



Assemblée générale

Distr.: Générale
17 septembre 2004

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-22 juillet 2005

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	3
II. Organisation de la session	3-8	3
III. Délibérations et décisions	9-11	4
IV. Examen de thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs	12-128	5
A. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés	12-54	5
1. Remarques générales	12-18	5
2. Domaines de la passation électronique des marchés pouvant faire l'objet de travaux	19-54	6
a) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	20-29	6
b) Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	30-40	8
c) Conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	41-45	10
d) Enchères électroniques inversées	46-54	11
B. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type	55-128	14
1. Utilisation de listes de fournisseurs	55-67	14



2.	Accords-cadres	68-78	17
3.	Passation de marchés de services	79-93	20
4.	Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales ..	94-101	23
5.	Voies de droit et exécution	102-113	25
6.	Autres questions	114-128	28
	a) Autres méthodes de passation des marchés	114-118	28
	b) Participation des usagers à la passation des marchés	119-122	29
	c) Simplification et normalisation de la Loi type	123-126	30
	d) Authentification des pièces produites	127-128	31

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a décidé que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services¹ (1994) (la “Loi type”) gagnerait à être actualisée pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l’expérience acquise dans son utilisation comme base des réformes législatives. Il a toutefois été souligné que, lors de cette actualisation, il faudrait veiller à ne pas s’écarter des principes fondamentaux sur lesquels elle reposait et à ne pas modifier les dispositions dont l’utilité avait été prouvée².

2. La Commission a décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type. Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux et a prié le secrétariat de présenter au Groupe de travail, pour faciliter ses débats, des notes approfondissant les questions traitées dans le document A/CN.9/553³.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa sixième session à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004. Ont assisté à cette session des représentants de ses États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d’Amérique, Fédération de Russie, France, Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Arabie saoudite, Mali, Pérou, Philippines, Ukraine et Yémen.

5. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Secrétariat de l’ONU (Bureau des affaires juridiques (Division des questions juridiques générales) et Bureau des Nations Unies pour les services d’appui aux projets (UNOPS)), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque ouest-africaine de développement (BOAD), Commission européenne et Organisation internationale de droit du développement (IDLO);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) et Institut arabe de planification.

6. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Stephen R. Karangizi (Ouganda)

Rapporteur: M. Marek Slegl (République tchèque)

7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.I/WP.30); note du secrétariat exposant les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.31); et note du secrétariat présentant les points supplémentaires pouvant être examinés dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.32).

8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Travaux futurs dans le domaine de la passation des marchés.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

9. À sa sixième session, le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type, conformément à une décision que la Commission avait prise à sa trente-septième session (voir ci-dessus, par. 2). Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 7 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32).

10. Le Groupe de travail a décidé de charger le secrétariat de préparer des projets de textes et des études tenant compte de ses délibérations pour examen à sa prochaine session. Il a en outre décidé de continuer à cette prochaine session d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32.

11. Après ses débats de fond, le Groupe de travail a écouté deux exposés, l'un présenté par la Banque mondiale et l'autre par la FIDIC, sur la prévention de la fraude et de la corruption dans la passation des marchés publics, exposés qui ont été suivis d'une séance de questions-réponses. La Banque mondiale a informé le Groupe de travail qu'elle avait récemment revu ses procédures en vue de traiter les allégations de fraude et de corruption pour s'attaquer plus efficacement au problème. La FIDIC a quant à elle indiqué qu'elle avait mis au point un système de gestion de l'intégrité, dont l'objectif était de prévenir la corruption notamment en encourageant l'intégrité au sein d'une organisation. Le Groupe de travail a accueilli les exposés avec intérêt et a noté que, dans le cadre de ses travaux, la prévention de la fraude et de la corruption serait un aspect à prendre en considération lors de la révision de la Loi type.

IV. Examen de thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs

A. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés

1. Remarques générales

12. Il a été noté que deux avancées technologiques majeures de ces 10 dernières années avaient changé les modalités de la passation des marchés: premièrement, l'utilisation des moyens de communication électroniques avait pris une ampleur considérable et, deuxièmement, certains États effectuaient désormais une partie de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique. Cette utilisation, a-t-on souligné, se développait rapidement et était envisagée par diverses législations internes ainsi que par des organisations internationales et régionales. Il a en outre été indiqué que le recours à la passation électronique des marchés comportait de nombreux avantages potentiels, parmi lesquels un meilleur rapport qualité-prix et une plus grande transparence du processus de passation.

13. Le Groupe de travail a rappelé que la Loi type avait servi de modèle à de nombreux États pour mettre sur pied des systèmes modernes de passation des marchés publics et que, dans ses délibérations à venir, il devrait s'attacher à en promouvoir une utilisation accrue et une application efficace. Aussi fallait-il, a-t-on ajouté, éviter que la Loi type ne devienne trop directive dans son approche et maintenir la souplesse qui en caractérisait le texte lorsque celui-ci avait été adopté en 1994. Le Groupe de travail a en outre insisté sur le fait que la Loi type devait demeurer un instrument valable pour tous les systèmes et ne pas être destinée à un type de système en particulier. Il a également été indiqué que toute révision de la Loi type devrait avoir pour objet de lever les obstacles à l'utilisation des méthodes modernes de passation des marchés.

14. Le Groupe de travail a noté que les avantages potentiels de la passation électronique des marchés résumés ci-dessus correspondaient aux principaux buts et objectifs de la Loi type. Il a ensuite examiné dans quelle mesure il faudrait éventuellement modifier cette dernière pour permettre aux États adoptants de tirer pleinement parti de ces avantages.

15. Il a été souligné que l'utilisation de la passation électronique des marchés dépendrait de l'existence d'une infrastructure appropriée et d'autres ressources. Par exemple, les lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures électroniques, la définition de "document original" et la recevabilité des moyens de preuve devant un tribunal pouvaient faire obstacle à l'utilisation de ce mode de passation. Le Groupe de travail a noté que ces questions avaient été traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) et faisaient actuellement l'objet de travaux au sein de la Commission. On a cependant exprimé l'avis que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement renvoyer les législateurs à ces instruments et aux travaux actuels de la Commission dans ce domaine.

16. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble que, à des fins de cohérence, ces questions devraient être traitées par des mesures autres que les lois sur la passation

dans les États adoptants et qu'elles devraient l'être de façon à promouvoir l'accès aux possibilités de marchés. Toutefois, on a également estimé que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement donner des orientations sur ces questions.

17. Le Groupe de travail s'est dit très favorable à la proposition tendant à ce que, en raison des avancées technologiques rapides et des degrés différents de sophistication des techniques employées dans les États membres, les dispositions de la Loi type soient formulées en termes technologiquement neutres.

18. En résumé, le Groupe de travail a dégagé trois grands principes sur lesquels se fonder pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la Loi type. Premièrement, la Loi type devrait, dans la mesure du possible, encourager une telle utilisation dans la passation des marchés. Deuxièmement, elle devrait énoncer des dispositions appropriées en termes techniquement neutres. Troisièmement, le Guide pour l'incorporation pourrait, si nécessaire, fournir des indications supplémentaires plus détaillées. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait couvrir tous les moyens de communication et donner des orientations sur les conditions auxquelles devrait être soumise leur utilisation.

2. Domaines de la passation électronique des marchés pouvant faire l'objet de travaux

19. Il a été constaté que les principaux problèmes de fond concernant la passation électronique des marchés se posaient dans les domaines suivants: publicité des informations relatives à la passation des marchés (notamment publication des lois et règlements régissant les marchés), des dossiers de sollicitation et des renseignements connexes ainsi que des avis d'attribution des marchés, utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés et utilisation des enchères électroniques (inversées). Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la portée des travaux futurs dans chacun de ces domaines.

a) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

20. La publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, a-t-on dit, pouvait assurer à ces informations une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un plus grand nombre de fournisseurs et, a-t-on souligné, avait pour objectif d'améliorer l'accès du public aux possibilités de marchés.

21. Le Groupe de travail a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait actuellement obligation aux États de publier. On a en outre estimé qu'il serait peut-être souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilité de la publication électronique.

22. Il a également été noté que l'article 5 de la Loi type énonçait un principe général de publication accessible selon lequel le texte de la loi elle-même ainsi que des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi devait être "promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". Le Groupe de travail a constaté que cet article 5 semblait avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de

publication – électronique ou sur support papier – puisqu’il traitait la question du point de vue de l’accessibilité.

23. Le Groupe de travail a cependant noté que les dispositions de l’article 24 de la Loi type laissaient entendre que la publication se ferait sur papier. Compte tenu des avantages potentiels de la diffusion par voie électronique d’informations sur les possibilités de marchés, il est convenu d’envisager différentes solutions pour apporter les modifications appropriées à cet article afin de lever les obstacles à la publication électronique des informations mentionnées dans ce dernier.

24. L’objectif étant de promouvoir l’utilisation et l’application de la Loi type, il a été convenu de préserver la souplesse et de trouver un équilibre entre les dispositions de la Loi type, qui traiteraient les questions sur le plan des principes, et le Guide pour l’incorporation, qui les aborderait plus en détail, si nécessaire, et donnerait également des orientations aux législateurs. Le Groupe de travail a donc estimé que la Loi type devrait essentiellement se limiter à formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l’incorporation. Par exemple, la nécessité et les moyens d’assurer un accès suffisant du public aux informations concernées pourraient être examinés.

25. Le Groupe de travail a noté qu’une question importante était de savoir dans quelle mesure la publication électronique devait être obligatoire ou facultative, autrement dit dans quelle mesure les informations devraient être publiées par des moyens électroniques uniquement ou par des moyens électroniques en plus des méthodes traditionnelles sur support papier.

26. Selon un avis fermement appuyé, la publication électronique devrait être autorisée mais à titre facultatif, notamment pour préserver le principe de souplesse et pour tenir compte des différences de situation entre États adoptants. Le Groupe de travail a noté en outre qu’il faudrait veiller à ce que la communication se fasse de manière cohérente de sorte que le public puisse localiser toutes les informations pertinentes sur un marché particulier.

27. Le Groupe de travail a également examiné la question du recours obligatoire à la publication électronique. Il a estimé que l’utilisation de cette forme de publication devrait demeurer facultative dans le cadre de la Loi type. Il est néanmoins convenu que le Guide pour l’incorporation pourrait donner des indications afin d’aider les législateurs à établir des seuils de maturité technique et d’accès aux marchés à partir desquels ils pourraient envisager d’imposer l’obligation de publier les informations sous forme électronique.

28. En ce qui concerne le contenu des informations à publier, le Groupe de travail a noté qu’il devrait examiner plus avant si des informations supplémentaires intéressantes des fournisseurs potentiels, dont la Loi type n’exigeait pas actuellement la publication, pourraient faire l’objet d’une nouvelle disposition ou orientation. Ces informations, a-t-on fait remarquer, pouvaient être notamment des politiques ou directives internes ainsi que des renseignements d’ordre général, tels que les possibilités de marchés à venir. On a constaté que la Loi type ne traitait pas actuellement ce type d’informations. Par exemple, l’article 24 se référait à la publication d’invitations à participer à une procédure de passation future, telles qu’une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, mais aucune disposition équivalente n’était prévue pour les étapes antérieures du

processus de passation. Il a été indiqué que toute information supplémentaire à envisager devrait probablement être définie dans la Loi type ou que des orientations appropriées plus détaillées pourraient être nécessaires dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui présenter, pour examen à sa prochaine session, une nouvelle note abordant ces questions.

29. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer des projets de textes tenant compte de ses délibérations, sous la forme de projets de dispositions types ou d'orientations, selon qu'il convenait, pour examen à un stade ultérieur.

b) Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

30. En ce qui concerne l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, il a été noté que les principales questions de fond étaient notamment les suivantes: a) la loi devrait-elle autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser les communications électroniques en accord avec les fournisseurs ou autoriser l'une ou l'autre partie à exiger des communications électroniques? et b) les règles devraient-elles soumettre l'utilisation des moyens électroniques à certaines conditions pour sauvegarder les objectifs de la loi sur la passation des marchés, de manière à empêcher les moyens électroniques choisis d'empêcher l'accès aux marchés, à garantir la confidentialité et à assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données?

31. Il a été observé que l'article 9-1 de la Loi type, qui traitait de la forme requise des communications dans le processus de passation des marchés, disposait que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicitait pour la première fois une participation, toutes les communications devaient être présentées sous une forme qui atteste leur teneur. Le Groupe de travail est généralement convenu que la Loi type donnait à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour établir toute "condition de forme" pour les communications lorsqu'elle sollicitait au départ la participation de fournisseurs.

32. Il a été noté, cependant, que plusieurs dispositions de la Loi type, telles qu'actuellement rédigées, laissaient entendre que les fournisseurs ne pouvaient être tenus de soumettre des offres par voie électronique. L'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 30, par exemple, prévoyait que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée" ou "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. L'alinéa b) énonçait expressément le droit pour un fournisseur de soumettre une offre suivant la méthode "usuelle" décrite à l'alinéa a), à savoir par écrit, signée et dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation, c'était là une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous". La Loi type ne devrait pas empêcher ou être considérée comme empêchant l'utilisation la plus efficace des communications électroniques, ni être en retard sur l'évolution de la pratique dans sa manière d'aborder cette utilisation. Il faudrait peut-être revoir les alinéas en question ainsi que les dispositions connexes pour faire en sorte qu'ils ne créent pas d'obstacles à l'utilisation des communications électroniques.

33. En ce qui concerne la mesure dans laquelle l'utilisation des communications électroniques (notamment la soumission des offres par voie électronique) pouvait être exigée ou rendue obligatoire, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter cette question avec souplesse. De l'avis général, ses délibérations devaient préserver la situation et ne pas viser, par exemple, à permettre à un fournisseur d'imposer un moyen de communication particulier à l'entité adjudicatrice. En ce qui concerne le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger l'utilisation de communications électroniques, il a été généralement estimé qu'il serait inopportun d'élaborer une règle envisageant cette possibilité pour tous les cas et dans toutes les circonstances.

34. Il a été souligné que, dans certaines situations, l'imposition de l'obligation d'utiliser des communications électroniques pouvait en fait donner lieu à une discrimination entre fournisseurs. Or, l'article 9-3 de la Loi type disposait que l'entité adjudicatrice ne faisait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquaient ou recevaient les communications. Par conséquent, l'obligation de recourir à des communications électroniques risquait de ne pas être acceptable si les fournisseurs potentiels n'avaient pas raisonnablement accès aux moyens utilisés pour ce type de communications.

35. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, même lorsque les délais prévus pour soumettre des demandes de présélection ou des offres étaient les mêmes pour tous les fournisseurs, il pourrait être à première vue discriminatoire, en vertu de l'article 9-3 de la Loi type, de fixer ces délais en fonction du temps suffisant à ceux qui communiquaient par voie électronique uniquement. Il a été noté que le fait que deux fournisseurs utilisent des moyens de communication différents ne signifiait pas en soi qu'il y avait discrimination. De l'avis général, la règle énoncée à l'article 9-3 n'exigeait pas nécessairement que tous les fournisseurs utilisent les mêmes méthodes pour communiquer avec l'entité adjudicatrice. Après un débat, il a été convenu que l'élément essentiel à préserver était l'équivalence effective des moyens de communication utilisés pour éviter toute discrimination.

36. Il a en outre été observé, à l'appui d'une approche souple de cette question, qu'il pouvait y avoir, dans la pratique, des situations dans lesquelles les communications électroniques ne fonctionnaient pas correctement, du fait, notamment, d'une capacité limitée des systèmes utilisés, due par exemple à une largeur de la bande insuffisante pour la transmission de gros fichiers électroniques, d'une défaillance technique ou d'autres facteurs externes, tels qu'une coupure de courant ou une catastrophe naturelle.

37. En conséquence, il a été suggéré que le Groupe de travail propose, dans la Loi type, des solutions appropriées concernant l'utilisation des communications électroniques. Une solution possible, a-t-il été dit, pourrait être de prévoir que l'obligation d'utiliser des communications électroniques ne devrait pas être imposée de manière générale.

38. En réponse à ces propositions, il a été dit que le Groupe de travail ne devrait pas entreprendre d'élaborer des dispositions détaillées sur les cas dans lesquels l'utilisation de communications électroniques était permise ou sur les types et conditions d'approbation ou de justification appropriées de cette utilisation. Les marchés publics différaient considérablement par leur taille et leurs exigences

commerciales et techniques, et il n'était pas souhaitable, compte tenu de ces différences, de tenter de formuler des règles qui conviennent à tous les systèmes juridiques. Il suffirait peut-être de mettre en lumière, dans le Guide pour l'incorporation, les questions que les législateurs des différents États pourraient souhaiter prendre en considération lorsqu'ils introduiraient ou autoriseraient les communications électroniques dans la passation des marchés publics.

39. Le Groupe de travail a pris note de ces vues. Néanmoins, il a été généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autoriseraient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'une exigence générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne devraient pas restreindre déraisonnablement l'accès au marché. Il faudrait insérer dans le Guide pour l'incorporation des orientations et explications supplémentaires sur les diverses options possibles concernant le type de moyens disponibles et les conditions éventuellement nécessaires.

40. Le Groupe de travail a pris note de ces différentes propositions et décidé qu'il faudrait en tenir compte dans tout projet de dispositions types que le secrétariat pourrait élaborer pour examen ultérieur. Il est convenu que, indépendamment de la décision finale, le Guide pour l'incorporation pourrait utilement donner des orientations détaillées sur cette question.

c) Conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

41. Le Groupe de travail a reconnu que, pour être efficaces et fiables, les systèmes de passation électronique des marchés devaient satisfaire à des conditions appropriées concernant la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des soumissions, ainsi que l'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales. En particulier, il a été noté que les principes directeurs suivants pourraient constituer une base utile pour toutes règles ou orientations futures sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier, soit des communications électroniques dans des circonstances appropriées);

b) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'origine des communications (authenticité);

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être de nature à préserver l'intégrité des données;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation des marchés (à savoir pour la soumission des demandes de participation et des offres/propositions);

e) Les moyens et mécanismes utilisés devraient garantir que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les

entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés, et que les concurrents ne puissent accéder eux-mêmes à ces informations (sécurité);

f) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée.

42. Le Groupe de travail est généralement convenu que les principes ci-dessus constituaient une bonne base pour la formulation de règles, normes ou orientations spécifiques sur la question. Les avis ont divergé, néanmoins, sur la forme et le degré de détail souhaitable que devraient revêtir ces principes.

43. Selon un avis, la plupart de ces principes s'appliquaient déjà aux procédures de passation des marchés sur papier – par exemple, celui selon lequel les offres devaient être authentiques ou rester confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres. Le Groupe de travail devrait donc examiner soigneusement la nécessité de normes ou règles supplémentaires et prendre en compte la mesure dans laquelle les lois de base pertinentes, telles que les lois générales sur le commerce électronique et les signatures électroniques, traitaient déjà les questions auxquelles touchaient les principes proposés. Il devrait s'abstenir d'entreprendre de nouveau les travaux que la Commission avait déjà réalisés, notamment dans le cadre de la Loi type sur le commerce électronique.

44. Selon un autre avis, si le Groupe de travail avait l'intention de formuler des orientations législatives qui permettaient, sans la rendre obligatoire, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, il serait utile d'énoncer dans la Loi type elle-même les conditions dans lesquelles ces communications devaient être utilisées.

45. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de la forme exacte sous laquelle il pourrait énoncer ses orientations. De l'avis général, cependant, celles-ci devraient être formulées de sorte à englober tous les moyens de communication, en donnant une idée générale des conditions à imposer, et ne devraient pas être trop directives.

d) Enchères électroniques inversées

46. Le Groupe de travail a noté que les enchères électroniques inversées, sous leurs diverses variantes, pourraient, même si elles en étaient encore à leurs débuts, devenir une procédure de passation des marchés plus largement utilisée. Ce type d'enchères était structuré comme une procédure d'appel d'offres dans laquelle les fournisseurs disposaient d'informations sur les autres offres et pouvaient en permanence modifier les leurs par rapport à celles des autres concurrents, dont ils ne connaissaient en principe pas l'identité. Les fournisseurs faisaient leurs offres par voie électronique sur un site spécialisé, en utilisant les informations dont ils disposaient sur les classements ou les montants nécessaires pour l'emporter sur les autres candidats. Ils pouvaient suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressaient et modifier les leurs en conséquence. L'enchère pouvait se dérouler sur une période déterminée, ou bien jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre. Les enchères inversées, a-t-il été observé, étaient surtout utilisées pour des produits et services standardisés pour lesquels le prix était l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'était le seul généralement mentionné pendant la procédure.

D'autres critères pouvaient cependant être retenus et intégrés dans la phase d'enchères, ou évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

47. Le Groupe de travail a noté que la Loi type ne traitait pas des enchères. La méthode d'appel d'offres utilisée pour les marchés de biens et de travaux ne prévoyait qu'une seule étape et interdisait toute modification des offres quant au fond – notamment une modification du prix – après la soumission (art. 34-1 a)). Elle interdisait également aux entités adjudicatrices de révéler des informations relatives aux offres (art. 34-8), ce qui empêchait les enchères par accord entre l'entité et les fournisseurs. La disposition donnant le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée empêchait également une enchère en l'absence de l'accord des fournisseurs (art. 30-5 a) et b)). Les mêmes règles s'appliquaient à l'appel d'offres restreint (art. 47-3). Il a été proposé de supprimer de la Loi type les obstacles à l'utilisation des enchères inversées et d'autres procédures faisant appel à des moyens électroniques.

48. Il a été demandé si le Groupe de travail devrait aussi examiner la question de savoir si d'autres types d'enchères, non régis actuellement par la Loi type, devraient également être soumis à ses dispositions. En réponse, il a été noté que l'une des principales objections de fond qui avaient conduit la CNUDCI à décider initialement de ne pas mentionner les enchères inversées dans la Loi type était le risque de collusion entre fournisseurs. Ce risque ne pouvant être suffisamment maîtrisé que dans les enchères électroniques inversées, dans lesquelles l'identité des enchérisseurs n'était pas révélée, seules celles-ci devraient être prises en compte dans une version révisée de la Loi type.

49. La proposition selon laquelle le Groupe de travail devrait formuler des orientations législatives sur les enchères électroniques inversées a recueilli un fort soutien. Il a été dit que, d'après l'expérience de certains pays, les enchères électroniques inversées pouvaient générer des économies importantes, car elles incitaient les fournisseurs à proposer leur meilleur prix possible. Elles étaient aussi réputées favoriser la transparence, car elles encourageaient l'entité adjudicatrice à indiquer précisément les critères d'attribution autres que le prix. La technologie moderne avait permis de réfuter les objections traditionnelles à l'utilisation des enchères inversées, qui existaient au moment où la Loi type avait été élaborée. En effet, grâce à l'informatique, les enchères inversées pouvaient être menées de manière transparente (en ce que les informations sur les autres offres étaient accessibles et l'issue de la procédure était visible pour tous les participants), tout en préservant la confidentialité, ce qui était essentiel pour diminuer le risque de collusion entre fournisseurs. Les technologies électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations, avaient facilité l'utilisation de ces enchères.

50. En ce qui concerne la façon dont des dispositions sur les enchères électroniques inversées pourraient être incorporées dans le régime de la Loi type, il a été suggéré que ce type d'enchères soit traité comme une méthode de passation distincte, en raison de ses caractéristiques particulières, telles que la publication des prix pendant le processus de soumission (normalement interdite) et l'évaluation des offres en deux étapes, qui s'écartait des procédures traditionnelles d'appel d'offres et exigeait des dispositions spécifiques. Une autre proposition était de traiter les enchères électroniques comme une variante des méthodes traditionnelles de

passation des marchés et non comme une méthode entièrement nouvelle appelant des règles distinctes.

51. Toutefois, la prudence a aussi été vivement recommandée compte tenu des difficultés que pouvaient poser les enchères électroniques inversées. Par exemple, celles-ci risquaient d'encourager à accorder une importance excessive au prix et d'inciter les fournisseurs à proposer des prix anormalement bas (phénomène appelé "fièvre des enchères"), ce qui entraînait de graves problèmes pendant la phase d'administration si le fournisseur sélectionné n'était pas en mesure de remplir ses obligations. En outre, a-t-on indiqué, les entités adjudicatrices avaient du mal à déterminer si les fournisseurs utilisaient les enchères électroniques inversées pour s'entendre entre eux, situation particulièrement dangereuse sur les marchés oligopolistiques, où les participants pouvaient se servir des enchères pour se communiquer les prix. Une meilleure solution, du moins pour certains marchés, pouvait consister à recourir à d'autres méthodes, telles que les "acquisitions dynamiques", dans lesquelles les prix du marché étaient établis à l'aide de catalogues électroniques (voir par. 58) et qui avaient également l'avantage d'être plus souples que les enchères électroniques inversées.

52. Selon l'avis contraire, les enchères électroniques inversées, si elles étaient correctement conçues et réalisées, comportaient plus d'avantages que d'inconvénients potentiels. Étant donné leur utilisation de plus en plus répandue, il serait souhaitable de prévoir dans la Loi type des dispositions les concernant et d'essayer de fournir des orientations sur la façon de supprimer ou de réduire les risques qu'elles pouvaient présenter. Par exemple, en ce qui concerne les types de marchés pouvant se prêter à une procédure d'enchère électronique inversée, on a généralement estimé qu'il faudrait indiquer aux États adoptants que cette méthode ne serait avantageuse que dans la mesure où un cahier des charges initial commun servant de base aux offres soumises pouvait être rédigé et si des critères autres que le prix pouvaient être effectivement quantifiés. Le risque de prix anormalement bas, a-t-on dit, pouvait être évité grâce à des dispositions semblables à celles qui étaient prévues dans certains systèmes régionaux, lesquelles permettaient à une entité adjudicatrice ayant des raisons de soupçonner que les prix indiqués par un fournisseur n'étaient pas réalistes d'exiger de ce dernier qu'il communique des informations supplémentaires pour justifier ses prix.

53. Il a été signalé, à cet égard, que le problème des prix anormalement bas était plus général et ne se limitait pas au phénomène de la "fièvre des enchères" parfois constaté dans les enchères électroniques inversées. En fait, le risque de prix bas attrayants mais irréalistes pouvait fort bien se poser dans le cadre de tout type de procédure de passation des marchés. Ce problème général, a-t-on également fait observer, n'avait pas été expressément traité dans la Loi type, compte tenu apparemment de la difficulté à trouver des solutions appropriées. Des dispositions destinées à le prévenir en fixant des prix minima risquaient de ne pas être pleinement conformes au principe de la concurrence sur lequel se fondait la Loi type. D'autres solutions telles que des dispositions autorisant une entité adjudicatrice à rejeter une offre donnée au motif qu'elle contenait des prix anormalement bas risquaient quant à elles de donner lieu à des abus et nécessiteraient un examen attentif.

54. Le Groupe de travail a conclu son examen de la question en reconnaissant la réalité des enchères électroniques inversées et en confirmant son intention d'étudier

s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant de recourir à cette méthode à titre facultatif. Toutefois, avant de trancher définitivement la question, il est convenu qu'il serait utile d'avoir de plus amples informations sur l'utilisation pratique de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée. Il a prié le secrétariat de lui fournir ces informations sous la forme d'une étude comparative d'expériences concrètes, notamment des solutions adoptées pour parer au risque de prix anormalement bas. Outre cette analyse de la pratique actuelle concernant les enchères électroniques inversées, le secrétariat a été prié de réaliser une étude comparative de la façon dont les entités adjudicatrices traitaient le problème des prix anormalement bas. Il a été convenu que cette étude devrait également porter sur la relation entre la pratique des prix anormalement bas et le droit de la concurrence.

B. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type

1. Utilisation de listes de fournisseurs

55. Il a été noté que les listes de fournisseurs (également appelées listes de qualification, systèmes de qualification ou listes approuvées) recensaient des fournisseurs sélectionnés pour des marchés futurs et pouvaient être obligatoires ou facultatives. Lorsqu'elles étaient obligatoires, le fournisseur devait s'y inscrire pour pouvoir prendre part à la procédure de passation. Lorsqu'elles étaient facultatives, le fait de ne pas s'y inscrire ne le privait pas du droit de participer à une procédure particulière. Pour être admis sur une liste, il pouvait avoir à se soumettre à une évaluation complète ou partielle de son aptitude à exécuter certains marchés. Il pouvait aussi n'être soumis à aucune évaluation. En principe, cependant, certaines de ses qualifications faisaient l'objet d'une évaluation initiale, les autres étant évaluées lorsqu'il était pris en considération pour des marchés particuliers.

56. On a aussi observé qu'outre les "listes de fournisseurs", il existait des arrangements analogues, notamment des "registres d'entreprises agréées" et autres catalogues de fournisseurs. Il a été convenu que les discussions porteraient sur toute forme d'inscription fonctionnant de fait comme une liste de fournisseurs, quelle que soit son appellation et que le fournisseur doive s'inscrire auprès de l'entité adjudicatrice ou d'un tiers.

57. Le Groupe de travail a noté que la Loi type n'abordait pas la question des listes de fournisseurs. Elle n'empêchait toutefois pas les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives pour choisir des fournisseurs dans des procédures de passation qui n'exigeaient pas de publicité, comme les appels d'offres restreints, la négociation avec appel à la concurrence, les sollicitations de propositions ou de prix et la sollicitation d'une source unique. Il a été indiqué qu'au moment de l'élaboration de la Loi type, la Commission ne souhaitait pas promouvoir le développement des listes de fournisseurs, parce que leur utilisation, outre qu'elle était alors en baisse, donnait aux entités adjudicatrices la possibilité de restreindre la concurrence et de faire du protectionnisme. Ce choix correspondait à la politique de nombreuses institutions internationales de prêt, qui ne voyaient pas dans l'utilisation de ces listes une bonne pratique. Il a également été noté que l'élaboration de dispositions sur les listes de fournisseurs aurait soulevé des questions que la Commission n'estimait pas alors opportun de traiter, notamment la question de savoir s'il fallait réglementer les listes obligatoires ou les listes facultatives, ou les

deux, et le nombre de conditions qu'il serait nécessaire de prévoir dans la Loi type. En même temps, cependant, la Commission n'avait pas souhaité aller jusqu'à formuler une recommandation contre leur utilisation.

58. Il a été observé que l'utilisation et la fréquence des listes de fournisseurs augmentaient dans de nombreux États, en particulier pour les achats en gros de produits standard. Cette utilisation résultait aussi de l'usage croissant des catalogues électroniques – catalogues de produits proposés par un ou plusieurs fournisseurs. À la suite d'un appel d'offres, les fournisseurs étaient sélectionnés pour établir un catalogue électronique dans lequel l'entité adjudicatrice pouvait choisir des biens et des services et les commander, procédure qui pouvait aussi se traduire par un accroissement du nombre de marchés passés d'une façon revenant à utiliser de facto des listes de fournisseurs.

59. Les avantages et les inconvénients de l'utilisation des listes de fournisseurs ont été notés. Il a été affirmé que celles-ci aidaient à rationaliser le processus de passation des marchés, en permettant tant à l'entité adjudicatrice qu'aux fournisseurs de réduire leurs coûts, et en favorisant ainsi l'efficacité et l'économie, ce à quoi visait la Loi type. En particulier, on a fait remarquer que les listes pouvaient permettre de gagner du temps et de réduire les coûts du fait qu'il devenait inutile de fournir et d'évaluer des informations sur les qualifications distinctes pour chaque marché et de diminuer pour les fournisseurs les coûts liés à la recherche d'informations sur les marchés. Il a cependant été noté que l'utilisation de ces listes ne s'était pas toujours traduite par les réductions de coûts escomptés et que, dans certains cas, elle avait eu pour effet dans la pratique de restreindre la concurrence voire de favoriser la collusion et la corruption. De même, on avait constaté que les listes fonctionnaient comme des listes obligatoires même lorsqu'elles étaient déclarées facultatives. En outre, on a estimé que les plus grands risques pesaient lorsque ces listes fonctionnaient de manière occulte.

60. Il a été souligné que les régimes qui réglementaient l'utilisation des listes limitaient dans certains cas les entités autorisées à les employer et édictaient des conditions d'utilisation afin que ces listes fonctionnent de manière raisonnable et transparente. En général, les conditions prévues étaient notamment les suivantes: les fournisseurs devaient pouvoir s'inscrire à tout moment, le délai d'inscription devait être le plus court possible et l'inscription par courrier et, lorsque cela était possible, par Internet devait être autorisée.

61. En conséquence, étant donné que les listes de fournisseurs, qu'elles soient ou non considérées comme conformes aux buts et objectifs de la Loi type, étaient utilisées dans divers États, le Groupe de travail est convenu qu'il serait approprié de prendre acte de leur existence et de leur utilisation, faute de quoi on saperait les principes de la Loi type car l'utilisation de ces listes ne serait pas soumise à des normes de transparence minimales. Par ailleurs, il a été convenu que la réglementation des listes de fournisseurs pouvait permettre d'obtenir un moyen de sélection transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes, pour lesquelles les modalités de sélection ne faisaient l'objet d'aucune disposition dans la Loi type, et de prendre en compte les catalogues officiels de fournisseurs (y compris les inscriptions auprès de tiers). L'objectif serait d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes. En outre, les listes de fournisseurs étant admises dans d'autres régimes internationaux de passation des

marchés auxquels étaient soumis certains États membres, il serait à la fois nécessaire et souhaitable de parvenir à une certaine harmonisation.

62. En vue de renforcer la transparence et de prévenir la discrimination dans l'utilisation des listes de fournisseurs, le Groupe de travail a ensuite examiné la manière dont celles-ci pouvaient être réglementées. À cet égard, l'avis a été exprimé que l'utilisation de listes devrait être traitée avec prudence, compte tenu des risques inhérents qu'elles présentaient pour la concurrence et la transparence. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait parvenir à un équilibre entre les dispositions de la Loi type et les orientations données dans le Guide pour l'incorporation et a rappelé que, d'une manière générale, aucun de ces textes ne devait en aucun cas être trop directif.

63. Le Groupe de travail s'est dit très favorable à l'utilisation de listes facultatives plutôt qu'obligatoires. Il a été rappelé que la méthode principale de passation des marchés prévue par la Loi type, à savoir l'appel d'offres, excluait nécessairement l'utilisation de listes obligatoires puisqu'elle supposait une sollicitation pleinement ouverte des offres ou l'équivalent. Il a été dit que le fait d'autoriser l'utilisation de listes obligatoires dans les appels d'offres, qui reviendrait à remplacer une procédure de présélection pleine et ouverte par la sélection, à partir d'une liste, des fournisseurs invités à soumettre une offre, constituerait une mesure rétrograde qui séparait les fondements de la principale méthode de passation des marchés prévue dans la Loi type.

64. Il a aussi été noté que le Groupe de travail pourrait décider de restreindre d'une manière générale l'usage des listes à des cas ou à des fins définis. Il a été proposé en particulier de limiter l'utilisation des listes obligatoires aux marchés non soumis à une procédure d'appel d'offres et à certains catalogues de fournisseurs (tels que les registres d'entreprises agréées). Les avis ont divergé quant à la question de savoir si ces restrictions étaient souhaitables, car l'utilisation de certaines listes serait nécessairement limitée.

65. Il a été estimé que l'obligation de publier un avis signalant l'existence de listes serait un autre moyen efficace de contrôler leur utilisation. Il a été convenu qu'un avis signalant l'existence des listes devait être publié avec une fréquence raisonnable et de manière régulière. Il a été noté à cet égard que la Loi type n'autorisait pas la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché, afin d'améliorer l'efficacité. Le Groupe de travail est convenu de réexaminer ultérieurement si la version révisée de la Loi type devrait autoriser la publication d'un tel avis signalant l'existence d'une liste en lieu et place d'un avis de marché.

66. Le Groupe de travail est convenu en outre que la possibilité devrait être donnée à tous les fournisseurs de prendre connaissance des listes pour pouvoir s'y inscrire et demander leur qualification à tout moment, d'être inscrits dans un délai raisonnablement court (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence) et d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Une autre condition pouvant être envisagée dans le même ordre d'idées était que les fournisseurs non encore inscrits – leur inscription ayant été retardée du fait qu'ils n'avaient pas encore reçu d'attestation administrative concernant la fiscalité ou des questions similaires – soient pris en considération s'il y avait suffisamment de temps pour accomplir les formalités d'inscription.

67. Quant à la question de savoir si des dispositions sur la question devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou dans le Guide pour l'incorporation (le soin pouvant aussi dans certains cas être laissé à chaque État de les inclure dans leurs règlements d'application), le Groupe de travail est convenu qu'il ne pourrait prendre de décision à cet égard que lorsqu'il serait saisi des projets de dispositions pour examen. Les questions qui ne faisaient encore l'objet d'aucun consensus pourraient aussi être réexaminées à ce moment.

2. Accords-cadres

68. Il a été noté que les accords-cadres étaient des arrangements qui visaient à assurer la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une période donnée et comportaient un appel d'offres initiales devant satisfaire aux conditions fixées, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres et la passation ultérieure de commandes ou de marchés périodiques auprès du ou des fournisseurs choisis lorsque survenaient des besoins particuliers. Ces accords étaient principalement utilisés lorsque les entités adjudicatrices avaient besoin de produits ou de services particuliers au cours d'une certaine période mais ne connaissaient pas exactement la quantité de ces besoins, leur nature ou le moment où ils surviendraient. Ils pouvaient être conclus avec un seul ou plusieurs fournisseurs et étaient, a-t-on dit, fréquemment utilisés. Dans certains pays, ils étaient régis par la législation nationale. Leur utilisation était également admise par certains organismes régionaux ou par les institutions internationales de prêt.

69. Il a été dit que le fait de recourir à des accords-cadres, plutôt que d'engager une nouvelle procédure de passation pour chaque besoin, permettrait, entre autres avantages potentiels, de réduire les coûts de procédure et de gagner du temps. En particulier, ce type d'arrangement évitait d'avoir à publier chaque marché et à évaluer les qualifications des fournisseurs pour chaque commande passée, cette phase du processus n'intervenant qu'une seule fois lors de la conclusion de l'accord-cadre. Les accords-cadres, a-t-on indiqué, pouvaient également améliorer le rapport qualité-prix et faciliter la réalisation d'autres objectifs de la passation en offrant une procédure plus transparente que cela ne serait autrement le cas pour les petits achats. Il a été observé en particulier que le montant total des marchés passés dans le cadre de tels accords pouvait justifier les dépenses de publicité et que les fournisseurs choisis avaient intérêt à suivre le déroulement des achats réalisés dans ce cadre.

70. Il a été déclaré que la Loi type ne contenait pas de dispositions spécifiques sur les accords-cadres. Les accords conclus avec un fournisseur unique et certains accords conclus avec plusieurs fournisseurs pouvaient dans une certaine mesure être exécutés conformément aux procédures existantes, par exemple, s'ils étaient traités comme des appels d'offres par lots. Toutefois, la Loi type exigeait que le dossier de sollicitation indique la quantité de biens requis (encore que la réglementation accompagnant la législation puisse autoriser une simple estimation), alors que dans un accord-cadre la quantité était normalement inconnue. La procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type, a-t-on ajouté, n'envisageait pas non plus d'arrangements dans lesquels la conclusion d'un marché liant les parties intervenait, par exemple, lorsque des commandes étaient passées. En particulier, l'article 36-4 disposait qu'un marché entraînait en vigueur lorsqu'une offre était acceptée et ne prévoyait pas la possibilité pour les marchés d'entrer en vigueur seulement lorsque

l'entité adjudicatrice décidait par la suite d'effectuer des achats. Il a été estimé que l'obligation faite à l'article 14 de publier un avis d'"attribution de marché", qui s'appliquait à toutes les procédures, ne semblait pas convenir pour la publicité des accords-cadres. D'un autre côté, il n'y avait aucune obligation de publier les résultats d'une mise en concurrence pour choisir des fournisseurs en vue d'un accord-cadre ni, apparemment, de publier les détails des marchés attribués aux divers fournisseurs.

71. Selon un avis, le Groupe de travail devrait aborder la question des accords-cadres avec prudence. Il a été déclaré que certains pays rompus à la pratique des accords-cadres avaient entrepris de revoir en profondeur la façon dont ceux-ci fonctionnaient. Il avait été admis que ce type d'accord avait permis dans ces pays de réduire considérablement les dépenses globales de passation des marchés. Toutefois, les accords-cadres avaient également entraîné des coûts moins aisément quantifiables et cependant non négligeables, par exemple des occasions manquées pour les entités adjudicatrices et les fournisseurs qui n'avaient pas accès auxdits accords, un manque de transparence et une diminution de la concurrence.

72. Il a été indiqué en outre qu'une bonne gestion des accords-cadres exigeait des efforts constants pour assurer un maximum de transparence et de concurrence à chaque étape du processus de passation, ce qui obligeait l'entité adjudicatrice à faire connaître ses besoins dès qu'ils survenaient et à publier des avis d'attribution afin d'inciter le marché à répondre directement lorsque la solution envisagée dans l'accord-cadre n'était pas optimale. Faute d'une transparence et d'une concurrence suffisantes, les accords-cadres créaient généralement une place de marché fondée sur les relations entre fournisseurs et acheteurs et non sur une compétition entre fournisseurs, situation indésirable qu'il ne fallait pas promouvoir. D'autres mesures consistaient à s'orienter vers des formes non contraignantes d'accords-cadres, suite aux coûteuses procédures judiciaires engagées par des fournisseurs contestant l'attribution de marchés à des fournisseurs qui ne participaient pas initialement à un accord-cadre. On s'est également préoccupé de la durée d'un accord-cadre, lequel en général ne devait pas se prolonger au-delà de la durée de vie de la technologie concernée ou devait cesser d'exister dès que les besoins de l'entité adjudicatrice changeaient.

73. En réponse, il a été expliqué au Groupe de travail que l'utilisation des accords-cadres avait donné de bons résultats dans d'autres régions. Des accords conclus avec un fournisseur unique avaient été utilisés dans certains pays pour de petits achats répétés de certains produits lorsque les quantités requises étaient censées varier dans une fourchette donnée mais que l'on ignorait quand ces produits seraient nécessaires et en quelle quantité à chaque étape. Pour ne pas avoir à passer toute une série de marchés qui ne seraient pas intéressants pour les fournisseurs, les entités adjudicatrices avaient conclu pour une ou plusieurs années des accords-cadres prévoyant une quantité estimative, l'objectif étant d'éviter des mises en concurrence successives plus coûteuses. Il a été admis que les accords-cadres posaient également certains problèmes, qui n'étaient toutefois pas considérés comme insurmontables. Par exemple, le risque de perte d'argent résultant de l'achat à prix fixe à des moments où les prix diminuaient sur le marché – ce qui était fréquemment le cas pour les produits informatiques – pouvait être écarté par l'instauration d'une deuxième étape de mise en concurrence, sous la forme d'un mini-appel d'offres, chaque fois qu'un besoin survenait. D'autres mesures courantes consistaient à

limiter la durée des accords, qui ne pouvaient être prorogés que sur justification. De plus, des procédures de recours pouvaient permettre de parer au risque de prix excessifs s'il apparaissait que les fournisseurs ne se conformaient pas aux règles.

74. De l'avis général, la Commission devrait reconnaître que les accords-cadres, même s'ils n'étaient pas mentionnés actuellement dans la Loi type, étaient utilisés dans la pratique. Les vues ont toutefois divergé sur la façon de les aborder.

75. Selon un avis fermement appuyé, des recommandations sur la question ne devaient pas se limiter à une simple reconnaissance de l'existence d'une pratique. En effet, les États adoptants s'attendaient plutôt à ce que la Commission leur donne des indications sur la façon de tirer le meilleur parti des accords-cadres. Ces indications devaient contenir des conseils sur certaines mesures de protection minimales à adopter pour éviter les abus et assurer l'efficacité dans les dépenses publiques. Plusieurs questions ont été proposées pour examen par le Groupe de travail, à savoir: a) quel degré de concurrence était souhaitable dans un accord signé avec plusieurs fournisseurs; b) si les accords-cadres devaient être exclusifs; c) quels étaient les critères appropriés pour fixer la durée des accords-cadres; d) quels types de marchés se prêtaient à la conclusion d'accords-cadres; e) quelles procédures appliquer pour sélectionner les participants à un accord-cadre et pour attribuer les commandes. Toutefois, même certains des partisans d'un traitement plus détaillé des accords-cadres ont mis en garde le Groupe de travail contre le risque de limiter l'utilité de ce type d'accords en énonçant trop de conditions pour leur utilisation. Le soin, a-t-on dit, de trancher certaines questions devait être laissé à l'entité adjudicatrice.

76. Selon un autre point de vue, toutefois, qui a bénéficié d'un certain soutien, aucune disposition de la Loi type ne semblait empêcher un État adoptant d'utiliser des accords-cadres. Il suffirait, au besoin, de reconnaître l'existence de ces accords dans le Guide pour l'incorporation et de fournir des informations sur les questions relatives à leur application. Il a été proposé que le Groupe de travail adopte une approche souple et pragmatique et évite de donner des indications trop directives sur la question. Par exemple, des facteurs externes objectifs, tels que le type de technologie ou les conditions du marché, et non des délais arbitraires, devraient régir la durée d'un accord-cadre. De même, il ne serait pas souhaitable d'essayer de dresser une liste des cas où il serait bon de recourir à un accord-cadre, les conditions variant considérablement d'un État à l'autre, et vu que la Loi type devait pouvoir s'appliquer partout de manière adéquate.

77. Il a été fait observer en réponse que le Guide pour l'incorporation ne pouvait formuler des recommandations sur la façon de mettre les accords-cadres en conformité avec la Loi type que dans la mesure où cette dernière pouvait être considérée comme autorisant de tels accords. La Loi type n'abordait pas les accords-cadres et, dans quelques cas, semblait faire obstacle à leur utilisation. Par conséquent, la formulation d'orientations générales sur les accords-cadres dans le Guide pour l'incorporation ne constituerait pas une solution suffisante pour traiter la question et le Guide ne serait pas le lieu indiqué pour traiter des accords-cadres si le Groupe de travail concluait que la Loi type n'en approuvait pas l'utilisation.

78. Afin de faciliter ses délibérations à venir sur l'approche générale à adopter pour les accords-cadres et déterminer en particulier avec quel degré de détail et de quelle façon les traiter (à savoir par des dispositions types, des orientations

législatives ou les deux), le Groupe de travail est convenu d'examiner d'abord si et dans quelle mesure la Loi type, dans sa rédaction actuelle, faisait obstacle à l'utilisation de ces accords. Il est convenu de prier le secrétariat d'élaborer une note à ce sujet, contenant éventuellement des projets d'orientations, pour examen à une prochaine session.

3. Passation de marchés de services

79. Le Groupe de travail a débattu de la question de savoir s'il fallait revoir la Loi type pour réduire la gamme de services pour lesquels la "méthode principale" prévue aux articles 37 à 45 pouvait être utilisée. Il a été fait observer que cette méthode avait donné dans la pratique des résultats satisfaisants pour certains types de marchés, comme les marchés de services intellectuels qui ne débouchaient pas sur des produits physiques mesurables, tels les services de consultant ou d'autre professionnel hautement qualifié. Des questions ont toutefois été soulevées quant à l'adéquation de cette méthode, par exemple, dans le cas de services pour lesquels l'entité adjudicatrice pouvait donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation. On a fait observer que le fait d'avoir traité dans la Loi type les services séparément des autres marchés avait conduit à mettre l'accent sur les caractéristiques particulières de certains marchés de services, plutôt que sur les traits qui étaient communs à de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services.

80. Le Groupe de travail a pris note des informations générales fournies aux paragraphes 41 à 44 de la note du secrétariat A/CN.9/WGI/WP.32 sur les dispositions de la Loi type régissant la "méthode principale pour la passation des marchés de services". Il a également examiné l'expérience des organisations nationales et régionales dans ce domaine. Il a été constaté à cet égard que les procédures de passation des marchés de services avaient ceci de commun qu'elles étaient soumises à des dispositions plus souples que la passation des marchés de biens et de travaux.

81. Les règles d'une organisation régionale autorisaient l'utilisation d'une forme souple de procédures négociées avec mise en concurrence, après publication d'un avis de marché, comme principale méthode de passation dans les cas où il n'était pas possible de formuler des spécifications avec précision. Ce type de procédure s'appliquait en particulier aux services financiers et aux "services intellectuels", définis comme des services qui ne débouchaient pas sur un produit physique (mais se caractérisaient principalement par un élément intellectuel), l'aspect déterminant étant toutefois la qualité – la valeur technique – des propositions. Son utilisation ne se limitait cependant pas à ces services. Les réponses initiales des fournisseurs permettaient d'arrêter définitivement les spécifications en question. Dans un souci de transparence et pour préserver la souplesse, les modifications de fond apportées aux spécifications durant le processus, et le moment auquel ces dernières avaient été finalisées, étaient communiqués. La meilleure offre définitive de chaque fournisseur était enregistrée par sécurité.

82. Une approche différente avait été adoptée par une institution multilatérale de prêt. Constatant que les banques de développement ne participaient pas à certains types de marchés de services moins complexes (tels que les services de nettoyage), elle avait séparé les "services intellectuels", tels que décrits plus haut de tous les autres types de services. Après une sollicitation ouverte de manifestations d'intérêt,

un nombre restreint de fournisseurs sélectionnés étaient invités à soumettre une proposition, probablement après une procédure formelle de présélection. La valeur qualitative des propositions était prise en compte dans l'évaluation en même temps que le prix, d'une façon qui variait selon le type de services, et l'adjudicataire était ainsi sélectionné. Le coût relatif de la préparation d'une bonne proposition étant élevé compte tenu de la valeur du projet, on a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'inviter de nombreux fournisseurs à supporter ce coût s'ils avaient peu de chances d'être sélectionnés, car celui-ci les dissuaderait de participer et le coût de la participation serait finalement supporté par le processus de passation tout entier. Il a également été observé que ce coût relatif élevé risquait de décourager les petites et moyennes entreprises de participer à la passation, ce qui pouvait aller à l'encontre des politiques industrielles générales de certains États.

83. Les régimes nationaux, a-t-on indiqué, traitaient la question de manières très diverses mais même les systèmes les plus souples, a-t-on fait remarquer, n'autorisaient pas la libre utilisation de toutes les procédures de sélection prévues dans la méthode principale de la Loi type pour la passation de tous les types de marchés de services. Les entités étaient tenues au contraire de recourir aux méthodes ordinaires de passation de marchés de biens lorsqu'elles achetaient des services, sauf exceptions spécifiques. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait prendre acte des pratiques actuelles et expériences pertinentes.

84. L'avis a été exprimé que l'utilisation de la méthode principale de passation des marchés de services prévue dans la Loi type devrait être traitée avec prudence en raison des risques inhérents d'opacité et d'abus découlant de la souplesse et de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sur des questions subjectives.

85. Il a été noté que les objectifs et procédures de la passation des marchés prévus dans la Loi type étaient les mêmes quel que soit le type de marché (services ou autres), de sorte que même si les critères d'évaluation étaient différents, il faudrait s'efforcer d'avoir une approche cohérente dans le choix de la méthode de passation.

86. Il a été rappelé que l'objectif d'obtention d'un bon rapport qualité-prix dans la passation des marchés tendait à faire conclure que si une spécification détaillée pouvait être formulée au départ, la procédure d'appel d'offres serait la méthode optimale de passation. Il a été noté que la question se posant au Groupe de travail était celle de savoir comment traiter la situation dans laquelle on ne pouvait formuler de spécification détaillée et où l'appel d'offres n'était pas approprié. Il a été convenu que les quatre méthodes, autres que l'appel d'offres, devraient être proposées aux entités adjudicatrices mais que le Groupe de travail devrait examiner la question du choix de l'une ou l'autre méthode. Il a également été reconnu que ni la Loi type, ni le Guide sur l'incorporation, tels qu'actuellement rédigés, ne donnaient beaucoup d'orientations sur ce choix.

87. Le Groupe de travail a examiné trois principaux aspects de cette question. Premièrement, il s'est demandé si la Loi type devrait préciser quand autoriser l'utilisation de méthodes particulières de passation, en mentionnant éventuellement des types de services particuliers, et notamment si elle devrait restreindre la méthode principale de passation à certains types de services. Dans l'affirmative, il conviendrait de déterminer si ces services devraient être définis, par exemple par référence à leur nature ou à des situations générales. Deuxièmement, le Groupe de travail s'est demandé s'il était possible de définir clairement les services, par

exemple les services intellectuels. Troisièmement, étant donné qu'il souhaitait éviter une approche trop directive et compte tenu de l'expérience des États et des organisations exposée plus haut, il s'est demandé quel devrait être le degré de précision des éventuelles nouvelles dispositions et où elles devraient figurer.

88. Un exemple de l'interdépendance possible des questions soulevées ci-dessus était le fait que certains projets pouvaient comporter plusieurs étapes, chacune donnant lieu à la passation d'un marché distinct avec des caractéristiques différentes. Ainsi, un projet de construction pouvait comprendre une phase de conception architecturale et une phase de construction. Il importait de reconnaître la nécessité de prendre en compte les coûts de la phase de construction, lors de l'évaluation de l'intérêt relatif des propositions architecturales (qui pouvaient elles-mêmes être présentées dans le cadre d'un concours), afin de parvenir au meilleur rapport qualité-prix pour l'ensemble du projet.

89. Le Groupe de travail a examiné la proposition visant à limiter l'utilisation de la méthode principale de passation des marchés de services. Une solution possible était de faire de l'appel d'offres la méthode principale ou de faire de l'appel d'offres et de la sollicitation de propositions les deuxième et troisième méthodes préconisées (ou vice versa). En réponse à ces suggestions, cependant, un fort soutien s'est exprimé en faveur de l'avis selon lequel il ne faudrait pas modifier la Loi type telle qu'actuellement rédigée.

90. En ce qui concerne la notion de services, le Groupe de travail est convenu que la question de savoir si les services intellectuels se prêtaient à une définition précise était essentielle pour ses délibérations. Il a été observé que les définitions devraient, dans la mesure du possible, être cohérentes avec celles établies dans d'autres systèmes. Il a également été noté qu'il serait plus difficile d'élaborer une définition si un projet comportait à la fois des biens et des services dont le coût respectif ne reflétait peut-être pas leur importance relative dans le projet. Par exemple, dans le cadre d'un projet d'informatisation, le matériel informatique initial pouvait représenter la dépense la plus importante, mais les services fournis en continu pouvaient déterminer le succès ou l'échec du projet. La question était de savoir si un tel projet devrait être défini comme portant sur des services intellectuels. De même, certains types de services pouvaient exiger des connaissances spécialisées dans certains cas, et pas dans d'autres, de sorte que l'approche consistant à les considérer comme des services intellectuels pouvait n'être appropriée que dans certains cas.

91. En outre, il a été fait remarquer que si la méthode principale de passation des marchés de services était utilisable uniquement pour les services intellectuels, définis comme étant des services non matériellement quantifiables, de trop nombreux marchés risquaient d'être passés par l'intermédiaire d'un appel d'offres. Il a été observé qu'il était de plus en plus fréquent de structurer les marchés de services, y compris ceux comportant une composante intellectuelle très importante, en fonction des résultats, de sorte qu'ils étaient en fait quantifiables matériellement. Ce seul fait, néanmoins, n'était pas une raison suffisante pour les soumettre à une procédure d'appel d'offres (qui n'était pas appropriée pour la passation de marchés complexes).

92. Enfin, il a été ajouté que certains systèmes traitaient de plus en plus tous les projets complexes comme des passations de marchés de services. Par exemple, une

usine hydroélectrique pouvait être considérée comme un service de fourniture d'énergie et l'entité adjudicatrice n'avait pas besoin d'acheter l'usine elle-même.

93. En conclusion, après de longs débats reflétant les difficultés que posait la définition des services intellectuels, le Groupe de travail est convenu que les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type et qu'il n'était donc pas nécessaire de réviser cette dernière sur ce point. Cependant, il est aussi convenu de la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce. Ces orientations devraient être expressément liées aux principaux buts et objectifs de la Loi type.

4. Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales

94. Le Groupe de travail a noté qu'il avait été admis, au moment de la rédaction de la Loi type, que les États pouvaient utiliser la passation de marchés pour promouvoir la réalisation d'autres grands objectifs, pouvant revêtir un caractère économique ou non, tels que des objectifs industriels, sociaux ou environnementaux. Cette possibilité était reflétée à l'article 34-4 de la Loi type et examinée dans le Guide pour l'incorporation. Il a été noté que la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de la passation de marchés à ces fins, mais proposait des moyens de le faire d'une manière transparente. Le Groupe de travail a été invité à examiner si la Loi type établissait un juste équilibre entre les objectifs d'économie et d'efficacité maximales dans la passation de marchés et d'autres objectifs et, dans la négative, quelles mesures prendre pour les équilibrer davantage, soit en modifiant la Loi type, soit en donnant les orientations nécessaires dans le Guide pour l'incorporation.

95. Lors de l'examen de ces questions, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur deux alinéas de l'article 34-4 de la Loi type: l'alinéa c) iii), qui traitait des facteurs non objectifs pouvant être pris en compte pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation; et l'alinéa d) qui traitait de l'octroi d'une marge de préférence pour les besoins nationaux. Il a été dit que ces dispositions se chevauchaient d'une certaine façon puisqu'elles visaient toutes deux à promouvoir l'économie nationale.

96. Il a été noté qu'en dépit d'éventuelles objections de principe contre l'utilisation de la passation de marchés publics pour promouvoir la réalisation d'objectifs autres que la seule recherche du meilleur rapport "qualité-prix", il a été admis que, dans la pratique, les États se servaient souvent des marchés publics pour atteindre ces autres objectifs. De plus, il a été estimé que, dans certains cas, il était approprié et important de mettre la passation de marchés au service de la réalisation de ces objectifs, à condition que cette pratique ne soit pas contraire aux principaux buts de la procédure de passation, comme l'économie, l'efficacité, la transparence, la concurrence et le traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. De l'avis général, toutefois, la préoccupation de la Loi type devrait demeurer la passation de marchés et non la promotion d'autres objectifs.

97. Deux moyens de limiter les risques d'abus en cas d'utilisation de la passation de marchés à ces autres fins ont été examinés: a) faire figurer la promotion de ces

autres objectifs dans les spécifications; ou b) faire de ces objectifs des critères d'évaluation quantifiables et les faire connaître au stade de la sollicitation des offres, comme le prévoyait déjà l'article 34-4 b) ii) de la Loi type. D'autres mesures de limitation pourraient consister à exiger notamment: que les autres objectifs soient liés à l'objet de la passation de marchés; que leur évaluation ne soit pas laissée à la seule discrétion de l'entité adjudicatrice; et que leur utilisation comme critères d'évaluation respecte les principes fondamentaux de la bonne pratique de passation de marchés, tels que le traitement égal des fournisseurs et la nécessité de promouvoir la concurrence. Un autre moyen de renforcer la transparence, a-t-on dit, était d'utiliser les critères d'évaluation de sorte que tout abus puisse être contesté par l'intermédiaire des mécanismes de recours.

98. Le Groupe de travail a examiné longuement ces propositions. D'une manière générale, il a été estimé que la Loi type était suffisamment équilibrée et qu'il n'était pas nécessaire de la modifier. Si, toutefois, le Groupe de travail décidait de la modifier, il devrait le faire sans porter préjudice aux principes de la passation de marchés exposés dans son préambule. Une meilleure solution cependant serait probablement de ne pas toucher à la Loi type et de fournir dans le Guide des explications supplémentaires sur les situations dans lesquelles la passation de marchés pourrait être utilisée pour promouvoir d'autres objectifs et sur la manière de faire en sorte que cette utilisation soit transparente.

99. On s'est inquiété du maintien des taux de change virtuels et des arrangements d'échanges compensés parmi les facteurs à prendre en compte pour déterminer l'offre la plus basse (art. 34-4 d) de la Loi type). Le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité de réexaminer, en temps utile, si ces facteurs étaient appropriés dans la Loi type.

100. Le Groupe de travail a également noté que la capacité des États adoptants à recourir à des critères non économiques pour évaluer et comparer les offres pouvait être limitée par des traités ou accords internationaux ou régionaux liant ces États. Il a été toutefois convenu que l'article 34-4 de la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de préférences nationales et que son article 3 traitait cette question d'une manière adéquate en affirmant que les obligations conventionnelles l'emportaient sur les dispositions de la Loi type.

101. Le Groupe de travail a conclu en reconnaissant que les dispositions existantes de la Loi type établissaient un équilibre suffisant entre la nécessité d'économie et d'efficacité et la possibilité pour un État adoptant de réaliser d'autres objectifs grâce à la passation de marchés. Cependant, certains de ces autres objectifs énumérés dans la Loi type semblaient dépassés et le Groupe de travail pourrait examiner à un stade ultérieur s'il était souhaitable ou non de les maintenir. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision finale à ce stade sur la nécessité ou l'opportunité de définir dans le texte de la Loi type des mécanismes de contrôle supplémentaires visant à garantir la transparence dans l'utilisation de la passation de marchés pour favoriser d'autres objectifs. Il a été toutefois convenu que le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des orientations supplémentaires sur les moyens d'accroître la transparence et l'objectivité dans l'utilisation de ces autres objectifs comme critères d'évaluation.

5. Voies de droit et exécution

102. Le Groupe de travail a noté que la question des voies de droit et de l'exécution touchait à la légalité des actes de l'administration et à la séparation des pouvoirs entre les branches exécutive et judiciaire d'un État. Ces sujets pouvant faire l'objet d'une grande diversité d'approches dans les différents systèmes juridiques, il était important de traiter la question du recours d'une manière mesurée. En effet, les États appliquaient des politiques très différentes pour faire respecter les règles de passation et autorisaient à des degrés très variables le fournisseur à engager un recours. Dans certains pays, il existait depuis longtemps un mécanisme de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés, alors que dans d'autres, aucune disposition législative générale n'était prévue dans ce domaine (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaires). Certains systèmes juridiques prévoyaient des sanctions administratives pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres encore prévoyaient à la fois un recours administratif, qui permettait notamment de suspendre la procédure de passation, un contrôle judiciaire des décisions d'attribution des marchés par les tribunaux ordinaires et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices.

103. Pour tenir compte de ces éléments, les dispositions du chapitre VI de la Loi type se limitaient à des orientations générales et il était indiqué en note que les États adoptants avaient la possibilité de n'incorporer que certains des articles, voire aucun, ce qui leur laissait une grande latitude pour appliquer la Loi type. En outre, la Loi type ne réglementait pas certains domaines, tels que l'indépendance de l'organe administratif de recours et la forme des mesures réparatrices (qui pouvaient comprendre des ordonnances ou des recommandations) et ne prévoyait pas de procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Elle ne créait pas non plus de droit à un recours judiciaire, même si l'article 57 autorisait les États adoptants qui en prévoyaient un à habiliter les tribunaux compétents à connaître des contestations relatives à la passation des marchés.

104. Reconnaissant qu'il fallait faire preuve de prudence dans toute tentative d'élargir les dispositions de la Loi type relatives aux recours et à l'exécution, le Groupe de travail a examiné les questions suivantes:

a) Faudrait-il recommander plus clairement l'insertion, dans la législation nationale, et l'application de dispositions relatives aux recours et donner des orientations plus détaillées, notamment sous la forme de projets de dispositions types, dans le Guide pour l'incorporation?

b) Faudrait-il renforcer les dispositions concernant les recours administratifs, en exigeant par exemple une procédure de recours devant un organe indépendant?

c) Faudrait-il donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, notamment sur les pouvoirs des tribunaux et les délais de présentation et d'examen des recours, la possibilité d'infirmer des décisions incorrectes d'attribution des marchés et les mesures de réparation pouvant être appliquées? et

d) Le champ d'application des dispositions concernant les exceptions au droit de recours (art. 52-2) devrait-il être revu?

105. S'agissant de la question a) ci-dessus, un doute a été exprimé quant à savoir s'il était possible de proposer pour les recours et l'exécution un modèle qui soit acceptable dans divers pays. Il a été jugé préférable de ne pas tenter d'insérer des dispositions détaillées dans la Loi type elle-même, car le Guide pour l'incorporation convenait mieux pour expliquer les diverses approches et options possibles, notamment leurs incidences pratiques et leurs avantages et inconvénients possibles. Par exemple, le Guide pourrait expliquer que les procédures de recours inciteraient les administrations à un contrôle interne plus strict et protégeraient les droits des entrepreneurs potentiels.

106. Les avis ont divergé en ce qui concerne la question b). La nécessité d'un mécanisme administratif indépendant d'examen des recours a été soulignée car il n'était sans doute pas réaliste d'espérer que l'entité adjudicatrice examinerait toujours ses propres actes et décisions de manière impartiale et efficace. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation donne des indications pour la création d'un organe administratif indépendant (en précisant, par exemple, si ce dernier devait siéger en permanence ou être constitué pour chaque affaire). Il a été noté qu'il existait déjà, dans certains États, un examen indépendant des recours par l'intermédiaire du système judiciaire et que les États en question n'auraient donc pas intérêt à se doter de mécanismes supplémentaires sous peine d'en altérer la structure et le fonctionnement.

107. Il a été convenu que l'identité de l'organe chargé d'examiner les recours importait moins que son efficacité et que le fait qu'il soit indépendant de l'entité adjudicatrice et à l'abri de toute pression politique pour rendre ses décisions. L'organe d'examen des recours devrait notamment être habilité: à intervenir sans délai et à suspendre ou annuler la procédure de passation; à prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances de ne pas faire et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; à allouer des dommages-intérêts si l'intervention était trop tardive (par exemple après l'attribution du marché); à agir rapidement dans un délai raisonnablement court (4 à 5 semaines, a-t-on suggéré, constitueraient un délai optimal). Le Groupe de travail a alors été renvoyé aux débats sur l'indépendance et les pouvoirs des organismes de réglementation auxquels avait donné lieu l'élaboration de recommandations sur le cadre réglementaire pour les services d'utilité publique lors de la préparation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. On s'est également référé aux dispositions pertinentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce, en particulier à son article 20, aux termes duquel les contestations étaient soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication. Selon un avis, les dispositions de l'AMP pourraient servir de base pour déterminer les domaines dans lesquels améliorer les mécanismes de recours et d'exécution prévus dans la Loi type.

108. S'agissant de la question posée à l'alinéa c) ci-dessus, à savoir s'il fallait donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, il a été estimé que ces conseils et orientations seraient utiles en particulier s'ils encourageaient le règlement rapide par les tribunaux des litiges relatifs à la passation des marchés. Il a été cependant dit qu'un recours excessif à la

procédure judiciaire n'était peut-être pas toujours la meilleure solution, car dans de nombreux pays les procédures judiciaires étaient longues et les tribunaux n'avaient pas de connaissances spécialisées dans la passation des marchés. Cette situation, a-t-on dit, laissait à désirer. En effet, la rapidité d'intervention était un facteur essentiel dans toute procédure de recours efficace car les parties lésées ne pouvaient espérer obtenir des résultats significatifs que si elles pouvaient se prévaloir de voies de droit efficaces pendant les étapes précédant l'attribution des marchés. À cet égard, il a été noté que certaines réglementations nationales et régionales prévoyaient une période entre l'attribution et la formation définitive du contrat de marché pendant laquelle les parties lésées pouvaient formuler leurs contestations. Il importait par conséquent d'informer les tribunaux que la possibilité de suspendre une procédure de passation était une solution qui méritait d'être envisagée. Le Groupe de travail a pris note de ces vues et a convenu que les États adoptants pourraient tirer parti de conseils sur la manière d'améliorer l'efficacité des recours judiciaires. Ces conseils, qui pourraient également aider à harmoniser la législation et la pratique dans ce domaine, devraient néanmoins respecter les diverses traditions juridiques dans les différents États et ne devraient pas être trop directifs.

109. En ce qui concerne la modification proposée à l'alinéa d) ci-dessus du champ d'application des dispositions énonçant les exceptions au droit de recours (art. 52-2), il a été suggéré de supprimer certaines, si ce n'est la totalité, de ces exceptions. En particulier, l'exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a) a suscité des critiques, car le fait que le choix des méthodes de passation n'ait pas à être justifié était un des aspects à l'origine de la plupart des abus dans la pratique. Il a été estimé que, dans leur ensemble, les exceptions prévues à l'article 52-2 compromettaient l'intégrité du système de passation des marchés et devaient être supprimées. Il a également été noté que l'AMP ne prévoyait pas d'exceptions au droit de recours.

110. À cela il a été répondu qu'en autorisant l'exercice de voies de recours, y compris judiciaire, pour toutes les questions mentionnées à l'article 52-2, on risquait de créer des difficultés dans certains systèmes juridiques. Par exemple, la branche judiciaire de certains pays avait des pouvoirs limités pour remettre en question les décisions des organes exécutifs supposément prises dans l'intérêt général. De plus, dans certains systèmes juridiques, un fournisseur potentiel n'avait peut-être pas qualité pour contester des décisions telles que le choix d'une méthode de passation des marchés, qui étaient habituellement prises par l'entité adjudicatrice avant l'engagement de la procédure de passation. Le Groupe de travail a été invité à reconnaître que différents systèmes juridiques prévoyaient diverses manières de contrôler les actes des entités adjudicatrices, qui ne reposaient pas toutes sur la contestation des soumissionnaires. Il a par ailleurs été souligné que, indépendamment de la décision que le Groupe de travail prendrait sur la question, les recours sur les points énumérés à l'article 52-2 resteraient possibles dans certains cas en vertu des dispositions d'autres lois, par exemple, si la décision de l'entité adjudicatrice était fondée sur un motif illégitime.

111. Le Groupe de travail a également examiné si les modes alternatifs de règlement des litiges étaient appropriés dans les procédures de passation. Selon un avis, si ces modes de règlement pouvaient être utiles après l'attribution des marchés, leur utilité n'était pas certaine dans les étapes précédant l'attribution. En outre, dans certains pays, il avait été constaté que le recours à l'arbitrage et à d'autres méthodes

extrajudiciaires de règlement des litiges ne contribuait peut-être pas toujours au développement du droit, car dans de nombreux systèmes juridiques les sentences arbitrales ou les accords issus de conciliations n'aboutissaient pas à l'établissement d'un précédent ayant un caractère obligatoire. S'il convenait d'admettre l'utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges dans les procédures de passation, il a été souligné qu'il ne fallait pas donner l'impression que ces modes de règlement pouvaient toujours se substituer aux recours judiciaires.

112. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations en convenant de ce qui suit:

a) Il serait utile de donner des orientations plus détaillées, probablement dans le Guide pour l'incorporation, sur les dispositions relatives aux recours qui pourraient être insérées dans les législations nationales;

b) Reconnaissant qu'il existait différents systèmes, dont certains privilégiaient les recours judiciaires et d'autres les recours devant un organe administratif indépendant, le Groupe de travail devrait laisser aux États plusieurs possibilités, compte tenu du fait que la Loi type était suffisamment souple à cet égard et de l'importance capitale que revêtait l'indépendance de l'organe chargé d'examiner les recours. Si des commentaires supplémentaires sur la question étaient nécessaires, ils pourraient être insérés dans le Guide;

c) Le soin d'élaborer des dispositions relatives aux recours judiciaires devrait être laissé aux États adoptants; et

d) La liste d'exceptions figurant à l'article 52-2 devrait être supprimée. Le Guide pour l'incorporation devrait cependant indiquer que les États adoptants auraient la possibilité d'exclure certaines questions, entre autres celles actuellement énumérées dans l'article, de la procédure de recours. Le Guide devrait indiquer les motifs de ces exclusions et en expliquer les conséquences, par exemple le risque qu'elles empêchent d'examiner et de contrôler effectivement si la procédure de passation est bien gérée.

113. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer des projets de textes tenant compte des délibérations ci-dessus, pour qu'il les examine en temps utile.

6. Autres questions

a) Autres méthodes de passation des marchés

114. On a estimé qu'il pourrait être utile d'examiner la nécessité et les conditions de l'utilisation de certaines des "autres méthodes de passation des marchés" indiquées au chapitre V de la Loi type, afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines institutions multilatérales de prêt et d'autres organismes considérant que ces méthodes étaient trop nombreuses. Bien qu'il soit indiqué dans la Loi type qu'un État adoptant n'avait pas besoin d'incorporer dans sa législation toutes ces méthodes et qu'il ne devrait peut-être pas le faire, le Groupe de travail a été invité à déterminer si les dispositions relatives à certaines d'entre elles devraient être revues.

115. Les suggestions suivantes en particulier ont été faites: l'"appel d'offres en deux étapes" (art. 46), au lieu d'être classé parmi les "autres méthodes", pourrait être considéré comme une forme d'appel d'offres ouvert, dont la première étape aurait pour objet de préciser les spécifications, afin de garantir une sélection

transparente au cours de la deuxième étape. D'autre part, étant donné que les méthodes autres que les procédures d'appel d'offres ouvertes avaient peut-être été utilisées dans la pratique plus largement qu'on ne l'avait prévu, il faudrait limiter les motifs d'y recourir. Par exemple, parmi les motifs justifiant le recours à l'"appel d'offres restreint" (art. 20 et 47), à savoir le coût "disproportionné" d'autres procédures et "le nombre limité de fournisseurs", on pourrait envisager de ne conserver que le dernier, et les motifs justifiant le recours à la "solicitation d'une source unique" devraient être limités de manière à ne pas inclure de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologie, les prix virtuels ou les échanges compensés (comme c'était actuellement le cas à l'article 22-2 de la Loi type). Il a aussi été suggéré de supprimer purement et simplement les procédures de "solicitation de propositions" et de "négociation avec appel à la concurrence" (art. 48 et 49).

116. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il devrait en temps utile déterminer s'il était nécessaire et souhaitable de circonscrire plus clairement les conditions d'utilisation des "autres" méthodes de passation des marchés, en vue de réduire les risques d'abus dans ce domaine. Il est aussi convenu qu'il pourrait en outre envisager ultérieurement de supprimer certaines de ces méthodes et de les présenter d'une manière qui fasse bien ressortir qu'elles constituaient une exception plutôt qu'une alternative dans le régime de la Loi type.

117. Le Groupe de travail a pris note de la crainte que l'assimilation de la procédure d'"appel d'offres en deux étapes" (art. 46) à une forme d'appel d'offres ouvert ne compromette l'objectivité de la méthode d'appel d'offres prévue dans la Loi type. Il est donc convenu d'examiner soigneusement cette question en temps utile. Il est par ailleurs convenu de la nécessité de revoir l'article 22 (en particulier supprimer le paragraphe 2) afin d'améliorer la transparence et, de manière générale, de renforcer l'obligation de justifier le recours à toutes les "autres méthodes" évoquée à l'article 18.

118. Enfin, le Groupe de travail est convenu de revenir sur la proposition de suppression de l'alinéa b) de l'article 20 – qui autorisait l'utilisation d'appels d'offres restreints lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens, des travaux ou des services requis –, une fois qu'il aurait eu la possibilité d'examiner comment cette disposition s'articulerait avec d'autres méthodes de passation des marchés, telles que les accords-cadres, qu'il avait provisoirement convenu d'examiner (voir par. 78).

b) Participation des usagers à la passation des marchés

119. On a fait remarquer que le moyen le plus efficace de réaliser un projet pouvait parfois être d'y associer les usagers, qui avaient avantage à assurer la qualité de l'exécution des travaux les concernant directement. Par exemple, cette participation pouvait conduire à la fourniture durable de services dans des secteurs dépourvus d'intérêt pour de grandes entreprises, comme la santé, les services de vulgarisation agricole et l'éducation informelle. Elle pouvait présenter divers avantages, comme l'amélioration de la qualité du produit final, en ce que: a) la population locale était soucieuse de voir atteints des niveaux satisfaisants et les travaux achevés à temps; b) le risque de litiges sur place pouvait être réduit; c) le nombre de formalités pourrait également être réduit grâce à l'utilisation de procédures moins formelles. Il

pouvait y avoir d'autres avantages comme la création d'emplois locaux utilisant des technologies à forte intensité de main-d'œuvre, le recours au savoir-faire et à des matériaux locaux, l'encouragement de l'entrepreneuriat local et l'amélioration de la transparence municipale, qui pouvaient être des objectifs sociaux de l'État adoptant. Dans la pratique, toutefois, de nombreux pays se trouvaient dans l'impossibilité de faire participer les usagers à l'exécution d'un projet car leur législation sur la passation des marchés ne prévoyait pas une telle possibilité. Le Groupe de travail a donc été invité à examiner des moyens de reconnaître la participation des usagers dans la Loi type.

120. Le Groupe de travail a reconnu que la participation des usagers à la phase d'exécution d'un projet pouvait être utile en permettant à ces derniers de mieux contrôler les dépenses publiques. L'expérience avait montré qu'un tel contrôle pouvait être efficace si les usagers concernés connaissaient suffisamment bien le projet, ce qui était généralement le cas lorsque celui-ci était de petite envergure. Pour les projets plus importants, en revanche, la nécessité d'informer dûment les usagers des éléments essentiels du projet pouvait représenter une tâche déraisonnablement lourde pour l'entité adjudicatrice. On a en outre déclaré que la participation des usagers se justifiait généralement lorsqu'elle améliorait la transparence et l'efficacité globales du processus de passation d'un marché, mais devait être envisagée avec prudence lorsqu'elle opacifiait la prise de décisions ou entraînait une augmentation des coûts ou une diminution de la concurrence. On a aussi fait valoir, à ce propos, qu'une telle participation ne constituait pas en soi une méthode de passation des marchés, mais plutôt une modalité d'exécution des projets financés par l'État et que le droit de réaliser des projets avec la participation des usagers ne découlait normalement pas de la législation d'un pays sur la passation des marchés mais d'autres règles et règlements régissant les dépenses publiques.

121. À cet argument, il a été répondu que, dans la pratique, la participation des usagers locaux pouvait être l'un des critères retenus pour la sélection de la méthode de passation des marchés ou pour l'attribution d'un marché, mais d'autres formules étaient possibles: les soumissionnaires pouvaient proposer leurs meilleures solutions – y compris la participation des usagers si tel était leur choix –, qui pourraient alors être comparées; les conditions d'exécution pouvaient prévoir l'emploi d'une main-d'œuvre ou de matériaux locaux; une partie du budget du projet pouvait être réservée pour la participation des usagers.

122. Le Groupe de travail a estimé que la plupart des questions que soulevait la participation des usagers avaient surtout trait à la planification et à l'exécution d'un projet plutôt qu'à la phase de passation du marché. Cette participation en tant que telle n'était pas une question facile à traiter dans la Loi type. Conscient toutefois de son importance croissante et de l'éventuelle nécessité de prévoir une législation l'autorisant dans de nombreux pays, il est convenu de revoir les dispositions de la Loi type afin de veiller à ce qu'elles ne fassent pas obstacle à l'imposition de cette participation dans une passation de marché pour un projet. Le Guide pour l'incorporation, a-t-il en outre été convenu, pourrait fournir des orientations supplémentaires sur la question.

c) Simplification et normalisation de la Loi type

123. On a fait observer que certains États adoptants avaient choisi de ne pas incorporer certaines des parties les plus détaillées de la Loi type, estimant qu'elles

ne s'étaient pas révélées nécessaires pour leur législation. On a dit aussi qu'il pourrait être utile d'apporter quelques modifications à la présentation de la Loi type, pour aider les États adoptants à formuler leur législation interne.

124. On a déclaré, en particulier, que certaines dispositions figurant actuellement dans le texte de la Loi type pourraient être déplacées dans une annexe ou prendre la forme de dispositions types dans le Guide pour l'incorporation. Il s'agirait par exemple de l'article 7-3, qui décrivait la teneur de la documentation de présélection, de l'article 11, qui énumérait les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure, de l'article 25, qui détaillait la teneur des invitations à soumettre des offres et à présenter des demandes de présélection dans les procédures d'appel d'offres, de l'article 27, qui décrivait la teneur du dossier de sollicitation, de l'article 38, qui concernait la teneur des sollicitations de propositions relatives à des services dans le cadre de la méthode principale de passation des marchés de services, et de l'article 48-4, qui avait trait à la teneur d'une sollicitation de propositions quand cette méthode était choisie pour d'autres marchés.

125. Des doutes ont été émis quant à la nécessité de raccourcir la Loi type. On a expliqué que certains États préféreraient disposer d'un instrument plus détaillé et qu'en tout état de cause, ils auraient la liberté de choisir le degré de détail et la structure qu'ils jugeaient appropriés à leurs conditions locales, y compris à leurs techniques et traditions de rédaction.

126. Le Groupe de travail est convenu qu'il était possible d'améliorer la structure de la Loi type et d'en simplifier le contenu, en réorganisant ses dispositions ou en supprimant celles qui étaient inutilement détaillées ou en les déplaçant dans le Guide pour l'incorporation. De l'avis général, l'objectif visé devrait être une loi type plus facile à utiliser où tous les éléments essentiels seraient préservés tout en étant mieux structurés et présentés plus simplement. Les mêmes principes devraient être appliqués pour la révision du Guide. Reconnaisant que l'introduction de nouveaux sujets dans la Loi type obligerait inévitablement à modifier la structure de cette dernière, le Groupe de travail a estimé qu'il serait préférable de revenir ultérieurement sur les propositions de simplification du texte.

d) Authentification des pièces produites

127. Il a été noté que l'article 10 de la Loi type disposait que, si l'entité adjudicatrice exigeait l'authentification des pièces produites, elle ne devait imposer aucune autre condition que celles prévues dans la législation générale pour l'authentification des pièces en question. Toutefois, cet article n'imposait pas de restriction au pouvoir des entités adjudicatrices de demander une telle authentification. Dans la pratique, a-t-on dit, les entités adjudicatrices exigeaient parfois que les pièces produites soient authentifiées par tous ceux qui devaient démontrer qu'ils avaient les qualifications requises pour participer à une procédure de passation de marchés, ce qui pouvait être long et coûteux pour les fournisseurs. À ce facteur dissuasif s'ajoutait le fait que tout ou partie des frais généraux supplémentaires engagés par les fournisseurs pouvaient être répercutés sur les entités adjudicatrices.

128. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait souhaitable de limiter le pouvoir des entités adjudicatrices de sorte que seul le fournisseur ayant remporté le marché soit tenu d'authentifier les pièces produites. Ce faisant, il a

convenu qu'il pourrait déterminer, en temps voulu, si l'article 10 pouvait être fusionné avec l'article 6-5.

Notes

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.*

² *Ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17) par. 81.*

³ *Ibid., par. 82.*