus que, dans certains pays, cette procédure administrative pourrait prendre la forme d'une procédure quasi judiciaire, avec auditions ou autres pratiques nécessitant beaucoup de temps. Toutefois, selon l'avis le plus répandu, il fallait imposer à l'organe administratif un délai global de trente jours et on a noté qu'il serait possible de surmonter les difficultés que pourrait soulever cette restriction dans certains pays, notamment à cause du caractère facultatif de cet article.

225. On a noté qu'à l'alinéa *c* le terme "personne" s'estimant lésée serait remplacé par "le fournisseur ou l'entrepreneur".

Paragraphe 3

226. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 généralement acceptable.

Paragraphe 4

227. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable. Il a été dit cependant qu'il n'y avait pas lieu de mentionner une action intentée en vertu de l'article 40 puisque les dispositions relatives au recours ne visaient pas les procédures judiciaires.

*Article 39**Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]*

228. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 39 renfermée dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.36.

Paragraphe 1

229. L'on a exprimé l'opinion que ce paragraphe imposait une contrainte excessive à l'entité adjudicatrice et qu'il faudrait supprimer l'obligation d'aviser tous les fournisseurs et entrepreneurs de la présentation de la réclamation et de son contenu. Cette opinion n'a pas été retenue et le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 2

230. Le Groupe de travail a décidé de rajouter une disposition stipulant que l'entrepreneur ou le fournisseur qui refuserait de participer à la procédure de recours ne pourrait formuler par la suite de réclamation du même type.

231. L'on a exprimé l'opinion que le critère indiqué au paragraphe 2 pour décider des fournisseurs ou entrepreneurs qui seraient autorisés à participer à la procédure de recours — à savoir tout fournisseur ou entrepreneur dont les intérêts étaient ou "pourraient être lésés" — était trop vague et que l'on ne devrait retenir que les cas dans lesquels les intérêts du fournisseur ou de l'entrepreneur auraient été effectivement lésés. Il a été avancé qu'une telle restriction permettrait de faire en sorte que la procédure de recours ne prenne pas des proportions démesurées et ne perturbe pas indûment la procédure de passation de marchés. Cependant, l'opinion qui a prévalu était que le libellé de la version révisée était adéquat, d'autant que l'organe de recours avait toute discrétion pour décider si un entrepreneur ou un fournisseur répondait aux critères. L'on a également estimé qu'il ne fallait pas limiter de façon indue la possibilité d'élargir la participation à la procédure de recours, dans la mesure où il était dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de prendre connaissance le plus rapidement possible des réclamations et de toute information.

232. L'on a exprimé l'opinion que le paragraphe 2 n'indiquait pas clairement si les autorités gouvernementales, en particulier l'autorité de tutelle, étaient habilitées à participer à la procédure de recours. L'on s'est accordé à penser que le "droit de participer" devrait être expressément étendu à ces autorités.

Paragraphe 3

233. L'on s'est accordé à penser qu'il convenait de remplacer le délai de cinq jours par un délai de sept jours et de stipuler expressément que ce délai devait courir à compter de la date de la publication de la décision par le responsable de l'entité adjudicatrice.

234. L'on a exprimé l'opinion que l'obligation faite aux responsables de l'organe de recours d'adresser une copie de la décision au fournisseur, ou à l'entrepreneur, ou à l'autorité administrative ayant participé à la procédure de recours imposait une contrainte excessive. L'opinion qui a prévalu, cependant, était que cette obligation devait être maintenue.

Article 40

Recours judiciaire

235. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

236. On s'est interrogé sur l'utilité de l'article 40, car l'on pouvait présumer que la compétence d'un tribunal serait déterminée en vertu des lois pertinentes.

237. On a fait observer qu'il fallait préciser dans le commentaire que le but de cet article n'était pas de limiter

les voies de recours judiciaire offertes par d'autres lois applicables ni d'empiéter sur ces dernières. L'un de ses objectifs important était plutôt de faire une recommandation et de fournir des orientations aux pays où les seuls mécanismes de recours judiciaire appropriés étaient ceux qu'offrirait la Loi type. On a cependant noté que l'on parlait de l'hypothèse qu'en vertu de la Loi type toutes les voies de recours administratives devaient être épuisées avant que l'on puisse intenter un recours judiciaire.

238. On s'est généralement accordé à dire que le texte actuel devait être amélioré de manière à ce qu'il soit clair que l'on pouvait interjeter appel non seulement d'une décision prise par une instance de recours, mais aussi du non-respect par une telle instance des délais qui lui étaient impartis pour parvenir à une décision.

239. On s'est soucié de savoir si l'article 40 autoriserait une entité adjudicatrice à intenter un recours judiciaire contre la décision d'un organe administratif. On a fait observer que la mention de l'article 36, qui donnait au fournisseur et à l'entrepreneur le droit d'intenter un recours, pouvait indûment laisser penser que seuls les fournisseurs et les entrepreneurs avaient un droit de recours judiciaire. Il a été convenu que le libellé de l'article 40 devait être amélioré afin qu'on ne puisse considérer qu'il interdisait aux entités adjudicatrices d'intenter un recours judiciaire contre des décisions adoptées à des niveaux inférieurs de la procédure de recours. Le libellé ci-après a été adopté :

"Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour les actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues (ou non prises dans les délais prescrits) par les instances de recours en vertu des article 37 et 38."

Article 41

Suspension de la procédure de passation du marché

240. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 41 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.36.

241. Il a été proposé que l'article 41 soit placé avant l'article 40, qui traite du recours judiciaire. On a fait observer que cela éclaircirait le fait que l'article 41 touche aux procédures visées à l'article 37 et à l'article 38, et non aux procédures judiciaires. On a noté que sa place actuelle était inappropriée, puisqu'il n'avait rien à voir avec le recours judiciaire. Cette proposition a été acceptée.

Paragraphe 1

242. On a estimé qu'il ne devrait pas y avoir de suspension automatique et que l'entité adjudicatrice devrait pouvoir, à sa discrétion, suspendre ou non la procédure de passation du marché en cas de réclamation. Le Groupe de travail a cependant réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa quatorzième session, à savoir que l'article 41 devait prévoir la suspension obligatoire, sous réserve que la réclamation réponde à certains critères énoncés dans la Loi type.

243. On a proposé de modifier cette disposition de manière à stipuler que la suspension ne pouvait être octroyée que si l'entité adjudicatrice "s'était assurée" que les conditions de suspension étaient remplies. Il a été objecté à cette proposition qu'une telle formulation serait contraire à la décision tendant à ce qu'une demande de suspension ne comporte ni procédure contradictoire ni examen des preuves, mais soit plutôt une procédure *ex parte* fondée sur l'affirmation par l'auteur de la réclamation d'une certaine situation. On a aussi suggéré que la possibilité de déroger à la suspension prévue au paragraphe 4 rendait inutile toute autre limitation. Dans le même temps, il a été reconnu que, même dans le contexte d'allégations *ex parte*, l'entité adjudicatrice devait avoir la faculté de prendre connaissance de la réclamation et de rejeter toute réclamation inconsistante. Le Groupe de travail est convenu de reformuler le paragraphe 1 de manière à ce qu'il soit permis à l'entité adjudicatrice de s'assurer que la réclamation n'est pas futile avant qu'une suspension ne soit exécutée.

244. Plusieurs versions du libellé qu'il conviendrait d'adopter en vue de refléter les considérations ci-dessus ont été proposées à l'examen du groupe de rédaction. Dans l'une d'elles, les allégations devaient être telles que, "si elles étaient prouvées, elles démontreraient que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage irréparable de suspension". Cette proposition n'a recueilli qu'un petit nombre de suffrages. Le Groupe de travail s'est montré plus favorable à une autre proposition, aux termes de laquelle les allégations de l'entrepreneur et du fournisseur devaient être de nature à "convaincre l'instance de recours que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage irréparable faute de suspension et que la réclamation n'était pas inconsistante". Le Groupe de travail a renvoyé ces propositions au groupe de rédaction.

245. Le Groupe de travail a examiné la question de la durée de la suspension. On a estimé que la période de cinq jours prévue au paragraphe 1 était trop courte. Il a été suggéré qu'une durée de trente jours serait plus appropriée, car elle donnerait à l'instance de recours suffisamment de temps pour prendre une décision sur la réclamation dont elle était saisie. On a aussi suggéré que cela serait conforme aux délais dont le Groupe de travail était convenu à propos des articles 37 et 38, surtout si l'on considérait qu'il semblerait illogique d'accorder trente jours pour prendre une décision, mais de fixer à seulement cinq jours la durée minimale d'une suspension. Contre cette proposition, il a été souligné que l'entité adjudicatrice pouvait, aux termes du paragraphe 3, prolonger la suspension afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action. On a déclaré en outre qu'une période de suspension initiale très courte limiterait toute perturbation de la procédure de passation du marché qu'entraînerait une suspension injustifiée, tout en atteignant l'objectif principal, à savoir maintenir le *statu quo* pendant que l'instance de recours prenait connaissance de la réclamation et déterminait s'il convenait de prolonger la suspension. On a considéré que cette méthode maintenait un équilibre approprié entre les intérêts de l'entité adjudicatrice et ceux des fournisseurs et entrepreneurs.

246. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de maintenir à sept jours la période initiale de suspension prévue au paragraphe 1. Il a été noté que l'exécution de la suspension pourrait avoir une incidence sur les dates limites de la procédure de passation du marché, par exemple la date limite de soumission des offres, et pouvait soulever la question de la validité des garanties de soumission. S'agissant des garanties de soumission, on a noté qu'un fournisseur ou un entrepreneur ne pouvait être requis de prolonger sa garantie de soumission par suite de la suspension de la passation du marché et qu'au contraire il devait être autorisé à se retirer de la procédure sans pénalité.

247. Plusieurs propositions de rédaction ont été faites en ce qui concerne le paragraphe 1. L'une d'entre elles a été de remplacer les mots "article 37 ou 38" par les mots "article 37 et/ou 38". Une autre proposition tendait à remplacer les mots "suspend la procédure de passation du marché" par les mots "suspend la procédure et les délais de passation du marché" afin de préciser le sens de l'expression "suspension de la procédure de passation du marché". Il a été convenu de renvoyer ces propositions au groupe de rédaction. Le Groupe de travail a affirmé qu'il fallait préférer le mot "déclaration" au mot "affidavit", d'usage peu courant.

Paragraphe 2

248. On a proposé de supprimer le membre de phrase "après que l'avis d'acceptation a été donné", en faisant valoir que le paragraphe 2 devrait s'appliquer à la fois au cas où l'avis d'acceptation entraîne automatiquement l'entrée en vigueur du marché et à celui où le marché ne prend effet qu'après signature effective d'un contrat. On a fait observer qu'il doit en être ainsi pour qu'il y ait conformité avec le paragraphe 5 de l'article 32. La proposition a été acceptée.

249. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 2 devrait limiter de façon générale la durée de la suspension. On a proposé de fixer un délai uniforme de trente jours, en faisant valoir qu'en l'absence de limite la suspension pourrait durer jusqu'à devenir inconmode, en particulier en cas de recours devant des instances administratives. Mais on a fait valoir à l'opposé que si un délai était imposé, l'entrepreneur ou le fournisseur auteur de la réclamation resterait sans recours au cas où une instance administrative n'aurait pas statué dans le délai de trente jours. On a toutefois fait observer que ce fournisseur ou entrepreneur aurait vraisemblablement d'autres recours judiciaires. La proposition tendant à limiter de façon générale à trente jours le délai de réclamation a été acceptée, sous réserve d'un éventuel complément d'examen.

Paragraphe 3

250. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

251. Il a été proposé de stipuler au paragraphe 4 que lorsque l'entité adjudicatrice détermine qu'une réclamation de la nature de celle visée au paragraphe 1 ne doit pas

automatiquement entraîner la suspension, toutes informations à ce sujet devront être versées au dossier. La proposition a été acceptée.

II. Rapport du Groupe de rédaction

252. Le Groupe de travail a procédé à un examen d'ensemble des divers projets d'articles de la Loi type tels que révisés par le groupe de rédaction et il a adopté ces textes. On trouvera en annexe l'ensemble du projet de Loi type.

III. Travaux futurs

253. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de communiquer le texte du projet de Loi type aux gouvernements et aux organisations intéressées afin que ceux-ci fassent connaître leurs vues sur ce texte. Ces observations seraient regroupées dans un document qui accompagnerait le projet définitif lorsque celui-ci, a-t-on noté, serait soumis à la Commission à la vingt-sixième session, afin qu'elle le revoie une dernière fois et l'adopte.

254. Le Groupe de travail a réaffirmé sa décision antérieure concernant la nécessité d'établir un commentaire pour guider le législateur national à l'occasion de l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. S'agissant des délais et de la méthode d'élaboration de ce texte, le Groupe de travail a de nouveau prévu, comme il l'avait décidé à sa précédente session, que lorsqu'un projet de commentaire aurait été préparé par le Secrétariat, il le soumettrait à l'examen d'une petite équipe de travail *ad hoc* travaillant à titre officieux. Il a souligné qu'il serait souhaitable que les représentants et les observateurs ayant participé à l'élaboration du projet de Loi type participent également aux travaux de cette équipe *ad hoc*. Cette équipe se réunirait à Vienne, peut-être en octobre 1992.

255. Le Groupe de travail a relevé avec intérêt que le Secrétariat rédigerait une note analysant s'il serait souhaitable et faisable d'élaborer des dispositions uniformes pour réglementer les marchés portant sur les services, note qui serait présentée à la Commission réunie pour sa vingt-sixième session en même temps que d'autres études relatives au plan des travaux ultérieurs. Le Groupe de travail a jugé que le Secrétariat pourrait envisager dans cette note différentes possibilités quant à l'éventail de services auxquels s'appliqueraient de telles dispositions.

ANNEXE

PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS ADOPTÉ PAR LE GROUPE DE TRAVAIL*

PRÉAMBULE

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens et de travaux afin de promouvoir les objectifs suivants :

*Le texte du projet de Loi type est suivi d'un index comparatif indiquant la nouvelle numérotation assignée aux dispositions du projet de Loi type après son adoption par le Groupe de travail.

a) Faciliter au maximum l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés;

b) Promouvoir et encourager la participation à la procédure de passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs, notamment, le cas échéant, la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre les fournisseurs et les entrepreneurs pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux requis;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices, sauf disposition contraire du paragraphe 2 du présent article.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, la présente Loi ne s'applique pas :

a) A la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale;

b) ... (l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure);

c) A la passation de marchés d'une catégorie exclue dans la réglementation des marchés.

3. La présente Loi s'applique à toutes les catégories de marchés visées au paragraphe 2 du présent article lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice en informe expressément les fournisseurs et entrepreneurs lors de leur première demande de participation à la procédure de passation d'un marché.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi :

a) Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i)

Option I pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent Etat, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II pour l'alinéa i

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'Etat adoptant la Loi type), ou

toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

- ii) (Chaque Etat adoptant la Loi type insère dans le présent alinéa et, si nécessaire, dans d'autres alinéas, le nom des autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition des termes "entité adjudicatrice");

c) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute nature, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité;

d) Le mot "travaux" désigne toutes les activités liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, telles que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires connexes auxdites activités si elles sont fournies dans le cadre du marché;

e) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie à un marché passé avec l'entité adjudicatrice;

f) Le mot "marché" désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marchés;

g) Les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour garantir l'exécution de l'obligation qu'a un fournisseur ou un entrepreneur présentant une offre de conclure un marché si celui-ci lui est adjudgé, notamment des mécanismes tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lignes de crédit, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change;

h) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

Article 3. *Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent Etat née ou découlant de

- a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats;
- b) Tout accord avec une institution internationale intergouvernementale de financement conclu par le présent Etat;
- c) Tout accord entre le gouvernement fédéral [nom de l'Etat fédéral] et toutes subdivision ou subdivisions [nom de l'Etat fédéral], ou entre deux ou plusieurs desdites subdivisions,) les conditions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. *Réglementation des marchés*

Le ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilitée à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet d'atteindre les objectifs de la présente Loi et de donner suite à ses dispositions.

Article 5. *Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés*

Le texte de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'appli-

cation générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que de toutes les modifications auxdits textes, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement géré en vue de sa consultation.

Article 6. *Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs*

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.

2. Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs et entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits fournisseurs et entrepreneurs :

a) Possèdent les compétences techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences en matière de gestion, la fiabilité, l'expérience et la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

b) Sont légalement habilités à conclure le marché;

c) Ne sont pas en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

d) Se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent Etat;

e) N'ont pas été, non plus que leurs représentants légaux ou leurs préposés, condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché, durant une période de ... ans (l'Etat adoptant la Loi type spécifie cette période) précédant le lancement de la procédure de passation du marché, ou n'ont pas été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

3. Toute condition requise en application du paragraphe 2 du présent article est énoncée dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les fournisseurs et entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, autres que ceux prévus au paragraphe 2 du présent article.

4. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

5. Sous réserve des dispositions des articles 9 a et 29-4 d, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure en ce qui concerne les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs qui entraîne une discrimination à l'encontre ou parmi des fournisseurs et entrepreneurs ou à l'encontre de catégories de fournisseurs et d'entrepreneurs sur la base de la nationalité.

6. L'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou un entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses ou inexactes.

7. Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection, un fournisseur ou un entrepreneur affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas fourni la preuve qu'il est qualifié conformément au paragraphe 2 du présent article, s'il s'engage à fournir cette preuve au plus tard à la date d'expiration du délai de soumission des offres et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit en mesure de le faire.

Article 7. *Procédure de présélection*

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément aux chapitres III ou IV, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix.

3. La documentation de présélection contient, au minimum, les renseignements devant être spécifiés dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 19-1, à l'exception de ses alinéas f, g et i, ainsi que les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à la suite d'une procédure de passation du marché;

c) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être présentées par les fournisseurs et entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;

d) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs et entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

e) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice, dans laquelle la source de la demande ne sera pas identifiée, est donnée dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection et communiquée à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Cette décision doit reposer uniquement sur les critères énoncés dans les documents de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et fait connaître à toute personne qui en fait la demande les noms de tous les fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs et entre-

preneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. L'entité adjudicatrice disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié, et peut disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur si elle découvre, à n'importe quel moment, que les renseignements communiqués lors de la présélection ou de la confirmation étaient faux ou inexacts. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications s'il a ou non réussi à le faire.

Article 8. *Participation des fournisseurs et entrepreneurs*

1. Les fournisseurs et entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, de limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité.

2. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, elle indique dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant cette restriction.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, l'entité adjudicatrice les informe qu'ils peuvent participer à cette procédure sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite; cependant, si elle décide de limiter la participation conformément au paragraphe 1 du présent article, elle les informe de cette décision.

Article 9. *Forme des communications*

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou un entrepreneur ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné.

2. Les communications entre les fournisseurs et entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 6, 11-3, 26-2 a, 27-1 d, 29-1, 30-3 et 32-1 peuvent être faites par un moyen n'assurant pas que leur contenu est dûment consigné sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre ou entre des fournisseurs ou entrepreneurs à raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les fournisseurs et entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient authentifiées, elle ne peut imposer aucune condition quant à l'authentification des pièces autre que celles prévues dans la législation du présent Etat relative à l'authentification de pièces de la nature en question.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice établit un procès-verbal de la procédure de passation des marchés où figurent les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

d) Le prix et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix et du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 30, une déclaration l'indiquant et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 30-1;

g) Si une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée l'indiquant;

h) Les éléments d'information requis par l'article 12, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure d'appel d'offres où l'entité adjudicatrice n'envoie d'invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection qu'à certains fournisseurs ou entrepreneurs conformément à l'article 18-3, la déclaration requise en application de cette disposition;

j) Dans une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres, l'exposé requis en application de l'article 13-2 des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour justifier le choix de la méthode de passation de marchés utilisée;

k) Dans une procédure de passation de marchés où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour imposer la restriction.

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas a, b et i du paragraphe 1 du présent article est mise à la disposition de quiconque le demande pour examen après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marchés a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. La partie du procès-verbal visée aux alinéas c à g du paragraphe 1 du présent article est communiquée, pour examen, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été

accepté ou après que la procédure de passation de marchés a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché, à moins qu'un tribunal compétent n'ordonne que la divulgation soit faite plus tôt. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) Ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la Loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas passible de dommages-intérêts envers les fournisseurs et entrepreneurs pour la seule raison qu'elle n'a pas établi de procès-verbal de la procédure de passation de marchés conformément au présent article.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou l'entrepreneur qui lui a soumis des offres, propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice un avantage financier — pécuniaire ou autre —, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation du marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et les motifs de ce rejet sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 13. Méthodes de passation des marchés

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. L'entité adjudicatrice qui utilise une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres en application des articles 14, 15 ou 16 inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode particulière de passation des marchés.

Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

1. (Sous réserve de l'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marchés en recourant à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 33, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 34 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 35, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux et, pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins,

- i) Elle sollicite des propositions concernant les différentes possibilités de répondre à ses besoins; ou
- ii) En raison de la nature technique des biens ou des travaux, elle doit négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et qu'elle conclut que la méthode choisie est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

d) Lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais qu'aucune offre n'a été soumise ou que toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 12, 29-3 ou 30, et lorsqu'il est improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché.

2. L'entité adjudicatrice peut aussi engager une procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence :

a) Lorsque les biens ou les travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et que, de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et qu'il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes.

Article 15. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché par la sollicitation de prix conformément à l'article 36 pour se procurer des biens immédiatement disponibles qui ne sont pas produits spécialement sur la base des spécifications particulières de l'entité adjudicatrice et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.

2. L'entité adjudicatrice ne divise pas ses passations de marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1 du présent article.

Article 16. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique conformément à l'article 37 dans les cas suivants :

a) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou d'un entrepreneur donné, ou un fournisseur ou un entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

b) Les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

c) En raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes;

d) L'entité adjudicatrice, ayant passé avec un fournisseur ou un entrepreneur un marché portant sur des biens, des matériels ou des technologies, conclut que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès dudit fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation, ou parce qu'il doit y avoir compatibilité avec les biens, matériels ou technologies déjà utilisés, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de la taille limitée du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de remplacer les biens en question par d'autres biens;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou l'entrepreneur un contrat à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et elle conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

g) La passation d'un marché avec un fournisseur ou un entrepreneur donné est nécessaire pour atteindre les objectifs d'une politique visée à l'article 29-4 c iii et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations, sous réserve qu'il soit impossible de promouvoir ces objectifs en adjugeant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III

Section I. *Sollicitation d'offres et de demandes de présélection*

Article 17. *Appel d'offres national*

Dans une procédure de passation de marchés

a) lorsque la participation est limitée aux fournisseurs et entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) lorsque, en raison du faible montant ou de la valeur peu élevée des biens ou des travaux nécessaires, l'entité adjudicatrice décide que seuls les fournisseurs et entrepreneurs nationaux s'intéresseront vraisemblablement à soumettre des offres,

l'entité adjudicatrice ne sera pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 11-2, 19-1 h, 19-1 i, 19-2 c, 19-2 d, 21 j, 21 k, 21 r, 22-4 et 27-1 c de la présente Loi.

Article 18. *Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de

présélection, selon le cas, dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection doit également être publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, (et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat peut désigner l'organe chargé de donner son approbation)), solliciter des offres ou, selon le cas, des demandes de présélection en n'envoyant des invitations à soumettre une offre ou, selon le cas, des invitations à présenter une demande de présélection qu'à des fournisseurs et des entrepreneurs sélectionnés par elle. Elle doit sélectionner un nombre suffisant de fournisseurs et d'entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres. Les motifs et les circonstances du recours à cette procédure sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

Article 19. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir au moins les renseignements suivants :

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) La nature et la quantité des biens à fournir ou la nature et l'emplacement des travaux à effectuer;
- c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;
- d) Les critères et procédures utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, conformément à l'article 8-1 a;
- e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, aux termes de laquelle les fournisseurs et entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation du marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article 8-1, selon le cas;
- f) Les moyens d'obtenir le dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- h) La monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;
- i) La ou les langues dans lesquelles le dossier est disponible;
- j) Le lieu et la date limite de soumission des offres.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas f, i et j du paragraphe 1 du présent article, mais doit contenir les autres renseignements demandés au paragraphe 1, ainsi que les renseignements suivants :

- a) Les moyens d'obtenir la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;
- b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs et entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui, le cas échéant, acquitte le prix de ce dossier. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de soumission ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs.

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants :

- a) Les instructions pour la préparation des offres;
- b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 29-6;
- c) Les stipulations concernant les pièces ou autres renseignements qui doivent être soumis par les fournisseurs et les entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;
- d) La nature ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 22, des biens ou des travaux requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent s'effectuer les travaux; tous services accessoires à exécuter; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;
- e) Les éléments dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris les marges de préférence et les éléments, autres que le prix, à utiliser conformément à l'article 29-4 b, c et d et leur coefficient de pondération;
- f) Les conditions du marché, dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaît déjà, et, le cas échéant, le modèle du contrat à signer par les parties;
- g) Si des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens, les travaux, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une déclaration à cet effet;
- h) Si les fournisseurs et entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens ou des travaux requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;
- i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens ou des travaux, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes;
- j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;
- k) La ou les langues, conformément à l'article 24, dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les fournisseurs et entrepreneurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant les garanties de bonne exécution du marché quelles qu'elles soient qui doivent être fournies par le fournisseur ou l'entrepreneur concluant le marché, y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux;

m) Le mode, le lieu et le délai de soumission des offres, conformément à l'article 25;

n) Les moyens par lesquels, en application de l'article 23, les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation et une déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article 26;

p) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 28;

q) Les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres;

r) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 29-5 et soit le taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;

s) Les références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à d'autres lois et règlements directement applicables à la procédure de passation des marchés, étant entendu toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 38 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

t) Le nom, le titre et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs et les entrepreneurs et à recevoir directement des communications adressées par eux au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

u) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie;

v) Notification du droit, en application de l'article 38 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation du marché;

w) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 30, une déclaration à cet effet;

x) Toute formalité qui sera requise, dès qu'une offre aura été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, l'exécution d'un marché écrit en application de l'article 32, ainsi que l'approbation par une autorité supérieure ou le gouvernement et le délai qui sera jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à d'autres aspects de la procédure de passation des marchés.

Article 22. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

1. L'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise dans la documentation de présélection ou dans le dossier de sollicitation, des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles ou des termes qui créent des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou des travaux requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou son équivalent".

3. a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu à la suite de la procédure de passation de marchés et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation.

4. La documentation de présélection et le dossier de sollicitation sont établis dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international).

Article 23. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond, dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres, à toute demande d'éclaircissements du dossier de sollicitation qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou d'un fournisseur. L'entité adjudicatrice répond dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter leur offre en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements en question à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une demande d'éclaircissements formulée par un fournisseur ou un entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. Cet additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a fourni le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. Si l'entité adjudicatrice convoque une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs, elle établit un procès-verbal de la réunion où

elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation et ses réponses à ces demandes, sans identifier l'origine de celles-ci. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour établir leurs offres.

Section II. Soumission des offres

Article 24. *Langue des offres*

Les offres peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

Article 25. *Soumission des offres*

1. L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2. Si, conformément à l'article 23, elle publie un éclaircissement ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs et d'entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de soumission des offres, reporte si nécessaire cette date limite afin que les fournisseurs et entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de l'éclaircissement ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3. L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date limite si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre avant la date limite.

4. La notification de tout report de la date limite est donnée promptement à chaque fournisseur et entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation.

5. Une offre est soumise par écrit, dans une enveloppe scellée. L'entité adjudicatrice délivre sur demande au fournisseur ou à l'entrepreneur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles son offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise.

Article 26. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette période a pour point de départ la date limite de soumission des offres.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de prolonger cette période jusqu'à une date qu'elle spécifie. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut refuser cette demande sans renoncer à sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée;

b) Les fournisseurs et entrepreneurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leur garantie de soumission ou, si cela est impossible, fournissent une nouvelle garantie de

soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Le fournisseur ou l'entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.

3. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait produit ses effets si l'entité adjudicatrice le reçoit avant la date limite de soumission des offres.

Article 27. *Garanties de soumission*

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs et aux entrepreneurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut stipuler que l'institution ou l'entité qui émet la garantie de soumission et l'institution ou l'entité qui, le cas échéant, confirme la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréées par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par une institution ou entité du présent Etat si la garantie de soumission et l'institution ou entité satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation (, à moins que l'acceptation par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent Etat);

d) Avant de soumettre une offre, un fournisseur ou un entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, l'institution confirmatrice proposée, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande;

e) La confirmation que l'émetteur proposé ou l'institution confirmatrice proposée remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou l'institution confirmatrice, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice stipule dans le dossier de sollicitation toute condition concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission requise; toute condition se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur soumettant l'offre ne pourra concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres;

ii) Le fait que le fournisseur ou l'entrepreneur n'a pas signé le marché alors que l'entité adjudicatrice lui a demandé de le faire;

iii) Le fait que le fournisseur ou l'entrepreneur n'a pas fourni la garantie requise pour l'exécution du marché après que l'offre a été acceptée et n'a pas rempli toute autre condition préalable à la signature du marché qui est spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et elle retourne ou fait retourner sans délai le document de garantie lorsque se produit l'un des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise;

c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'aucun marché ne soit entré en vigueur;

d) Retrait de l'offre pour laquelle la garantie a été soumise avant la date limite de soumission des offres.

Section III. Evaluation et comparaison des offres

Article 28. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale, à l'endroit et selon les modalités prévus dans ledit dossier.

2. Tous les fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont indiqués aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis une offre mais qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 11.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs et entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre. L'entité adjudicatrice avise de la correction le fournisseur ou l'entrepreneur qui a soumis l'offre.

2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts autorisés sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

3. L'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre :

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article 12.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa c du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé.

b) L'offre à retenir est :

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, facteurs qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse, selon l'évaluation visée au sous-alinéa b ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d du présent paragraphe;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens ou d'achèvement des travaux, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens ou des travaux;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent Etat], les arrangements d'échanges compensés, proposés par les fournisseurs et les entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens proposés par les fournisseurs et les entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production sont réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences de gestion, scientifiques et opérationnelles [... (l'Etat adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des éléments supplémentaires)];

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si la réglementation des marchés le permet, [et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation).] l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumissionnés par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés.

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 8 bis, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au

paragraphe 4 *b* du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 30-1, de rejeter toutes les offres restantes.

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.

Article 30. *Rejet de toutes les offres*

1. [Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation), et] si le dossier de sollicitation le prévoit, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres est promptement communiqué à tous les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis une offre.

Article 31. *Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles 29-7 et 30, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 29-4 *b* est acceptée. L'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. *a)* Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un contrat écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou l'entrepreneur signent le contrat dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un contrat écrit doit être signé en application de l'alinéa *a* du présent paragraphe, le marché entre en vigueur

lorsque le contrat écrit est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. Lorsque le contrat doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 26-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 27-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 *b* et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9 *bis*.

5. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 29-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 30-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et, si cela est exigé, après présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs et entrepreneurs.

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 33. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs et les entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.

3. L'entité adjudicatrice peut engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 12, 29-3 ou 30, des négociations au sujet de tout aspect de son offre.

4. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs et entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées de prix correspondant aux spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs et entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 29-4 b.

Article 34. *Sollicitation de propositions*

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou aux entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

3. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou l'entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;

c) Le prix proposé par le fournisseur ou l'entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou travaux proposés.

4. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer;

c) Les critères d'évaluation de la proposition exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, la pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

5. Toute modification ou clarification de la sollicitation, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe 3 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

6. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs et entrepreneurs en concurrence.

7. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou les entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur est confidentielle;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à quiconque des éléments techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie;

c) La possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les fournisseurs et entrepreneurs qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées.

8. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les critères visés au paragraphe 3 du présent article qui sont énoncés dans la sollicitation de propositions sont pris en considération;

b) La mesure dans laquelle une proposition permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée;

d) L'entité adjudicatrice peut refuser d'évaluer des propositions présentées par des fournisseurs ou des entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompetents.

10. L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou à l'entrepreneur dont la proposition répond le mieux à ses besoins, déterminés conformément aux critères d'évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions, ainsi qu'au coefficient de pondération et à la manière d'appliquer ces critères qu'indique la sollicitation de propositions.

Article 35. *Appel à la concurrence*

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs et d'entrepreneurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, clarifications ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des

dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à quiconque des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

4. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure qu'ils soumettent, à une date donnée, leur meilleure offre définitive, compte tenu de tous les éléments de leurs propositions.

Article 36. *Procédure de sollicitation de prix*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois si possible. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour les biens eux-mêmes, tels que les frais de transport ou d'assurance, les droits de douane et les taxes, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas conforme aux besoins de l'entité adjudicatrice et qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice.

Article 37. *Sollicitation d'une source unique*

Dans les circonstances énoncées à l'article 16, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou d'un entrepreneur unique.

CHAPITRE V. RECOURS*

Article 38. *Droit de recours*

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi, peut introduire un recours conformément aux articles 39 à [43].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

- a) Le choix d'une méthode de passation de marchés conformément aux articles 13 à 16;
- b) La restriction de la procédure de passation de marchés, conformément à l'article 8, pour des raisons de nationalité;
- c) La restriction de la sollicitation d'offres pour des raisons d'économie ou d'efficacité conformément à l'article 18 3;

*Les Etats promulguant la Loi type souhaitent peut-être y incorporer les articles sur le droit de recours sans changement ou avec les changements minimes que pourraient exiger des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains Etats pourraient ne pas juger utile d'incorporer à la Loi type, en partie ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. En pareil cas, ces dispositions pourraient néanmoins servir de références pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur.

d) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres conformément à l'article 28-1;

e) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite au désir manifeste de participer à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 34-2.

Article 39. *Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.) Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le responsable de l'entité adjudicatrice (ou par le responsable de l'autorité de tutelle, selon le cas).

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à connaître d'une réclamation, ou à continuer de connaître d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les trente jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision :

- a) Est motivée; et
- b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [40 ou 43]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a plus compétence pour connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [40 ou 43].

Article 40. *Recours administratif**

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 38 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

- a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 39 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de

*Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 43).

vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne connaît pas d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que la décision de ne pas connaître de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 39-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après l'expiration de la période visée à l'article 39-4; ou

d) Si le fournisseur ou l'entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 39, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut [accorder] [recommander]* une ou plusieurs des réparations suivantes, sauf s'il déboute le requérant :

a) Dire les règles ou principes juridiques s'appliquant en espèce;

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

f) Exiger le versement d'un dédommagement

Option I

Pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation

Option II

Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation

du fait d'un acte ou décision illégal de l'entité adjudicatrice, ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de trente jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 40.

*On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des Etats dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus mais peuvent faire des recommandations.

Article 41. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 39 [et de l'article 40]

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 39 [ou de l'article 40], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas,] avise tous les fournisseurs et les entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou à l'entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence.

Article 42. Suspension de la procédure de passation du marché

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 39 [ou de l'article 40] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs et entrepreneurs.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 40 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative),] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le (insérer le nom de l'instance administrative)] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article] afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la réclamation ou engageant l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas trente jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les motifs ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations

d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du présent article et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision sont versés au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 43. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 38 et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours — ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit — en vertu de l'article 39 [ou de l'article 40].

Index comparatif des articles

Le présent index indique la nouvelle numérotation assignée aux dispositions du projet de Loi type sur la passation des marchés après son adoption par le Groupe de travail.

<i>Projets d'articles adoptés par le Groupe de travail</i>	<i>Projets d'articles correspondants dans le document (A/CN.9/WG.V/WP.36)</i>
Préambule	Préambule
1	1
2	2
2 g	26-1
3	3 bis
4	4
5	5
6	8
7	8 bis

<i>Projets d'articles adoptés par le Groupe de travail</i>	<i>Projets d'articles correspondants dans le document (A/CN.9/WG.V/WP.36)</i>
8	8 ter
9	9 bis
10	10
11	10 ter
12	10 quater
13	7-1 et 5
14-1	33 bis nouveau; 33 ter nouveau; 34 nouveau
14-2	34 b nouveau; 35-1 c nouveau
15	24 bis nouveau
16	35
17	8 ter (1 bis nouveau) et 1 bis
18	12
19	14
20	17-1; 19
21	17-2
22	20
23	22
24	23
25	24
26	25
27	26
28	27
29	28
30	29
31	30
32	32
33	33 bis
34	33 ter 1; 33 quater
35	34
36	34 bis
37	35
38	36
39	37
40	38
41	39
42	41
43	40

B. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa quinzième session : passation des marchés : projets d'articles révisés de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.36) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES*

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	87
PRÉAMBULE	88
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	88
Article 1 ^{er} . Champ d'application	88
Article 2. Définitions	88
Article 3 bis. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent Etat)]	89

*Les lacunes dans la numérotation des sections et articles sont dues à la suppression ou au fusionnement de dispositions à divers stades de l'élaboration du projet de Loi type.