

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE

FILE COPY



Distr. GENERALE

A/CN.9/393
1er décembre 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-septième session
New York, 31 mai-17 juin 1994

PASSATION DES MARCHES

Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type
de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux

TABLE DES MATIERES

	Page
INTRODUCTION	4
I. CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE	5
II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE	16
PREAMBULE	16
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES	16
Article premier. Champ d'application	16
Article 2. Définitions	16
Article 3. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]	18
Article 4. Réglementation des marchés	18

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	19
Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	19
Article 7. Procédure de présélection	20
Article 8. Participation des fournisseurs et entrepreneurs	21
Article 9. Forme des communications	21
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	22
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	22
Article 12. Publication de l'avis d'attribution du marché	23
Article 13. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs	24
Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux	24
Article 15. Langue à utiliser	25
CHAPITRE II. METHODES DE PASSATION DES MARCHES ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES METHODES	25
Article 16. Méthodes de passation des marchés	25
Article 17. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence	26
Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	27
Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	27
Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	28
CHAPITRE III. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	28
SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRESELECTION	28
Article 21. Appel d'offres national	28
Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	28
Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	29
Article 24. Communication du dossier de sollicitation	29
Article 25. Teneur du dossier de sollicitation	30
Article 26. Clarification et modification du dossier de sollicitation	30
SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES	31
Article 27. Langue des offres	31
Article 28. Soumission des offres	31
Article 29. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	33
Article 30. Garanties de soumission	34

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
SECTION III. EVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	35
Article 31. Ouverture des offres	35
Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres	35
Article 33. Rejet de toutes les offres	38
Article 34. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs	38
Article 35. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	39
CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES METHODES QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	40
Article 36. Appel d'offres en deux étapes	41
Article 37. Appel d'offres restreint	41
Article 38. Sollicitation de propositions	42
Article 39. Appel à la concurrence	43
Article 40. Procédure de sollicitations de prix	44
Article 41. Sollicitation d'une source unique	44
CHAPITRE V. RECOURS	44
Article 42. Droit de recours	46
Article 43. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	47
Article 44. Recours administratif	48
Article 45. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]	51
Article 46. Suspension de la procédure de passation du marché	52
Article 47. Recours judiciaire	53

INTRODUCTION

Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (ci-après dénommée la "Loi type") à sa vingt-sixième session, tenue à Vienne en 1993. Cette Loi type a pour objet de servir de modèle aux pays pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17)). A la même session, la Commission a aussi adopté le présent Guide, qui fait pendant à la Loi type.
2. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés tient au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les marchés est inadaptée ou dépassée, ce qui a pour conséquence de réduire l'efficacité du processus de passation des marchés, d'augmenter les risques d'abus et d'empêcher l'acheteur du secteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés. Tous les pays ont besoin de lois et pratiques saines en matière de marchés publics, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est en cours de transformation. Dans ces derniers pays, une proportion importante des marchés émane du secteur public. Une bonne part de ces marchés concerne des projets se rattachant au processus même de développement économique et social. Ces pays en particulier souffrent d'une pénurie de fonds publics; aussi est-il essentiel que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible. La Loi type sera particulièrement utile dans les pays dont le système économique est en pleine transformation, car la réforme du système des marchés publics est une des clefs de voûte de la réforme législative entreprise pour développer l'économie de marché.
3. De plus, la Loi type peut aider à pallier aux désavantages tenant au fait qu'une législation nationale des marchés inappropriée entrave le commerce international, dont une proportion importante découle de ces marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant la passation des marchés et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent contribuer à limiter les possibilités qu'ont les gouvernements d'obtenir les prix compétitifs et la qualité que l'on peut attendre d'un marché passé à l'échelon international. Dans le même temps, une législation nationale des marchés inadéquate ou divergente empêche ou dissuade dans de nombreux pays les fournisseurs et entrepreneurs de vendre au gouvernement.
4. La CNUDCI est un organe de l'Assemblée générale des Nations Unies créé pour promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles au commerce international imputables aux insuffisances et aux divergences du droit commercial. Durant les vingt-cinq dernières années, la CNUDCI, composée d'Etats de toutes les régions se situant à tous les niveaux de développement économique, s'est acquittée de son mandat en élaborant des conventions internationales (les Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de

marchandises, sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg), sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), des Lois types (en plus de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et sur les virements internationaux), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et des guides juridiques (sur les contrats de construction, les opérations d'échanges compensés et les transferts électroniques de fonds).

Objet du Guide

5. En élaborant et en adoptant la Loi type, la Commission a été consciente du fait que, pour les Etats qui modernisent leur législation des marchés, la Loi type serait un outil plus efficace si des informations de base et des explications étaient données aux gouvernements et aux parlements pour les aider à utiliser la Loi type. La Commission a aussi tenu compte de ce que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiés de ce type de procédures.

6. Les informations présentées dans le Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation moderne des marchés conçue en fonction des objectifs énoncés dans le préambule de la Loi. Ces informations peuvent aussi aider les Etats à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions propres à tel ou tel Etat. Par exemple, des options ont été offertes sur des questions dont il y avait particulièrement lieu de penser qu'elles seraient traitées différemment d'un Etat à l'autre, telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences sur le champ d'application de la Loi type; l'approbation par une autorité de tutelle de certaines décisions et certains actes essentiels de la procédure de passation de marchés; les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres dans des cas exceptionnels; et la forme des procédures de recours et les modes de réparation disponibles. En outre, étant donné que la Loi type est une loi "cadre" n'offrant qu'une ossature minimale consistant en des dispositions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi.

I. CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

A. Objectifs

7. Les objectifs de la Loi type, consistant à développer au maximum la concurrence, à assurer un traitement équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs candidats à un marché public et à développer la transparence et l'objectivité, sont essentiels si l'on veut promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et supprimer les abus. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type, un Etat peut instaurer un climat garantissant au public que

l'acquéreur dépensera les fonds publics de manière responsable et en sera tenu comptable et obtiendra ainsi une contrepartie équitable; en outre, les parties offrant de vendre au gouvernement sauront qu'elles seront traitées équitablement.

B. Champ d'application de la Loi type

8. La Loi type telle qu'adoptée par la CNUDCI à sa vingt-sixième session régit les marchés relatifs à des biens et à des travaux. Cela dit, le meilleur moyen d'en atteindre les objectifs est d'en assurer l'application la plus large possible. Ainsi, bien que la Loi type prévoit l'exclusion des marchés intéressant la défense ou la sécurité, ainsi que d'autres secteurs que l'Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la loi ou dans la réglementation des marchés, cet Etat peut décider de ne pas fixer, dans sa législation, de limites importantes au champ d'application de la Loi type. Afin de faciliter l'application la plus large possible de la Loi type, il est prévu au paragraphe 2 de l'article premier que, même dans les secteurs exclus, il est loisible à l'entité adjudicatrice d'appliquer la Loi type. Il importe de noter que l'article 3 consacre le respect des obligations internationales de l'Etat au niveau intergouvernemental. Il prévoit que ces obligations internationales (par exemple, accords de prêt ou de subvention conclus avec des organismes d'assistance multilatérale ou bilatérale et fixant des conditions de procédure expresses pour la gestion des fonds en question; directives de groupements économiques régionaux d'intégration relatives à la passation des marchés) l'emportent sur la Loi type en cas de conflit.

9. La Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. La Loi type ne vise pas la phase d'exécution du marché. On n'y trouvera donc pas de dispositions sur des questions liées à l'exécution du marché telles que l'administration du marché, le règlement des litiges relatifs à son exécution ou la résiliation du marché. C'est à l'Etat qui adopte la Loi type qu'il appartient de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés.

10. La Loi type ne traite de la passation des marchés de services que dans la mesure où ces services sont connexes à un marché de biens ou de travaux. La CNUDCI compte achever à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994) l'élaboration des dispositions supplémentaires nécessaires pour étendre le champ d'application de la Loi type aux marchés de services. On peut supposer que les dispositions relatives aux marchés de services qu'élaborera la CNUDCI auront pour objet de promouvoir les mêmes objectifs que ceux qui sont énoncés dans le préambule de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux.

C. Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés

11. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre en oeuvre ces procédures dans un Etat. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les Etats d'une "réglementation des marchés" précisant dans le détail les

procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière ou de l'évolution de la situation dans chaque Etat - sans que soient compromis les objectifs de la Loi type.

12. On notera que la passation des marchés telle qu'elle est décrite dans la Loi type, outre qu'elle peut poser des problèmes de procédure qui devront être traités dans la réglementation des marchés, peut susciter certaines questions juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans la Loi type, mais peut-être dans d'autres textes de loi, par exemple les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats ou du droit pénal, ou les règles de procédure judiciaire.

D. Méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type

13. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourra rencontrer. L'Etat adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible, la Loi type propose d'autres méthodes.

Appel d'offres

14. Parmi les caractéristiques essentielles de l'appel d'offres prévu dans la Loi type, il faut citer les éléments suivants : en principe, sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; description et spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, des biens ou travaux à fournir, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; divulgation intégrale, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir (c'est-à-dire, prix seulement ou combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; ouverture publique des offres à la date limite de soumission des offres; et divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché.

Appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions, négociation avec appel à la concurrence

15. Lorsque l'entité adjudicatrice ne peut formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres et dans d'autres circonstances particulières visées au paragraphe 1 de l'article 17, la Loi type offre trois options pouvant être incorporées dans la législation nationale. Il s'agit de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. Ces trois méthodes de passation des marchés ont été retenues car les pratiques varient quant à la méthode à utiliser dans les circonstances susmentionnées. Une

situation dans laquelle l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications précises ou définitives se rencontre dans deux types de cas : premièrement, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite donc des propositions entre diverses solutions possibles (par exemple lorsqu'elle n'a pas décidé du type de matériau à utiliser pour construire un pont); deuxièmement, lorsque le marché porte sur des biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers ou des équipements informatiques complexes. Dans ce dernier cas exceptionnel, du fait de la complexité technique des biens, il peut être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications élaborées en l'absence de toute négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des biens ou travaux offerts.

16. Il n'y a pas d'ordre hiérarchique entre les trois méthodes énoncées à l'article 17; un Etat qui devrait incorporer au moins l'une de ces méthodes peut choisir de ne pas les incorporer toutes dans sa législation sur la passation des marchés. Les trois méthodes ont ceci en commun qu'elles donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité de négocier avec des fournisseurs et entrepreneurs afin de fixer les spécifications techniques et les conditions du marché, mais elles font appel à des procédures différentes pour choisir un fournisseur ou un entrepreneur.

17. Durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice a la possibilité de solliciter diverses propositions relatives aux caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou travaux ainsi qu'aux conditions contractuelles de leur fourniture. Après achèvement de cette première étape, l'entité adjudicatrice fixe définitivement les spécifications à remplir pour les biens ou travaux et, dans la deuxième étape, elle organise, sur la base de ces spécifications, une procédure ordinaire d'appel d'offres soumise aux règles énoncées dans le chapitre III de la Loi type. La sollicitation de propositions est une procédure par laquelle l'entité adjudicatrice approche en général un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs et sollicite de leur part diverses propositions, négocie avec eux la possibilité d'apporter des modifications à la teneur de leurs propositions, leur demande leur "meilleure offre définitive" puis évalue et compare ces meilleures offres définitives conformément aux critères d'évaluation divulgués d'avance, dont le poids relatif et le mode d'application ont aussi été divulgués d'avance aux fournisseurs ou aux entrepreneurs. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ne prévoit à aucun moment que l'entité adjudicatrice organise une procédure d'appel d'offres. La négociation avec appel à la concurrence diffère à la fois de l'appel d'offres en deux étapes et de la sollicitation de propositions en ceci qu'elle est une méthode de passation des marchés assez peu structurée pour laquelle la Loi type prévoit par conséquent peu de procédures et règles précises indépendamment de celles qu'on trouve dans les dispositions générales applicables. La Loi type prévoit aussi, au paragraphe 2 de l'article 17, que la négociation avec appel à la concurrence peut être utilisée dans des cas d'urgence au lieu de la procédure de sollicitation d'une source unique (voir le paragraphe 3 du commentaire à l'article 17).

Appel d'offres restreint

18. Pour deux catégories de cas exceptionnels, la Loi type propose l'appel d'offres restreint, méthode de passation des marchés qui ne diffère de l'appel d'offres qu'en ceci qu'elle permet à l'entité adjudicatrice de ne solliciter d'offres qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il s'agit du cas où, en raison de leur caractère techniquement complexe ou spécialisé, les biens ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, et du cas où le marché porte sur une si faible valeur qu'il convient, pour des raisons d'économie et d'efficacité, de restreindre le nombre d'offres que l'entité adjudicatrice doit prendre en considération.

Sollicitation de prix, sollicitation d'une source unique

19. Pour les achats de marchandises normalisées d'un prix peu élevé, la Loi type propose la méthode de sollicitation de prix, qui prévoit une procédure simplifiée et accélérée adaptée aux montants relativement faibles en jeu. Selon cette méthode, parfois dite "sélective" dans la pratique, l'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un petit nombre de fournisseurs et choisit l'offre la plus basse. Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, par exemple dans des cas d'urgence dus à des événements catastrophiques ou si les marchandises ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur, la Loi type propose la méthode de la sollicitation d'une source unique.

E. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

20. La Loi type comprend des dispositions visant à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs avec lesquels l'entité adjudicatrice passe un marché soient qualifiés pour exécuter le marché qui leur est confié et à instaurer un climat propice à l'équité et à la participation de fournisseurs et entrepreneurs qualifiés à la procédure de passation des marchés. L'article 6 exige que, quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs et les entrepreneurs soient qualifiés pour passer un marché; de plus, il spécifie les critères et procédures que l'entité adjudicatrice peut appliquer pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs, exige que soient préalablement divulgués aux fournisseurs et entrepreneurs les critères qui seront utilisés pour évaluer leurs qualifications, et exige que les mêmes critères soient appliqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation des marchés. Ces dispositions visent à assurer l'égalité de traitement et à éviter tout arbitraire, mais l'entité adjudicatrice jouit d'assez de latitude pour déterminer dans quelle mesure exactement il y a lieu d'examiner les qualifications dans une procédure donnée de passation des marchés. Outre ces dispositions de base sur les qualifications, la Loi type prévoit des procédures pour la présélection des fournisseurs et entrepreneurs au début de la procédure de passation des marchés ainsi que pour la confirmation ultérieure des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés.

F. Dispositions sur la participation internationale à la procédure de passation des marchés

21. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et à l'idée sous-jacente à la Loi type, à savoir que plus la

concurrence sera large, plus grande sera la valeur reçue en contrepartie des dépenses faites au moyen des deniers publics, la Loi type dispose qu'en principe les fournisseurs et entrepreneurs doivent être autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité et que les fournisseurs et entrepreneurs étrangers ne devraient pas faire par ailleurs l'objet de discrimination. Dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, cette règle générale est mise en application grâce à un certain nombre de procédures visant, par exemple, à faire en sorte que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection soient publiées de manière à être reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs.

22. La Loi type reconnaît en même temps que, dans certains cas, les Etats peuvent souhaiter restreindre la participation étrangère afin notamment de protéger certains secteurs économiques vitaux de leur capacité industrielle contre les effets délétères d'une concurrence étrangère débridée. Ces restrictions sont subordonnées à la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 8 selon laquelle l'entité adjudicatrice ne devrait imposer de restriction que pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives. Cette condition a pour objet de promouvoir la transparence et d'empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère. La référence, dans l'article 8, à l'exclusion de fournisseurs ou entrepreneurs selon des critères de nationalité en vertu de dispositions de la réglementation des marchés ou d'autres dispositions législatives, appuyée par l'article 3 sur la primauté des obligations internationales de l'Etat, permet également à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds utilisés sont fournis en vertu d'un arrangement d'aide bilatérale liée exigeant que les marchés financés par ces fonds soient passés avec des fournisseurs et entrepreneurs du pays donateur. De même, on admet par là les restrictions selon des critères de nationalité dans le cas, par exemple, des groupements économiques régionaux d'intégration qui accordent le traitement national aux fournisseurs et entrepreneurs des autres Etats membres du groupement, ainsi que les restrictions dues à des sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

23. Il est à noter que l'article 32-4 d) de la Loi type prévoit le recours à la technique dénommée "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Grâce à cette technique, la Loi type offre à l'Etat un mécanisme permettant d'établir un équilibre entre deux objectifs : la participation internationale à la procédure de passation des marchés et la promotion des capacités industrielles nationales, sans pourtant recourir à une procédure purement nationale de passation des marchés. La marge de préférence permet à l'entité adjudicatrice de retenir l'offre la plus basse d'un fournisseur ou entrepreneur local lorsque la différence de prix entre cette offre et l'offre la plus basse dans l'absolu ne dépasse pas cette marge. Elle permet à l'entité adjudicatrice de favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de s'approcher de prix compétitifs sur le plan international, et ce, sans exclure purement et simplement la concurrence étrangère. Il importe de ne pas permettre un isolement total à l'égard de la concurrence étrangère, afin de ne pas perpétuer un faible degré d'efficacité, d'économie et de compétitivité dans les secteurs concernés de l'industrie nationale. Par conséquent, la marge de préférence peut être un moyen souhaitable d'encourager la compétitivité des fournisseurs et entrepreneurs locaux, appelés non

seulement à pourvoir efficacement et économiquement aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés mais aussi à constituer une source d'exportations compétitives.

24. Indépendamment des cas où une procédure nationale de passation des marchés s'impose en raison des exigences juridiques visées au paragraphe 22, cas dans lesquels l'entité adjudicatrice peut ne pas appliquer les mesures spéciales prévues par la Loi type pour faciliter la participation internationale, la Loi type permet aussi à l'entité adjudicatrice de ne pas appliquer ces procédures dans le cas des marchés de faible valeur qui ne sont pas de nature à intéresser les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. La Loi type reconnaît en même temps que dans ce cas, l'entité adjudicatrice n'aurait aucun intérêt juridique ou économique à exclure la participation des fournisseurs et entrepreneurs étrangers puisqu'une exclusion globale de la participation étrangère aux marchés de ce type risquerait de priver sans nécessité l'entité adjudicatrice de la possibilité d'obtenir un meilleur prix.

G. Exigence d'une approbation préalable pour le recours à des procédures exceptionnelles

25. La Loi type dispose que certains actes et décisions importants de l'entité adjudicatrice, en ce qui concerne en particulier le recours à des procédures exceptionnelles (par exemple, le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres), devront être approuvés au préalable par une autorité de tutelle. Ce système d'approbation préalable permet de détecter les erreurs et les problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. En outre, il peut contribuer à uniformiser davantage le système national de passation des marchés, notamment lorsque l'Etat dispose d'un système de passation des marchés décentralisé. Toutefois, l'exigence d'une approbation préalable est présentée dans la Loi type comme une option. En effet, le système d'approbation préalable n'est pas en usage dans tous les pays, notamment lorsque le contrôle des pratiques en matière de passation des marchés est essentiellement assuré par le biais de la vérification des comptes.

26. Les références dans la Loi type à l'exigence d'une approbation préalable laissent l'Etat libre de désigner l'organe ou les organes chargés de donner les approbations voulues. L'autorité exercée, de même que l'organe exerçant la fonction d'approbation peuvent être différents. Cette fonction peut être confiée à un organe ou à une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le Ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des marchés), ou elle peut être confiée à un organe de supervision distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. Dans les cas où les entités adjudicatrices ne relèvent pas de la structure gouvernementale ou administrative de l'Etat, par exemple certaines entreprises commerciales appartenant à l'Etat, les Etats pourront juger préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un organe ou une autorité faisant partie de la structure administrative ou gouvernementale, afin de veiller à ce qu'il soit donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Quoi qu'il en soit, il importe que l'organe ou l'autorité puissent exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace et qu'ils soient suffisamment indépendants des personnes ou services participant à la procédure de passation d'un marché. Il semble préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un comité, plutôt que par une seule personne.

H. Procédures de recours

27. Une importante garantie du respect des règles relatives à la passation des marchés est que les fournisseurs et entrepreneurs ont un droit de recours contre les actes de l'entité adjudicatrice qui enfreignent ces règles. Ces procédures, énoncées au chapitre V, contribuent à faire de la Loi type un instrument qui, dans une large mesure, est autocontrôlé; en effet, elles offrent une voie de recours aux fournisseurs et entrepreneurs, qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type.

28. La Loi type reconnaît qu'en raison de considérations tenant à la nature et à la structure des systèmes juridiques et administratifs, étroitement liées à la question du contrôle des actes du gouvernement, les Etats pourraient, à des degrés divers, juger bon d'adapter les articles du chapitre V en fonction de ces considérations. Aussi les dispositions concernant les procédures de recours sont-elles plus sommaires que les autres parties de la Loi type. Ce qui importe avant tout, c'est que, quelle que soit la forme de ces procédures, la possibilité d'exercer un recours effectif soit offerte dans des conditions adéquates. On reconnaît en outre que l'Etat peut utiliser les articles de la Loi type relatifs aux recours dans le simple but d'évaluer les procédures de recours en vigueur.

29. Ces articles commencent par disposer que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit d'introduire un recours. Ce recours doit, en première instance, être porté devant l'entité adjudicatrice elle-même, en particulier si le marché n'a pas encore été attribué. Cette phase initiale a été introduite pour des raisons d'économie et d'efficacité; en effet, dans de nombreux cas, l'entité adjudicatrice peut, surtout si le marché n'a pas encore été attribué, être tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. La Loi type prévoit aussi qu'un recours peut être porté devant les instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec le système constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la Loi type reconnaît le droit à un recours judiciaire mais elle n'entre pas dans les questions de procédure judiciaire, pour lesquelles elle s'en remet aux dispositions applicables du droit interne.

30. Afin de maintenir un équilibre utile entre, d'une part, la nécessité de sauvegarder les droits des fournisseurs et entrepreneurs ainsi que l'intégrité de la procédure de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, le chapitre V, assujettit les procédures de recours qu'il établit à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux fournisseurs et entrepreneurs du droit de recours prévu dans la Loi type; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris toute suspension de la procédure de passation du marché pouvant intervenir au niveau du recours administratif; l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'entité adjudicatrice et ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux fournisseurs et entrepreneurs (par exemple, le choix d'une méthode de passation des marchés; la limitation de la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité conformément à l'article 8).

I. Exigence d'un procès-verbal

31. L'un des principaux moyens de promouvoir le respect des procédures énoncées dans la Loi type et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis des organes de tutelle, des fournisseurs et entrepreneurs et du public en général est d'exiger, comme le fait l'article 11, que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal où elle consigne les principales décisions et mesures qu'elle prend au cours de la procédure de passation des marchés. L'article 11 précise les éléments d'information qui doivent figurer dans le procès-verbal. Il spécifie aussi quelle partie du procès-verbal doit, du moins selon la Loi type, être communiquée à toute personne qui le demande, et quelle partie ne peut être communiquée qu'aux fournisseurs et entrepreneurs.

J. Autres dispositions

32. La Loi type comprend aussi diverses autres dispositions destinées à promouvoir les objectifs et les procédures. Ces dispositions traitent entre autres des questions suivantes : accès aux lois et règlements relatifs aux marchés; forme des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs; pièces fournies par les fournisseurs et entrepreneurs au sujet de leurs qualifications; publication de l'avis d'attribution du marché; rejet obligatoire d'une offre en cas d'incitations illicites proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs; manière de formuler des spécifications pour les biens ou les travaux requis; langue à utiliser pour les documents sollicitant des offres, des propositions ou des prix; procédures à suivre selon les diverses méthodes de passation des marchés que propose la Loi type (par exemple, pour la procédure d'appel d'offres : teneur du dossier de sollicitation; garanties de soumission; ouverture des offres; examen, évaluation et comparaison des offres; rejet de toutes les offres et entrée en vigueur du marché).

K. Structure administrative requise pour l'application de la Loi type

33. La Loi type n'énonce que les procédures à suivre pour le choix des entrepreneurs ou fournisseurs avec lesquels le marché sera conclu. On a supposé que tout Etat adoptant la Loi type disposait ou disposerait des structures institutionnelles et administratives appropriées, ainsi que du personnel requis pour gérer et administrer les procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type.

34. Outre la désignation de l'organe ou de l'autorité chargés de donner les approbations mentionnées aux paragraphes 25 et 26 ci-dessus, l'Etat adoptant la Loi type pourra juger souhaitable d'impartir les fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type. Toutes ces fonctions pourront être confiées à un organe ou une autorité uniques (par exemple au Ministère des finances ou du commerce, ou à une commission centrale des marchés), ou être réparties entre deux organes ou autorités ou plus. Ces fonctions peuvent consister en la totalité ou une partie des fonctions mentionnées ci-dessous :

a) Contrôle de l'application générale de la législation et de la réglementation des marchés. Cette fonction peut consister, par exemple, à publier une réglementation des marchés, à contrôler l'application de la législation et de la réglementation des marchés, à faire des recommandations en vue de leur amélioration et à interpréter la législation. Dans certains cas, par exemple pour des marchés de valeur élevée, l'organe peut être habilité à contrôler la procédure de passation des marchés, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la Loi type et à la réglementation des marchés, avant que le marché ne puisse entrer en vigueur.

b) Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière. Il peut s'agir, par exemple, de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents relatifs aux marchés, des spécifications et des conditions contractuelles normalisées.

c) Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation des marchés, compte tenu des grandes orientations politiques nationales. Il peut s'agir, par exemple, d'étudier les incidences des marchés sur l'économie nationale, de donner des conseils sur les effets de certains marchés sur les prix et sur d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans le cadre des politiques et programmes nationaux. L'organe ou l'autorité peuvent être chargés d'approuver la passation d'un marché donné avant le début de la procédure.

d) Formation des agents chargés des marchés. L'organe ou l'autorité peuvent également être responsables de la formation des agents chargés des marchés et d'autres fonctionnaires participant à l'administration du système de passation des marchés.

35. L'organe ou l'autorité chargés d'exercer des fonctions d'administration et de tutelle dans un Etat donné et le mandat précis confié à l'organe ou à l'autorité dépendront notamment des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'Etat, systèmes qui varient beaucoup d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être structuré compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité, car des systèmes excessivement coûteux ou lourds, soit pour l'entité adjudicatrice, soit pour les participants à la procédure, ou les systèmes retardant indûment la passation des marchés iraient à l'encontre du but recherché. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les fonctionnaires responsables de la procédure de passation des marchés risquerait d'entraver l'action de ces derniers.

36. On notera qu'un Etat adoptant la Loi type ne s'engage pas par là même à mettre sur pied une structure administrative donnée, non plus qu'il ne s'engage à augmenter les dépenses du secteur public.

37. Il est à noter qu'un certain nombre de questions qui sont du domaine des institutions, des politiques ou de la formation et du perfectionnement du personnel et ont trait à la passation des marchés publics, notamment dans les pays en développement, sont traitées dans le Guide N° 23 (Improving Public Procurement Systems) publié par le Centre du commerce international CNUCED/GATT (Genève).

L. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

38. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI peut fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, comme il le fait pour des gouvernements envisageant d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI, ou souhaitant adhérer à une des conventions de droit commercial international établies par la CNUDCI.

39. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que sur le Guide et sur d'autres lois types et conventions établies par la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Service du droit commercial international
Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne, B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)
Téléscripneur : 135612 uno a
Télécopieur : (43-1) 237-485
Téléphone : (43-1) 21131-4060

* * *

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

PREAMBULE

Si l'on a inclus dans la Loi type un énoncé des objectifs, c'est pour en faciliter l'interprétation et l'application. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou obligations quant au fond pour l'entité adjudicatrice ou les entrepreneurs ou fournisseurs. Dans les Etats où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la loi.

* * *

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier

Champ d'application

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue consiste à prévoir qu'en principe tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type, mais, dans le même temps, à reconnaître que l'Etat adoptant la Loi type pourra souhaiter exclure certains types de marchés. Cette disposition limite les exclusions aux cas prévus soit par la Loi elle-même, soit par une réglementation. Ainsi, les exclusions ne pourront être secrètes ou officieuses. Afin d'élargir autant que possible le champ d'application de la Loi type, le paragraphe 2 de l'article premier permet une application complète ou partielle de la Loi type même aux secteurs exclus. Il est aussi à noter que, bien que le paragraphe 2 a) de l'article premier exclue la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale, la Loi type ne doit pas être interprétée comme signifiant qu'un Etat disposé en principe à appliquer la Loi type à ces marchés devrait s'en abstenir.

2. Il est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait s'attacher à éviter de limiter le champ d'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés, car les exclusions au moyen de mesures administratives plutôt que législatives risquent d'avoir des incidences néfastes sur les objectifs de la Loi type. En outre, vu la grande diversité des procédures utilisables en application de la Loi type pour s'adapter aux différents types de situations pouvant se produire dans la passation des marchés, on aura sans doute rarement à exclure lesdites procédures. Les Etats qui excluent l'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés devraient prendre note de l'article 5.

* * *

Article 2

Définitions

1. La Loi type régit essentiellement les marchés passés par des services gouvernementaux et autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d'un Etat à l'autre en fonction de la répartition

des compétences législatives entre les différents niveaux de gouvernement. C'est pourquoi l'alinéa b) i), où est défini le terme "entité adjudicatrice", présente des options concernant les niveaux de gouvernement à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type tous les départements, organismes, organes et autres services gouvernementaux de l'Etat se rattachant au gouvernement central, ainsi qu'aux subdivisions provinciales, locales ou autres de l'Etat. Cette option serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait adoptée par les Etats n'adoptant la Loi type que pour des organes du gouvernement national.

2. Conformément à l'alinéa b) ii), l'Etat adoptant la Loi type peut en étendre l'application à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure gouvernementale de l'Etat s'il juge souhaitable qu'elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l'Etat pourra tenir compte notamment des facteurs suivants :

a) Le gouvernement fournit-il des fonds publics substantiels à l'entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté visant à garantir un paiement dû par l'entité dans le cadre du marché, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché ?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par le gouvernement ou le gouvernement participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité ?

c) Le gouvernement accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit ?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes au gouvernement ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité ?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'Etat a-t-il des incidences sur le marché proposé par l'entité ?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale, afin de s'acquitter de fonctions à une fin déterminée par la loi et les règles de droit public applicables normalement aux marchés publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité ?

3. A l'alinéa c), il est indiqué entre parenthèses, à la fin de la définition du mot "biens", que l'Etat voudra peut-être mentionner expressément, dans sa législation des marchés, des catégories d'articles qui seront considérés comme des biens mais dont la qualification risquerait autrement de n'être pas claire. On a voulu par là préciser ce qui doit être considéré comme étant des "biens", et non pas limiter le champ d'application de la Loi type.

* * *

Article 3

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

1. L'Etat peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'Etats sont parties à l'Accord du GATT sur les marchés publics et les membres de l'Union européenne sont liés par des directives relatives aux marchés publics. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent devoir appliquer des directives en matière de marchés publics qui ont été adoptées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou règles régissant les marchés passés avec des fonds fournis par eux. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen des fonds obtenus conformément auxdites directives ou règles. Les alinéas a) et b) ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation internationale à l'échelon intergouvernemental seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type.

2. La disposition optionnelle énoncée à l'alinéa c) permet à un Etat fédéral adoptant la Loi type de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux concernant les questions régies par la Loi type conclus entre le gouvernement fédéral et une ou plusieurs subdivisions de l'Etat, ou entre deux de ces subdivisions ou plus. Une telle clause pourra être utilisée dans les Etats où le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ces subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

* * *

Article 4

Réglementation des marchés

1. Comme il est noté aux paragraphes 6 et 11 de la section I du Guide, la Loi type est une "loi-cadre", énonçant les règles juridiques fondamentales régissant les marchés publics qui doivent être complétées par une réglementation promulguée par l'organe ou autorité approprié de l'Etat adoptant la Loi type. La technique de la "loi cadre" permet à l'Etat d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type doivent expressément être complétées par la réglementation des marchés. En outre, l'Etat pourra décider de compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation devrait être conforme à la Loi type.

2. Les procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes : application de la Loi type aux secteurs exclus (article 1-2); procédure de présélection (article 7-3 e)); mode de publication de l'avis d'attribution du marché (article 12); limitation (à ce qui est requis pour

faire face aux circonstances) du volume du marché passé en cas d'urgence au moyen d'une méthode autre que l'appel d'offres; détails concernant les procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (article 22); et conditions régissant la préparation et la soumission des offres (article 25 z)).

3. Dans certains cas, le défaut de publication d'une réglementation des marchés, lorsque cette réglementation est mentionnée dans la Loi type, peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures en question. Ces cas sont les suivants : limitation de la participation à la procédure de passation de marchés selon des critères de nationalité (article 8-1); utilisation de la procédure de sollicitation de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (article 19); et pouvoirs de l'entité adjudicatrice et procédures à appliquer en ce qui concerne l'octroi d'une marge de préférence aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 32-4 d)).

* * *

Article 5

Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

1. Cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés en disposant que ces textes doivent être accessibles au public. L'inclusion de cet article peut être jugée importante, non seulement dans les Etats où cette condition n'est pas déjà énoncée dans les règles de droit administratif en vigueur, mais aussi dans les Etats où cette condition est déjà imposée par la loi applicable. Dans ce dernier cas, l'organe législatif pourra juger qu'une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuera à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs et entrepreneurs sur cette exigence d'un accès du public, dans des conditions appropriées, aux textes juridiques traitant des procédures de passation de marchés.

2. Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont habituellement publiés les lois, règlements et décisions et directives administratives. Les textes visés dans le présent article pourraient être publiés dans ces journaux. Lorsqu'il n'existe pas de publications pour une ou plusieurs de ces catégories de textes, les textes devraient être promptement portés à la connaissance du public, notamment des entrepreneurs et fournisseurs étrangers, de toute autre manière appropriée.

* * *

Article 6

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

La fonction et les grandes lignes de l'article 6 ont été notées au paragraphe 20 de la section I du Guide. Le paragraphe 1 b) v) de l'article 6 fait référence à la disqualification d'entrepreneurs et fournisseurs à la

suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation. De telles procédures administratives - dans le cadre desquelles les présumés coupables devraient bénéficier de certains droits en matière de procédure, notamment la possibilité de réfuter les accusations - sont souvent mises en oeuvre pour suspendre ou radier des fournisseurs et entrepreneurs jugés coupables d'une faute (comptabilité erronée, non-exécution d'obligations contractuelles ou fraude). Il est à noter que la Loi type laisse à l'Etat le soin de fixer la période durant laquelle un délit pénal du type visé au paragraphe 1 b) v) devrait avoir pour effet d'exclure un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation des marchés.

* * *

Article 7

Procédure de présélection

1. La procédure de présélection a pour objet d'éliminer, dès les premières étapes de la passation d'un marché, les fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens ou travaux complexes ou ayant une valeur élevée; elle est aussi parfois à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible, mais portant sur des biens ou travaux très spécialisés. En effet, dans ces cas, l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions sont beaucoup plus longues, compliquées et onéreuses. Le recours à la procédure de présélection peut réduire le nombre d'offres ou propositions que l'entité adjudicatrice devra évaluer et comparer. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de se porter candidat à un marché à forte valeur, lorsque le coût de la préparation de leur soumission est élevé, si les concurrents sont très nombreux et s'ils doivent affronter des soumissions fantaisistes émanant d'entrepreneurs ou fournisseurs peu qualifiés ou de mauvaise réputation.

2. La procédure de présélection énoncée à l'article 7 est assortie d'un certain nombre d'importantes garanties. En particulier, cette procédure est soumise aux limitations énoncées à l'article 6, notamment pour ce qui est de l'évaluation des qualifications, et aux procédures énoncées aux paragraphes 2 à 7 de l'article 7. Cet ensemble de garanties a été incorporé, afin que la procédure de préqualification ne puisse être appliquée qu'à des conditions non discriminatoires, portées intégralement à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs participants, assurant au moins le minimum de transparence requis et facilitant l'exercice par un entrepreneur ou fournisseur non sélectionné de son droit de recours.

3. L'objet du paragraphe 8 de l'article 7 est de prévoir une confirmation, à un stade ultérieur de la procédure de passation du marché, des qualifications des entrepreneurs ou fournisseurs sélectionnés. Cette procédure de "postsélection" a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de s'assurer que les renseignements fournis par un entrepreneur ou un fournisseur au moment de la présélection sont toujours valables et exacts. Les conditions de procédure applicables à la postsélection visent à garantir les intérêts des entrepreneurs et fournisseurs, qui devront être traités équitablement, et ceux de l'entité adjudicatrice, qui souhaite ne conclure un marché qu'avec un entrepreneur ou fournisseur qualifié.

* * *

Article 8

Participation des fournisseurs et entrepreneurs

Comme il a été noté aux paragraphes 21 à 24 de la section I du Guide, la procédure internationale de passation des marchés présente de grands avantages. L'approche générale et la raison d'être des dispositions de la Loi type sur la participation internationale des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés sont décrites dans ces paragraphes, y compris la manière dont le principe général de la participation internationale peut être limité pour tenir compte d'obligations juridiques différentes et de la marge de préférence en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux.

* * *

Article 9

Forme des communications

1. L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante : ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné. Cette approche a été retenue afin de ne pas limiter les communications aux communications sur papier. Elle tient compte du fait que les communications sont de plus en plus souvent effectuées par d'autres moyens, tels que l'échange de données informatisées ("EDI"). Etant donné en particulier que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI sont encore inégalement disponibles et utilisées, le paragraphe 3 a été inclus pour prévenir la discrimination contre ou parmi les fournisseurs et entrepreneurs en raison de la méthode de communication qu'ils utilisent.

2. Bien entendu, l'article 9 ne vise pas à répondre à toutes les questions techniques et juridiques que peut soulever l'utilisation de l'EDI ou d'autres méthodes de communication non classiques dans le contexte de la procédure de passation des marchés, et les questions subsidiaires telles que l'émission d'une garantie de soumission par des moyens électroniques et d'autres questions ne rentrant pas dans le domaine des "communications" prévues par la Loi type relèveraient d'autres branches du droit.

3. Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

* * *

Article 10

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

1. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, l'article 10 interdit l'imposition de conditions quant à l'authentification des pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications, autres que celles prévues dans la législation de l'Etat relatives à l'authentification de pièces de la nature en question. Cet article n'impose pas l'authentification de toutes les pièces soumises par les entrepreneurs et fournisseurs, mais il reconnaît en fait que les Etats disposent de lois concernant l'authentification des pièces et énonce en principe qu'aucune formalité supplémentaire propre à la procédure de passation des marchés ne devra être imposée.

2. Il est à noter que l'expression "la législation du présent Etat" s'entend non seulement des lois mais aussi des règlements d'application et des obligations conventionnelles de l'Etat. Dans certains Etats, une telle référence générale à la "législation" suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres Etats, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit se justifierait afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

* * *

Article 11

Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

2. A propos des conditions régissant le procès-verbal, il faut spécifier dans quelle mesure le procès-verbal pourra être communiqué et quels en seront les destinataires. Pour déterminer les critères en la matière, il faut tenir compte des facteurs suivants, parfois divergents : intérêt, du point de vue de la responsabilité financière des entités adjudicatrices, d'une divulgation aussi large que possible; nécessité de fournir aux entrepreneurs et aux fournisseurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats et déterminer s'ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 11 prévoit deux niveaux de communication : il impose la communication à quiconque des renseignements visés à l'article 11-1 a)

et b) - informations de base touchant la responsabilité de l'entité adjudicatrice envers le public. La communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure est obligatoire envers les entrepreneurs et fournisseurs, car ils ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de passation des marchés et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type.

3. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'un des objectifs des dispositions en la matière est d'éviter la divulgation d'informations confidentielles des fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des offres, propositions et prix, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs et entrepreneurs. Aussi l'alinéa 1 e) ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix, alors que l'alinéa 3 b) restreint la divulgation d'informations plus détaillées allant au-delà de ce qui serait divulgué dans ce résumé.

4. Si la Loi type exige une divulgation aux entrepreneurs ou fournisseurs au moment où la décision est prise d'accepter une offre ou proposition particulière, c'est pour permettre l'exercice du droit de recours visé à l'article 42. En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, on risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel.

5. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'interdit pas que l'on applique à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'Etat conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable de l'Etat.

* * *

Article 12

Publication de l'avis d'attribution du marché

1. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation des marchés et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public pour ce qui est de l'utilisation des deniers publics, l'article 12 exige que l'entité adjudicatrice publie un avis d'attribution du marché. Cette obligation est distincte de l'obligation, prévue à l'article 35-6, de communiquer un avis d'attribution du marché aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont participé à la procédure d'appel d'offres, ainsi que de l'obligation, prévue à l'article 11-2, de communiquer les renseignements de cette nature figurant au procès-verbal à toute personne qui le demande. La Loi type ne spécifie pas la manière dont l'avis est publié; cette question est laissée à l'Etat qui, selon le paragraphe 2, peut la traiter dans la réglementation des marchés.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les

marchés, même de faible valeur, le paragraphe 3 permet à l'Etat de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication n'est pas exigée.

* * *

Article 13

Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

1. L'article 13 offre une garantie importante contre la corruption : l'obligation de rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, si le fournisseur ou l'entrepreneur tente d'exercer abusivement une influence sur l'entité adjudicatrice. On ne saurait espérer qu'une loi sur les marchés suffira à éliminer complètement ces pratiques abusives. Toutefois, les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et, partant, à réduire la corruption. En outre, l'Etat devrait disposer en général d'un système efficace de sanction contre la corruption de fonctionnaires, y compris les agents des entités adjudicatrices, et de fournisseurs et d'entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés.

2. Afin d'éviter toute application abusive de l'article 13, le rejet est soumis à approbation et doit être consigné dans le procès-verbal et promptement communiqué au coupable présumé. Ce dernier point a pour objet de permettre l'exercice d'un droit de recours.

* * *

Article 14

Règles concernant la description des biens ou des travaux

L'article 14 a pour objet de préciser qu'il importe de décrire les biens ou travaux requis de manière claire, complète et objective dans la documentation de présélection, dans le dossier de sollicitation et dans les documents sollicitant des propositions ou des prix. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés; elle permet aux fournisseurs et entrepreneurs de formuler des offres, des propositions et des prix répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et leur permet aussi de prévoir les risques et le coût de leur participation à la procédure de passation des marchés et de l'exécution du marché, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. Un dossier de sollicitation ainsi établi, par exemple, permettra une évaluation et une comparaison des offres sur une même base, ce qui est l'une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Il favorisera en outre la transparence et réduira les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires, voire abusifs, de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle disposant que les spécifications doivent être écrites de manière à ne pas favoriser tel ou tel fournisseur ou entrepreneur permettra à un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation des marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique.

* * *

Article 15

Langue à utiliser

1. Les mots entre parenthèses à la fin du chapeau ont pour objet de faciliter la participation à la procédure de passation des marchés en faisant en sorte que la documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix soient compréhensibles aux fournisseurs et entrepreneurs étrangers. La référence à une langue d'usage courant dans le commerce international n'a pas à être adoptée par un Etat dont la langue officielle entre déjà dans cette catégorie. Les alinéas a) et b) ont pour objet de donner à l'entité adjudicatrice la latitude nécessaire pour apporter des dérogations à l'exigence de l'emploi d'une langue étrangère lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux et lorsque, sans qu'une telle restriction soit imposée, les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne manifesteront vraisemblablement pas d'intérêt à participer à la procédure.

2. Dans les Etats où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure, dans la législation ou la réglementation des marchés, une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que les deux versions linguistiques ont le même poids.

* * *

CHAPITRE II. METHODES DE PASSATION DES MARCHES ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES METHODES

Article 16

Méthodes de passation des marchés

1. L'article 16 dispose que l'appel d'offres est la méthode normale de passation des marchés. Cela, parce que cette méthode permet en général d'obtenir les meilleures conditions d'économie et d'efficacité et de promouvoir en outre les autres objectifs énoncés dans le préambule. Toutefois, la Loi type prévoit également un certain nombre d'autres méthodes pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres ne serait pas possible ou, même s'il était possible, ne serait peut-être pas la méthode que l'entité adjudicatrice jugerait la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

2. Le paragraphe 2 de l'article 16 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés potentiellement moins concurrentielle que l'appel d'offres ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement.

* * *

Article 17

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

1. Dans les circonstances spécifiées au paragraphe 1 de l'article 17, la Loi type offre à l'Etat, comme il a été noté au paragraphe 15 de la section I du Guide, le choix entre trois différentes méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres - l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence. Comme on l'a aussi noté au paragraphe 16 de la section I du Guide, un Etat n'a pas à incorporer chacune des trois méthodes pour les circonstances visées à l'article 17, ni même à en incorporer plus d'une. Un Etat pourrait décider de ne pas incorporer plus d'une de ces méthodes car les entités adjudicatrices risqueraient d'éprouver des difficultés à déterminer quelle est la méthode la plus appropriée parmi deux ou trois méthodes similaires. Lorsqu'il décidera laquelle des trois méthodes incorporer, l'Etat pourra se fonder sur le critère décisif suivant : du point de vue de la transparence, de la compétitivité et de l'objectivité du processus de sélection, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions sont sans doute supérieurs à la négociation avec appel à la concurrence, qui est extrêmement souple et dans laquelle les risques de corruption sont plus élevés. Au moins une des trois méthodes devrait être incorporée, car les cas en question pourraient, dans le cas contraire, être réglés par le recours à la méthode la moins concurrentielle, la sollicitation d'une source unique.

2. Il est à noter que, dans les cas visés à l'article 17-1 a), où l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications, elle voudra peut-être, avant de décider de choisir une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres, envisager la possibilité d'établir les spécifications avec l'aide de consultants.

3. Les alinéas b) et c) de l'article 20 (sollicitation d'une source unique), faisant référence respectivement aux cas d'urgence, fondés ou non sur une catastrophe, sont identiques aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 de l'article 17, qui autorisent le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans de tels cas d'urgence. Ce chevauchement a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de décider laquelle de ces deux méthodes est la mieux adaptée aux circonstances. Le recours à l'une de ces deux méthodes suppose un cas d'urgence véritablement exceptionnel et ne doit pas être une simple solution de facilité. Lorsque la Loi type est appliquée aux marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et dans le cas de contrats de recherche pour l'acquisition d'un prototype, l'entité adjudicatrice a le choix, pour des raisons similaires, entre les méthodes prévues à l'article 17 et la sollicitation d'une source unique. Ainsi, l'Etat peut prévoir la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances visées au paragraphe 2, même s'il ne le fait pas pour les circonstances visées au paragraphe 1.

* * *

Article 18

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

1. L'article 18 vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs et entrepreneurs. Que cette méthode soit prévue dans la Loi type ne signifie pas qu'elle soit encouragée. Au contraire, le recours à l'appel d'offres restreint a été subordonné strictement à d'étroites conditions parce que le recours injustifié à cette méthode de passation des marchés compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type.

2. Afin de limiter à des cas vraiment exceptionnels le recours à l'appel d'offres restreint - ce à quoi vise l'article 18 - tout en maintenant le degré de concurrence requis, l'article 37-1 énonce des conditions minimales de sollicitation en fonction de chacun des deux types de cas mentionnés à l'article 18. Lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif, visé à l'article 18 a), que les biens ou les travaux ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir ces biens ou travaux doivent être invités à participer; lorsque le motif est la faible valeur du marché, cas visé à l'article 18 b), les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable.

* * *

Article 19

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

1. Cette procédure offre une méthode de passation des marchés adaptée à l'acquisition pour un montant peu élevé de marchandises normalisées. Dans ces cas, l'organisation d'une procédure d'appel d'offres, qui risque d'être longue et onéreuse, ne sera sans doute pas justifiée. Toutefois, l'article 19-2 limite strictement le recours à cette méthode aux cas où la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés. Il interdit également la division de marché en marchés séparés afin de contourner cette interdiction. Lorsque l'on incorporera l'article 19, il faudra préciser que le recours à la procédure de sollicitation de prix n'est pas impératif pour les marchés inférieurs au montant fixé. Il peut de fait être souhaitable, dans certains cas où la valeur est inférieure au montant fixé, de recourir à l'appel d'offres ou à l'une des autres méthodes, par exemple lorsqu'un marché initial de faible valeur aura pour conséquence à long terme d'obliger l'entité adjudicatrice à adopter un système technologique donné.

2. Le paragraphe 2 donne, lui aussi, effet à la portée limitée de la procédure de sollicitation de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de diviser artificiellement un ensemble de biens dans le but d'éluder la règle générale de l'article 16-1 exigeant le recours à la procédure de l'appel d'offres, règle essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

* * *

Article 20

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation
d'une source unique

1. Etant donné que cette méthode n'est pas compétitive, son utilisation est strictement limitée aux circonstances exceptionnelles énumérées à l'article 20.
2. Le paragraphe 2 a été inclus afin de permettre le recours à cette méthode dans des cas d'urgence économique grave, lorsque cela permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux, par exemple, lorsqu'une entreprise employant la majorité de la main-d'oeuvre d'une région ou d'une ville particulière est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché.
3. Le paragraphe 2 est assorti de conditions, afin que le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel. En ce qui concerne l'exigence d'approbation mentionnée au paragraphe 2, il est à noter que les Etats qui incorporent l'exigence globale d'approbation pour le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne doivent pas nécessairement incorporer l'exigence d'approbation visée au paragraphe 2. Il convient cependant de reconnaître que, normalement, la décision d'utiliser la procédure de sollicitation d'une source unique dans les cas d'urgence économique dont il est question serait et devrait être prise au plus haut niveau de l'Etat.

* * *

CHAPITRE III. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRESELECTION

Article 21

Appel d'offres national

Comme il est indiqué au paragraphe 24 de la section I du Guide, on a incorporé l'article 21 afin de préciser dans quels cas exceptionnels les diverses procédures que la Loi type prévoit pour solliciter la participation d'étrangers à l'appel d'offres n'ont pas à être appliquées.

* * *

Article 22

Procédures de sollicitation des offres
ou des demandes de présélection

1. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, l'article 22 énonce les procédures minimales relatives à la publicité de la sollicitation d'offres et des demandes de présélection auprès d'un public suffisamment large pour assurer effectivement une concurrence suffisante. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite

législation, quelles publications ils peuvent suivre pour s'informer des offres de marchés dans l'Etat ayant adopté la Loi type. Etant donné que la Loi type a notamment pour objectif de promouvoir la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs sans distinction de nationalité et de maximiser la concurrence, le paragraphe 2 de l'article 22 dispose que les invitations doivent également être publiées dans une publication de diffusion internationale. On peut citer par exemple l'édition commerciale du Forum du développement que publie le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies et l'Université des Nations Unies.

2. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection par d'autres moyens permettant au plus grand nombre de fournisseurs et entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Ces méthodes peuvent par exemple consister à apposer l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels ou à l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans le pays de l'entité adjudicatrice et aux missions commerciales de ce pays à l'étranger.

* * *

Article 23

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

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 23 dispose que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection doivent contenir les renseignements dont ont besoin les fournisseurs ou entrepreneurs pour déterminer si les biens ou les travaux requis sont d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Ces conditions spécifiées ne constituent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié.

* * *

Article 24

Communication du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation a pour objet de fournir aux entrepreneurs ou fournisseurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et de les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres. L'article 24 a été inclus afin que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. La disposition relative au prix à demander pour le dossier de soumission a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer les frais d'impression et de distribution, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure.

* * *

Article 25

Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 25 énonce une liste des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation. Il est utile d'incorporer ces conditions dans la législation des marchés, afin que le dossier de sollicitation comporte les informations requises pour permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres adaptées aux besoins de l'entité adjudicatrice et pour que cette dernière puisse comparer les offres de manière objective et équitable. Nombre des renseignements énumérés à l'article 25 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type. L'énumération des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément demandée dans d'autres dispositions de la Loi type, est utile car elle permet aux entités adjudicatrices d'utiliser cet article comme une "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier.

2. Une catégorie des renseignements énumérés à l'article 25 concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (alinéas a), i) à r) et t); forme des offres et mode de signature et manière dont le prix des offres peut être formulé, par exemple). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de réduire le risque de voir des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés être désavantagés, voire rejetés, faute de renseignements clairs sur la manière d'établir les offres. D'autres renseignements énumérés à l'article 25 concernent en particulier la manière dont les offres seront évaluées; leur divulgation est exigée pour qu'il y ait transparence et équité dans la procédure d'appel d'offres.

3. La Loi type admet que, pour l'acquisition de biens ou de travaux séparables en deux éléments distincts ou plus (par exemple l'acquisition de différents types de matériels de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice souhaite autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres, soit pour la totalité des biens ou travaux requis, soit pour une ou plusieurs portions. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra promouvoir au mieux l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre de ces méthodes se révélera plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petits fournisseurs ou entrepreneurs qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'alinéa h) a pour objet de rendre l'étape de l'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne saurait être autorisée à diviser à sa convenance l'ensemble des biens ou travaux requis en des marchés séparés après la soumission des offres.

* * *

Article 26

Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 26 a pour objet d'énoncer des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation qui favorisent une conduite efficace et équitable de la procédure d'appel d'offres. Il importe que l'entité

adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation, afin de pouvoir obtenir des biens ou travaux répondant à ses besoins. L'article 26 dispose que les éclaircissements, de même que les questions suscitant des demandes d'éclaircissement et les modifications, doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne serait pas suffisant de se contenter d'autoriser les entrepreneurs ou fournisseurs à obtenir ces éclaircissements sur demande, car ils n'auraient aucun moyen indépendant de vérifier si un éclaircissement a ou non été donné.

2. La règle régissant les éclaircissements a pour objet de garantir que l'entité adjudicatrice répondra à une demande d'éclaircissement, présentée dans les délais voulus, suffisamment à temps pour que ces éclaircissements puissent être pris en compte dans l'élaboration et la soumission des offres. La communication dans les meilleurs délais des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs d'exercer leur droit, en vertu de l'article 29-3, de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de soumission, à moins que ce droit n'ait été abrogé par une disposition du dossier de sollicitation. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs, afin de pouvoir être pris en compte dans la préparation des offres.

* * *

SECTION II. SOUMISSION DES OFFRES

Article 27

Langue des offres

L'article 27 dispose que les offres peuvent être formulées dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été établi ou dans toute autre langue spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette règle, qui est liée à la règle générale de l'article 15 sur la langue à utiliser, a été incluse afin de faciliter la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers.

* * *

Article 28

Soumission des offres

1. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs un délai suffisant pour établir leur offre. L'article 28 admet que ce délai peut varier d'un cas à l'autre, en fonction de facteurs tels que la complexité des biens ou travaux requis, le volume des activités de sous-traitance prévues et le délai de transmission des offres. Ainsi, c'est à l'entité adjudicatrice de fixer la date limite de soumission des offres en tenant compte des conditions propres au marché en question. Un Etat pourra souhaiter fixer dans la réglementation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder à cette fin.

2. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit reporter la date limite dans le cas exceptionnel où elle publie tardivement des éclaircissements ou des modifications du dossier de sollicitation ou du procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Le paragraphe 3 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de soumission dans d'autres cas, par exemple lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre en temps voulu en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cela, afin d'assurer une concurrence suffisante lorsque cette concurrence risquerait d'être fortement réduite. Il est à noter que, dans les circonstances visées au paragraphe 2, le report de la date limite est obligatoire et non discrétionnaire et pourrait donc faire l'objet d'un recours. En revanche, le report de la date limite de soumission visé au paragraphe 3 est, comme l'indique ce paragraphe, entièrement discrétionnaire, de sorte que le droit de recours prévu à l'article 42 ne s'y appliquerait pas.

3. La condition énoncée au paragraphe 5 a), selon laquelle une offre est soumise par écrit, doit s'entendre, sous réserve de l'alinéa b), qui autorise la soumission sous une forme autre que la forme écrite, par exemple l'EDI, à condition que la forme utilisée atteste la teneur de la communication. Des garanties supplémentaires sont prévues pour protéger l'intégrité de la procédure de passation des marchés ainsi que les intérêts particuliers de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs, à savoir que l'emploi d'une forme autre que la forme écrite doit être autorisée dans le dossier de sollicitation; que les fournisseurs et entrepreneurs doivent toujours avoir le droit de soumettre des offres par écrit, garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI ne sont pas à la disposition de tous; et que la forme autre que la forme écrite doit assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité. Il est à noter en outre que la mise en oeuvre du paragraphe 5 pour permettre la soumission d'offres sous des formes non classiques exigerait l'élaboration de règles et techniques spéciales, afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'"ouverture" des offres avant la date limite de soumission; il faudrait également traiter d'autres questions qui peuvent se poser lorsqu'une offre est soumise autrement que par écrit (par exemple, la forme que prendra la garantie de soumission).

4. La règle énoncée au paragraphe 6 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, de même que l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres tardives, après l'ouverture des autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur des autres offres, avant de soumettre la leur, ce qui pourrait avoir pour conséquences un relèvement du prix des offres et une augmentation du risque de collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Cela serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et à la régularité de l'ouverture des offres.

* * *

Article 29

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 29 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.
2. Il est de toute évidence important que cette période soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas bon de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, répondant aux besoins dans le cadre de la plupart sinon de la totalité des procédures d'appel d'offres. Cette solution ne serait pas efficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire; et des périodes de validité excessivement longues risqueraient d'entraîner un relèvement des prix des offres, car les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des risques auxquels ils seraient exposés durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).
3. Le paragraphe 2 b) a été inclus afin de permettre à l'entité adjudicatrice, en cas de retard dans la procédure d'appel d'offres, de demander une prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu - risque qui dissuaderait les entrepreneurs et fournisseurs de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas une garantie portant sur la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre.
4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 26 concernant les éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de donner suite aux éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation ou à toute autre modification des circonstances, soit en modifiant leur offre, si nécessaire, soit en la retirant, s'ils le souhaitent. Une telle règle facilite la participation à la procédure, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains Etats, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement s'il en est ainsi disposé dans le dossier de sollicitation. (Voir aussi les observations relatives l'article 36.)

* * *

Article 30

Garanties de soumission

1. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si le fournisseur ou l'entrepreneur retire son offre ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation d'un marché et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 30 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir une partie au moins du préjudice possible et de les dissuader de manquer à leurs obligations. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures d'appel d'offres. Les garanties de soumission sont en général importantes pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de grande valeur. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission, mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission - qui sera normalement répercuté sur le prix du marché - sera moins justifié.
2. Des dispositions ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence d'une garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement pour le but recherché, c'est-à-dire garantir l'obligation contractée par les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de l'offre qu'ils ont soumise et d'obtenir une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant.
3. L'alinéa 1 c) a été inclus afin d'aplanir d'éventuels obstacles à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers au cas où ils devraient obtenir une garantie émise par une institution de l'Etat adoptant la Loi type. Toutefois, le libellé optionnel à la fin de l'alinéa donne une certaine latitude sur ce point aux entités adjudicatrices des Etats dans lesquels l'acceptation d'une garantie de soumission non émise dans l'Etat en question serait contraire à la loi.
4. La référence à la confirmation de la garantie de soumission a pour objet de tenir compte de la pratique de certains Etats dans lesquels une confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger est nécessaire. L'inclusion de cette référence dans la Loi type n'a pas pour objet d'encourager une telle pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale risque de constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers (par exemple, difficultés d'obtention de la confirmation locale avant la date limite de soumission des offres et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).
5. Le paragraphe 2 a été inclus afin de donner des précisions et d'éviter toute incertitude pour ce qui est du moment après lequel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de ladite garantie, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière

lorsque celle-ci a pris la forme d'un dépôt en espèces ou une autre forme analogue. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales dans lesquelles, au contraire de ce que l'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle l'est après l'expiration de ladite garantie, dans la mesure où le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 29-3, le paragraphe 2 d) donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, par une disposition du dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de soumission des offres n'entraîne pas l'abandon de la garantie de soumission.

* * *

SECTION III. EVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 31

Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 a pour objet d'éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de ces offres. De tels délais risqueraient de donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priveraient les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au maximum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, immédiatement avant l'ouverture des offres.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les entrepreneurs ou fournisseurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Ce faisant, on contribue à garantir la transparence de la procédure d'appel d'offres. Les entrepreneurs et fournisseurs pourront constater que la législation et la réglementation des marchés sont appliquées et ils pourront compter que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou inappropriée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose que, lors de l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes. A ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres.

* * *

Article 32

Examen, évaluation et comparaison des offres

1. Le paragraphe 1 a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 b), qui fait référence à la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas

semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la condition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante car, à l'alinéa 3 b), il est prévu qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme et il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation et la concurrence dans le cadre de la procédure. Il faut que ces écarts mineurs soient quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement, d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes.

3. Bien que l'évaluation de l'offre à retenir sur la base du prix le plus bas soit la plus objective et la plus prévisible, dans certaines procédures d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice voudra peut-être choisir une offre en ne se fondant pas que sur le prix. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée", c'est-à-dire celle qui est retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les sous-alinéas ii) et iii) du paragraphe 4 c) énoncent ces critères. Le sous-alinéa iii), qui fait référence aux objectifs du développement économique, a été inclus parce que, dans certains pays, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est dans une phase de transition, il est important que les entités adjudicatrices puissent se fonder sur des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres dans le contexte des objectifs de développement économique. Il est envisagé dans la Loi type que certains Etats souhaiteront énoncer des critères additionnels. Toutefois, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on souhaite élargir la liste des critères autres que le prix figurant à l'alinéa iii), car ces autres critères risquent d'entraver les objectifs de la passation des marchés. Des critères de ce type sont en effet parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux qui sont visés aux sous-alinéas i) et ii) du paragraphe 4 c) et le recours à ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et de réduire la confiance en cette procédure.

4. Si la Loi type exige que les critères autres que le prix soient objectifs et quantifiables dans la mesure du possible et soient affectés d'un coefficient de pondération lors de la procédure d'évaluation, ou soient exprimés en termes pécuniaires, c'est pour permettre une évaluation objective et une comparaison des offres sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions discrétionnaires ou arbitraires. L'Etat voudra peut-être indiquer dans la réglementation des marchés comment ces critères seront formulés et appliqués. Il est possible, par exemple, de quantifier en termes pécuniaires les divers aspects de chaque offre en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation et de combiner cette quantification avec le prix soumissionné. L'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée serait alors considérée comme l'offre à retenir. On peut également assortir de coefficients de pondération ou de points les divers aspects de chaque offre en fonction desdits critères. L'offre dont la pondération combinée est la plus favorable serait alors considérée comme l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée.

5. L'alinéa 4 d) autorise l'entité adjudicatrice à accorder une marge de préférence aux offres locales, étant entendu que cette marge doit être calculée conformément à la réglementation des marchés. (Voir le paragraphe 23 de la section I du Guide au sujet des raisons qu'il y a d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence.) On notera toutefois que les Etats qui sont parties à l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et les Etats membres de groupes d'intégration économique régionale tels que l'Union européenne peuvent être moins libre d'accorder un traitement préférentiel. Afin de promouvoir la transparence, la Loi type dispose qu'il n'est possible d'accorder une marge de préférence que si cela est autorisé par la réglementation des marchés et approuvé par l'organe habilité à donner son approbation. De plus, le recours à la marge de préférence doit être divulgué d'avance dans le dossier de sollicitation et consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

6. La réglementation des marchés envisagée fixant les règles relatives au calcul et à l'application de la marge de préférence peut également énoncer des critères permettant de qualifier de "nationaux" des entrepreneurs ou fournisseurs et de "produits localement" certains biens (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locales minimales) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut être différent pour les biens et pour les travaux. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumissionné de toutes les offres les droits et taxes d'importation imposés dans le cadre de la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus, autres que ceux des offres qui doivent bénéficier de la marge de préférence, le montant de ladite marge ou le droit d'importation effectif s'il est inférieur.

7. La règle énoncée au paragraphe 5, relative à la conversion dans une même monnaie des prix soumissionnés aux fins de comparaison et d'évaluation des offres, vise à promouvoir le bien-fondé et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice (voir l'article 25 s)).

8. Le paragraphe 6 a été inclus pour permettre à l'entité adjudicatrice d'exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue qu'il confirme ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation des marchés de longue durée, dans laquelle l'entité adjudicatrice souhaitera sans doute vérifier si les renseignements relatifs aux qualifications soumis au début de la procédure sont toujours valables. Le recours à la procédure de confirmation est discrétionnaire, car son importance est fonction des circonstances. Afin que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige le rejet d'une offre lorsque le fournisseur ou entrepreneur ne confirme pas ses qualifications et il énonce la procédure à suivre par l'entité adjudicatrice pour choisir une offre dans de tels cas.

* * *

Article 33

Rejet de toutes les offres

1. L'objet de l'article 33 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres. Cette disposition est importante, parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir agir ainsi pour des motifs d'intérêt public, par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, lorsque l'entité adjudicatrice n'a plus besoin des biens ou travaux requis ou lorsque le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement. Le droit public de certains pays peut limiter l'exercice de ce droit, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice.

2. La condition énoncée au paragraphe 3, selon laquelle l'avis de rejet de toutes les offres est communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre, ainsi que la condition énoncée au paragraphe 1, selon laquelle les motifs du rejet sont communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs, visent à promouvoir la transparence et la responsabilité. Le paragraphe 1 n'exige pas de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs de rejet de toutes les offres. Cette approche se fonde sur la notion suivante : l'entité adjudicatrice devrait être libre d'abandonner la procédure de passation des marchés pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier. Ce pouvoir est confirmé par le fait que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres n'est pas soumise, conformément à l'alinéa 2 c) de l'article 42, au droit de recours prévu par la Loi type; il est également confirmé par le paragraphe 2, qui dispose que l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et les fournisseurs, par exemple le remboursement des frais d'établissement et de soumission des offres, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. Les effets potentiellement sévères de l'article 33 sont atténués par le fait que l'entité adjudicatrice n'est habilitée à rejeter toutes les offres que si cette possibilité est prévue dans le dossier de sollicitation.

* * *

Article 34

Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

L'article 34 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur et entrepreneur à propos d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", dans laquelle une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs et entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres dans laquelle de telles techniques sont utilisées, ou, s'ils y participent, ils haussent leurs prix en prévision de la négociation.

* * *

Article 35

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. L'objet du paragraphe 1 est d'énoncer clairement que l'offre dont il est déterminé qu'elle est l'offre à retenir en application de l'article 32-4 b) est acceptée et que l'avis d'acceptation est promptement donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre. Sans la disposition du paragraphe 4 sur l'entrée en vigueur du marché, celle-ci serait régie par des règles générales de droit qui, dans de nombreux cas, pourraient ne pas offrir de solutions adaptées au contexte de la passation d'un marché.

2. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, étant donné que les Etats pourront préférer telle ou telle méthode et que, même dans un Etat donné, des méthodes différentes pourront être employées selon les circonstances. Compte tenu de ses préférences et de ses traditions, un Etat pourra souhaiter incorporer une ou plusieurs de ces méthodes.

3. Selon l'une de ces méthodes (énoncée au paragraphe 4), sauf indication contraire du dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est adressé au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir. La deuxième méthode (énoncée au paragraphe 2) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue d'un marché écrit conforme à l'offre. Le paragraphe 2 comporte une référence optionnelle au "ministère compétent" en tant que signataire du marché, afin de tenir compte du fait que, dans certains Etats, le marché est signé au nom du gouvernement par le ministère auquel sont destinés les biens ou travaux, même s'il n'a pas lui-même mené la procédure de passation des marchés, ni agi en tant qu'entité adjudicatrice au sens de la Loi type. Dans les Etats où cette pratique est suivie, la procédure de passation des marchés peut être menée par une entité centrale telle qu'une commission centrale des marchés.

4. Une troisième méthode d'entrée en vigueur (décrite au paragraphe 3) prévoit l'entrée en vigueur lorsque le marché est approuvé par une autorité supérieure. Dans les Etats adoptant cette disposition, la réglementation des marchés pourra donner davantage de détails quant au type de circonstances dans lesquelles l'approbation sera requise (par exemple, uniquement pour des marchés dépassant une valeur donnée). S'il est mentionné au paragraphe 3 que l'exigence d'une approbation doit être stipulée dans le dossier de sollicitation, c'est pour marquer clairement le rôle que joue le dossier de sollicitation dans la notification aux fournisseurs ou entrepreneurs des formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit indiquer le délai jugé nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié ne sera pas réputée entraîner une prolongation de la période de validité de l'offre retenue ou de toute garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque de voir l'entrepreneur ou fournisseur retenu rester engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée, sans être assuré que le marché entrera en vigueur.

5. Si l'entrée en vigueur est liée à l'expédition plutôt qu'à la réception de l'avis d'acceptation, c'est parce que cette solution est plus appropriée aux circonstances propres à la procédure d'appel d'offres. Afin de lier le fournisseur ou entrepreneur par un marché, notamment de l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit donner avis de l'acceptation de l'offre pendant que cette dernière est en vigueur. Selon l'approche de la "réception", si l'avis a été correctement transmis, mais qu'il a été retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il est reçu après expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perd son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. Selon l'approche de l'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice est préservé. Si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur risque de n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de son offre que celle-ci a été acceptée; mais, dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

6. Afin de promouvoir les objectifs de la passation des marchés, le paragraphe 5 précise que, si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est retenue ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 2, le choix d'une autre offre parmi les offres restantes devra se faire conformément aux dispositions normalement applicables en la matière, étant entendu que l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres.

* * *

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES METHODES QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

1. Les articles 36 à 41 présentent les procédures à appliquer pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Comme il est indiqué aux paragraphes 15 et 16 de la section I du Guide et au paragraphe 1 des observations relatives à l'article 17, il y a chevauchement entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, et les Etats ne voudront peut-être pas incorporer chacune de ces trois méthodes dans leur législation des marchés. C'est en fonction du choix de la méthode à incorporer que l'on retiendra l'article 36 (appel d'offres en deux étapes), l'article 38 (sollicitation de propositions) ou l'article 39 (négociation avec appel à la concurrence).

2. Pour ce qui est de la sollicitation de propositions, de la négociation avec appel à la concurrence, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique, le chapitre IV n'indique pas dans le détail toutes les procédures à suivre comme le fait le chapitre III pour la procédure d'appel d'offres. Cela est dû essentiellement au fait que ces méthodes de passation des marchés sont, du point de vue de la procédure, plus souples que l'appel d'offres. Certaines des questions qui sont traitées à propos de l'appel d'offres, ainsi que de l'appel d'offres en deux étapes et de l'appel d'offres restreint, dans la Loi type (par exemple l'entrée en vigueur du marché) peuvent être traitées, pour ces autres méthodes de passation des marchés, dans d'autres instruments de la loi applicable, que les entités adjudicatrices souhaiteront en général être la loi de leur Etat. Lorsque la

loi applicable est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, des questions telles que la formation des contrats seront soumises aux règles internationales uniformes énoncées dans ladite Convention. Un Etat pourra juger utile d'incorporer dans la législation des marchés certaines de ces solutions tirées d'autres instruments de la législation applicable et compléter le chapitre IV au moyen de règles énoncées dans la réglementation des marchés. On notera également que les chapitres premier et V seront également applicables dans l'ensemble aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

* * *

Article 36

Appel d'offres en deux étapes

La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux avantages : la souplesse, car l'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs afin d'arriver à un ensemble de spécifications définitives pour les biens ou travaux requis et, durant la deuxième étape, le haut niveau d'objectivité et de concurrence que permet la procédure d'appel d'offres qui fait l'objet du chapitre III. L'idée maîtresse des dispositions de l'article 36, qui établissent les procédures spécifiques distinguant l'appel d'offres en deux étapes de l'appel d'offres ordinaire, a été notée au paragraphe 17 de la section I du Guide. C'est ainsi que le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice l'obligation de porter à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant pour la deuxième étape toutes modifications apportées aux spécifications initiales et de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition est nécessaire pour que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent accepter de participer à la procédure d'appel d'offres en deux étapes; en effet, à la date limite de soumission des offres, durant la première étape, les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent être censés savoir quelles seront les spécifications pour la deuxième étape.

* * *

Article 37

Appel d'offres restreint

1. Comme il a été dit au paragraphe 2 des observations relatives à l'article 18, les conditions de sollicitation fixées à l'article 37 visent à faire en sorte que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 18 a), tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir les biens ou travaux requis soient invités à soumettre des offres, et que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 18 b), les fournisseurs ou entrepreneurs soient invités en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable. L'incorporation de ces conditions de sollicitation est une garantie importante pour empêcher que le

recours à l'appel d'offres restreint ne compromette l'objectif de la Loi type consistant à promouvoir la concurrence.

2. Le paragraphe 2 a pour objet de promouvoir la transparence et la responsabilité financière en ce qui concerne la décision de recourir à l'appel d'offres restreint en exigeant qu'un avis d'appel d'offres restreint soit inséré dans une publication que l'Etat doit spécifier dans sa législation des marchés. Egalement pertinente à cet égard est la règle d'application générale énoncée à l'article 16-2 selon laquelle l'entité adjudicatrice doit inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix de cette méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres.

3. Le paragraphe 3 prévoit qu'outre les procédures spécifiques énoncées aux paragraphes 1 et 2, les procédures applicables à l'appel d'offres restreint sont celles qui s'appliquent normalement à la procédure d'appel d'offres, à l'exception de l'article 22.

* * *

Article 38

Sollicitation de propositions

1. Si la sollicitation de propositions est une méthode selon laquelle l'entité adjudicatrice sollicite en général des propositions d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'article 38 comporte des dispositions ayant pour objet de garantir que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs auront la possibilité de faire part de leur intérêt à participer à la procédure et que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs y participeront effectivement, de manière à assurer une concurrence appropriée. A ce propos, le paragraphe 1 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle sollicite des propositions d'autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais de trois au moins si possible. Le paragraphe 2 énonce une disposition complémentaire visant à élargir la participation en demandant à l'entité adjudicatrice, à moins que cela ne soit pas souhaitable pour des raisons d'économie ou d'efficacité, de publier dans un journal de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui seraient intéressées à participer à la procédure de sollicitation de propositions. Afin d'éviter les retards excessifs qui pourraient résulter si l'entité adjudicatrice était tenue d'admettre tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à cet avis, la publication de l'avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

2. La réglementation des marchés peut énoncer des règles plus détaillées applicables par l'entité adjudicatrice dans ce type de procédure d'avis. Par exemple, la pratique dans certains pays est la suivante : la sollicitation de propositions est envoyée en règle générale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis, à moins que l'entité adjudicatrice ne décide qu'elle souhaite n'envoyer la sollicitation de propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Cette approche se fonde sur l'idée selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs ayant fait part de leur intérêt devraient avoir la possibilité de soumettre des propositions et que le nombre de ceux qui sont invités à soumettre des propositions ne devrait être

limité que pour d'importantes raisons administratives. Par contre, s'il est vrai qu'il ne faudrait pas renoncer à la légère à la plus large procédure d'avis, une telle procédure risquerait d'imposer une charge supplémentaire à l'entité adjudicatrice à un moment où elle est déjà très occupée.

3. Le reste de l'article 38 décrit les éléments essentiels de la procédure de sollicitation de propositions concernant l'évaluation et la comparaison des propositions et le choix de la proposition à retenir. Ces dispositions visent à promouvoir la transparence, l'équité et la concurrence et l'objectivité lors de la comparaison et de l'évaluation des propositions.

4. La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière de technique et de gestion est incluse au paragraphe 3 a) parmi les facteurs d'évaluation possibles car l'entité adjudicatrice pourra avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre. Cette disposition devrait être distinguée de celle habilitant l'entité adjudicatrice (article 6) à ne pas évaluer les propositions de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompétentes ou à ne pas y donner suite.

5. La procédure relative à la "meilleure offre définitive" décrite au paragraphe 8 vise à promouvoir au maximum la concurrence et la transparence en fixant une date à laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir présenté leur meilleure offre définitive. Cette procédure met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs, afin d'atténuer le risque de voir l'entité adjudicatrice se servir de l'offre faite par un fournisseur ou entrepreneur pour exercer des pressions sur un autre entrepreneur ou fournisseur, afin qu'il baisse son prix. En prévision de ces pressions, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être amenés à hausser leurs prix initiaux.

* * *

Article 39

Appel à la concurrence

1. L'article 39 est une disposition relativement brève. En effet, sous réserve des dispositions générales applicables, des règles énoncées dans la Loi type et dans la réglementation des marchés et de toute règle émanant d'autres instruments de la législation applicable, l'entité adjudicatrice peut organiser et mener les négociations comme elle le juge bon. Les règles énoncées dans le présent article visent à donner cette liberté à cette entité adjudicatrice tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans la sélection et l'évaluation, notamment en disposant au paragraphe 4 qu'une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice doit demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir.

2. L'Etat voudra peut-être disposer, dans la réglementation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit prendre par exemple les mesures suivantes : énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir

divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis et les conditions contractuelles désirées; prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin d'être à même de comparer ce qu'offrent les différents entrepreneurs ou fournisseurs durant les négociations.

* * *

Article 40

Procédure de sollicitations de prix

Il est important d'inclure dans la législation des marchés des conditions de procédure minimales pour les procédures de sollicitations de prix du type décrit dans la Loi type. Ces conditions visent à assurer une concurrence suffisante, du point qualitatif et quantitatif. En ce qui concerne la condition énoncée au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs auxquels est adressée une sollicitation de prix doivent être avisés des frais à inclure dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS.

* * *

Article 41

Sollicitation d'une source unique

La Loi type ne prescrit pas de procédures à suivre dans le cas de la sollicitation d'une source unique. En effet, cette méthode est soumise à des conditions d'utilisation très particulières et consiste à faire appel à un seul fournisseur ou entrepreneur, si bien qu'il s'agit essentiellement d'une négociation contractuelle qu'il ne convient pas de régler expressément dans la Loi type. Il faut cependant noter que les dispositions du chapitre premier s'appliqueraient d'une manière générale à la sollicitation d'une source unique, notamment l'article 11 sur l'obligation de conserver un procès-verbal et l'article 12 sur la publication de l'avis d'attribution du marché.

* * *

CHAPITRE V. RECOURS

1. Il est essentiel de disposer d'un moyen effectif de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures suivies par celle-ci, afin d'assurer le bon fonctionnement du système de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ce système. Le chapitre V de la Loi type rassemble des dispositions établissant ce droit de recours et en régissant l'exercice.

2. Il est clair qu'il existe dans la plupart des Etats des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains Etats, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la

passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres Etats, de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'Etat. Dans le contexte de la passation des marchés, par exemple, certains Etats prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'Etat (par exemple une commission centrale des marchés); dans d'autres Etats, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Certains Etats prévoient dans certains cas que le chef de l'Etat s'acquittera de cette fonction.

3. Dans certains Etats, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces Etats comme des tribunaux du système judiciaire.

4. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, un recours judiciaire est possible en sus du recours administratif, alors que dans d'autres systèmes, seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient qu'un recours administratif et non un recours judiciaire. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont possibles, le recours judiciaire n'est possible qu'après qu'ont été épuisées les voies de recours administratif; dans d'autres, les deux moyens de recours sont possibles en tant qu'options.

5. Vu ce qui précède et afin d'éviter d'empiéter sur les aspects fondamentaux, tant conceptuels que structurels, des systèmes juridiques et des systèmes administratifs de l'Etat, les dispositions du chapitre V sont davantage des dispositions cadres que celles des autres sections de la Loi type. Comme l'indique la note de bas de page relative au titre du chapitre V de la Loi type, certains Etats souhaiteront peut-être incorporer les articles sur le droit de recours sans changements, ou avec des changements minimes, alors que d'autres Etats pourront ne pas juger utile de les incorporer, en partie ou en totalité. Dans ces derniers cas, les articles sur les recours pourront servir de références pour évaluer les procédures de recours prévues.

6. Afin que les dispositions puissent être adaptées aux cadres conceptuels et structurels très divergents des systèmes juridiques du monde entier, seules

les caractéristiques essentielles du droit de recours et de l'exercice de ce droit y sont traitées. La réglementation des marchés qu'établira chaque Etat pourra comporter des règles plus détaillées portant sur des questions qui ne sont pas traitées dans la Loi type ou dans d'autres règles juridiques de l'Etat. Dans certains cas, des variantes concernant des questions particulières ont été présentées.

7. Le chapitre V ne traite pas de la possibilité de recourir à l'arbitrage parce que le recours est relativement rare dans le contexte de la passation des marchés. Cependant, la Loi type n'entend pas empêcher l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur de soumettre à l'arbitrage, si les circonstances s'y prêtent, un différend relatif aux procédures prévues dans la Loi type.

* * *

Article 42

Droit de recours

1. L'objet de l'article 42 est d'énoncer le droit fondamental à introduire un recours. En application du paragraphe 1, le droit de recours n'appartient qu'aux fournisseurs et entrepreneurs, et non au public en général. Les sous-traitants ont été intentionnellement écartés du champ d'application du droit de recours prévu dans la Loi type, cela afin d'éviter un risque de perturbation excessif qui pourrait avoir des incidences néfastes sur l'économie et l'efficacité des marchés publics. L'article ne traite pas de la capacité du fournisseur ou entrepreneur à introduire un recours ni de la nature ou de l'importance de l'intérêt en jeu ou du préjudice subi pour qu'un fournisseur ou entrepreneur puisse introduire un recours. De telles questions doivent être résolues en application des règles juridiques pertinentes de l'Etat.

2. La référence, dans le paragraphe 1, à l'article 47 a été placée entre crochets car la numérotation de l'article sera fonction de l'existence ou non dans l'Etat d'un mécanisme de recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 44).

3. Les dispositions de la Loi type n'imposent pas toutes des obligations qui, si elles ne sont pas respectées par l'entité adjudicatrice, donnent lieu à un droit de recours en vertu de la Loi type. Le paragraphe 2 dispose que certains types d'actes et de décisions de l'entité adjudicatrice, fondés sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ne peuvent faire l'objet du droit de recours prévu au paragraphe 1. L'exemption de certains actes et décisions se fonde sur une distinction établie entre, d'une part, les conditions et obligations imposées à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne ses relations avec les fournisseurs et entrepreneurs et qui l'engagent juridiquement envers eux et, d'autre part, des exigences qui sont considérées comme purement "internes" à l'administration, qui se rattachent à l'intérêt général ou qui, pour d'autres raisons, ne constituent pas des obligations juridiques de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs. Ce droit de recours est en général limité aux cas où le premier type d'exigence n'est pas respecté par l'entité adjudicatrice. (Voir aussi le paragraphe 2 des observations relatives à l'article 28.)

* * *

Article 43

Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. L'objet de cette disposition relative à un recours de première instance porté devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est, pour l'essentiel, de permettre à ce responsable de remédier à des actes, décisions ou procédures erronés. Une telle méthode peut permettre d'éviter d'alourdir la tâche d'instances supérieures de recours et du système judiciaire avec des cas qui auraient pu être résolus plus tôt par une procédure moins perturbatrice. Les références à l'autorité de tutelle au paragraphe 1, ainsi que dans d'autres parties de l'article 43 et d'autres articles relatifs au recours, ont été placées entre parenthèses, car elles ne seront peut-être pas pertinentes dans tous les Etats (voir le paragraphe 26 de la section I du Guide).

2. Si le recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut être intenté que lorsque le marché n'a pas encore été conclu, c'est pour les raisons suivantes : une fois le marché entré en vigueur, il y a peu de mesures de correction que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra utilement exiger. Ces derniers cas relèveraient plutôt d'un recours administratif hiérarchique ou d'un recours judiciaire.

3. L'objet du délai énoncé au paragraphe 2 est de permettre que les réclamations soient déposées promptement de manière à éviter tout retard et perturbation excessifs à un stade ultérieur de la procédure. Le paragraphe 2 ne définit pas la notion de "jours" (jours civils ou jours ouvrables), car la plupart des Etats ont adopté des règles d'interprétation comportant une définition de cette notion.

4. Le paragraphe 3 est une disposition complémentaire du paragraphe 1 et prévoit que, pour les raisons mentionnées au paragraphe 2 des observations relatives au présent article, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a pas à connaître d'une réclamation ou à continuer de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

5. L'alinéa 4 b) laisse le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle libre de déterminer quelles mesures correctives seront appropriées dans chaque cas (sous réserve de toute règle en la matière figurant dans la réglementation des marchés; voir également le paragraphe 7 des observations relatives au présent article). Les mesures correctives peuvent être notamment les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice de rectifier la procédure de passation des marchés afin de la rendre conforme à la législation des marchés, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il ressort qu'une autre offre aurait dû être acceptée, demander à l'entité adjudicatrice de ne pas envoyer l'avis d'acceptation à l'entrepreneur ou fournisseur initialement choisi, mais d'accepter l'autre offre; ou résilier la procédure de passation des marchés et ordonner l'ouverture d'une nouvelle procédure.

6. L'Etat devrait prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références à l'article "44 ou 47" figurant entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si l'Etat prévoit un recours judiciaire, mais non un recours

administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 44), il ne faudrait faire référence qu'à l'article figurant dans la Loi type en tant qu'article 39. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais exige de l'entrepreneur ou fournisseur présentant une réclamation qu'il épuise son droit à recours administratif hiérarchique avant d'intenter un recours judiciaire, il ne faudrait faire référence qu'à l'article 40. Si l'Etat prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que le droit à recours administratif hiérarchique soit épuisé avant que ne soit intenté un recours judiciaire, la référence devrait être à l'article "44 ou 47".

7. Certaines règles supplémentaires applicables à la procédure de recours en vertu du présent article sont énoncées à l'article 47. En outre, l'Etat peut inclure dans la réglementation des marchés des règles détaillées relatives aux conditions de procédure auxquelles doit satisfaire l'entrepreneur ou fournisseur afin de pouvoir entamer la procédure de recours. Par exemple, la réglementation peut préciser si une déclaration succincte faite par télex, accompagnée ultérieurement de pièces justificatives, sera considérée comme suffisante. En outre, la réglementation des marchés peut énoncer des règles détaillées relatives à l'organisation de la procédure de recours en vertu du présent article (par exemple, concernant le droit des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés, autres que la partie qui présente une réclamation, de participer à la procédure de recours (voir l'article 45); la présentation de preuves; la conduite de la procédure de recours; et les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut imposer à l'entité adjudicatrice).

8. Les procédures de recours en vertu de cet article devraient être conçues de manière à permettre un traitement diligent de la réclamation. Si cela n'est pas possible, ces procédures ne devraient pas indûment retarder l'ouverture d'une procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. A cette fin, le paragraphe 4 donne à l'entité adjudicatrice (ou à l'autorité de tutelle) un délai de 30 jours pour rendre une décision au sujet de la réclamation; en l'absence d'une décision, le paragraphe 5 donne au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation le droit d'introduire un recours administratif en vertu de l'article 44 ou, si un tel recours n'est pas prévu dans l'Etat, un recours judiciaire en vertu de l'article 47.

* * *

Article 44

Recours administratif

1. Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre des actes, décisions et procédures administratifs pourront choisir d'omettre cet article et de ne prévoir qu'un recours judiciaire (article 47).

2. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois un recours administratif hiérarchique et un recours judiciaire, une procédure de recours judiciaire peut être entamée alors que la procédure de recours administratif est toujours en cours, ou vice versa, et des règles précisent si - et dans quelle mesure - la procédure de recours judiciaire supplante la procédure de

recours administratif. Si le système juridique d'un Etat prévoyant ces deux modes de recours ne comporte pas de telles règles, l'Etat pourra souhaiter en adopter sous forme d'une loi ou d'une réglementation.

3. Un Etat désireux de prévoir un recours administratif hiérarchique, mais ne disposant pas d'un mécanisme à cette fin pour les questions liées aux marchés, devrait confier cette fonction à un organe administratif compétent, soit un organe déjà en place soit un nouvel organe créé par l'Etat. Il peut s'agir par exemple d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics (par exemple une commission centrale des marchés), un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés (par exemple, l'organe qui exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration; le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers), ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés, par exemple une "commission d'examen des marchés". Il importe que l'organe exerçant cette fonction soit indépendant de l'entité adjudicatrice. En outre, si cet organe est celui qui, en vertu de la Loi type telle qu'adoptée par l'Etat, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cet organe qui doit exercer cette fonction soit indépendante de la section exerçant la fonction d'approbation.

4. Si l'alinéa 1 a) établit le délai dans lequel peut commencer la procédure de recours administratif en se fondant sur le moment où le requérant a pris connaissance des circonstances en question, la Loi type laisse à la loi applicable la question de la date limite absolue pour l'ouverture de la procédure de recours.

5. Les fournisseurs et entrepreneurs habilités à introduire une procédure de recours en application de l'alinéa 1 d) ne sont pas uniquement des entrepreneurs ou fournisseurs ayant participé à la procédure engagée devant les responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 44-2), mais aussi tout autre fournisseur ou entrepreneur se disant lésé par une décision dudit responsable.

6. La condition énoncée au paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle de s'acquitter de son obligation en vertu de l'article 45-1, consistant à aviser tous les fournisseurs ou entrepreneurs de l'introduction d'un recours.

7. Pour ce qui est du paragraphe 3, les moyens par lesquels le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours établit son droit à réparation sont fonction des règles de fond et règles de procédure applicables à la procédure de recours.

8. Les systèmes juridiques nationaux divergent quant à la nature des réparations que les organes connaissant des recours administratifs hiérarchiques ont pouvoir d'accorder. Lorsqu'il adoptera la Loi type, un Etat pourra inclure toutes les réparations énumérées au paragraphe 3, ou seules celles qu'un organe administratif sera normalement habilité à accorder dans le système juridique national. Si, dans un système juridique particulier, un organe administratif peut accorder certaines réparations qui ne sont pas

énumérées au paragraphe 3, celles-ci pourront être ajoutées à ce paragraphe. En effet, le paragraphe devrait énoncer toutes les réparations que l'organe administratif peut accorder. L'approche retenue dans cet article, qui spécifie les réparations que peut accorder l'organe administratif hiérarchique, contraste avec l'approche plus souple retenue pour les mesures correctives que peut exiger le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (article 43-4 b)). L'approche retenue dans ce dernier article est justifiée par le fait que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle devrait être à même de prendre toutes les mesures requises pour remédier à une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice elle-même ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les instances administratives hiérarchiques connaissant des recours administratifs sont, dans certains systèmes juridiques, soumises à des règles plus formalistes et restrictives pour ce qui est des réparations qu'elles peuvent accorder et l'approche retenue à l'article 44-3 vise à éviter d'empiéter sur ces règles.

9. Des variantes sont prévues dans le chapeau du paragraphe 3, afin de tenir compte des Etats dans lesquels les instances administratives ne sont pas habilitées à accorder les réparations prévues au paragraphe 3, mais peuvent faire des recommandations.

10. Pour ce qui est des types de préjudices pour lesquels un dédommagement peut être demandé, l'alinéa 3 f) présente deux variantes entre lesquelles pourra choisir l'Etat. Selon l'option I, un dédommagement peut être demandé pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait de l'acte, de la décision ou de la procédure illicites. Ces coûts n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de non-acceptation d'une offre ou d'une proposition du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation. Les types de pertes pouvant faire l'objet d'un dédommagement en vertu de l'option II sont plus larges et peuvent inclure le manque à gagner dans certains cas.

11. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché en application de l'alinéa 2 g), l'entité adjudicatrice peut entamer une nouvelle procédure.

12. Dans certains cas, il serait approprié qu'un marché entré en vigueur soit annulé, par exemple lorsqu'un marché a été octroyé à un fournisseur ou entrepreneur comme suite à une fraude. Toutefois, comme l'annulation d'un marché risque de constituer une mesure particulièrement perturbatrice et contraire à l'intérêt général, cette solution n'est pas prévue dans la Loi type elle-même. Néanmoins, rien n'interdit une annulation en vertu d'autres instruments juridiques. Les cas où une annulation serait appropriée seront sans doute régis par les règles applicables de droit contractuel, administratif ou pénal.

13. S'il n'existe pas dans l'Etat de règles détaillées régissant les procédures de recours administratif hiérarchique, l'Etat peut énoncer de telles règles dans une loi ou dans la réglementation des marchés. Ces règles peuvent notamment porter sur les points suivants : délai d'introduction d'un recours administratif hiérarchique; droit des fournisseurs et entrepreneurs, autres que celui qui introduit la procédure de recours, à participer à ladite procédure (voir l'article 45-2); la charge de la preuve; la présentation de preuves; et la conduite de la procédure de recours.

14. Le délai général de 30 jours imposé au paragraphe 4 pourra devoir être modifié dans les pays où la procédure administrative prend la forme d'une procédure quasi judiciaire supposant des auditions ou d'autres mesures de longue durée. Dans ces pays, les problèmes que pose cette question pourront être néanmoins traités, étant donné le caractère optionnel de l'article 44.

* * *

Article 45

Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]

1. Cet article s'applique uniquement aux procédures de recours engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle et devant une instance administrative hiérarchique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux Etats des règles régissant les questions traitées dans cet article.

2. Les références entre crochets, dans le titre et le texte de l'article, à l'article 44 et à l'instance administrative, seront omises par l'Etat qui ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique.

3. L'objet des paragraphes 1 et 2 de l'article est d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une réclamation a été présentée à propos de la procédure à laquelle ils ont participé ou participent et de leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu du paragraphe 2 ou prendre d'autres mesures prévues en vertu des règles juridiques applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours a été envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient entendues et que les informations pertinentes soient portées à son attention dès que possible.

4. Alors que le paragraphe 2 accorde aux fournisseurs et entrepreneurs un droit relativement large de participation à une procédure de recours qu'ils n'ont pas engagée, la Loi type ne donne pas d'orientations détaillées quant à la mesure dans laquelle ces tiers pourront participer (par exemple, auront-ils un droit de participation plein et entier, y compris le droit de présenter des déclarations ?). Les Etats devront peut-être déterminer s'il est nécessaire d'établir, dans leur système juridique, des règles régissant ces questions.

5. Au paragraphe 3, les mots "et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours" font référence aux fournisseurs et entrepreneurs participant conformément au paragraphe 2 et aux autorités gouvernementales telles que les autorités d'approbation.

* * *

Article 46

Suspension de la procédure de passation du marché

1. La solution de la suspension automatique (c'est-à-dire d'une suspension de la procédure déclenchée par la simple présentation d'une réclamation) est retenue dans la législation des marchés de certains pays. La suspension a pour objet de permettre la préservation des droits du fournisseur ou entrepreneur introduisant une procédure de recours en attendant la clôture de cette procédure. Sans cette suspension, le fournisseur ou entrepreneur présentant une réclamation n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures conservatoires. En particulier, il sera en général important pour le fournisseur ou l'entrepreneur d'empêcher l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, s'il faut établir un droit à des mesures conservatoires, on manquera peut-être de temps pour le faire, tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son stade final). La solution de la suspension permettra dans un plus grand nombre de cas un règlement de la réclamation plus tôt, sans qu'il ne soit nécessaire d'intenter un recours judiciaire, ce qui devrait permettre un règlement des litiges plus économique et plus efficace. En revanche, la solution de la suspension automatique a l'inconvénient d'augmenter le risque que les procédures de recours ne perturbent et ne retardent la passation du marché, ce qui nuirait aux opérations de l'entité adjudicatrice.

2. L'approche adoptée à l'article 46 en ce qui concerne la suspension vise à établir un équilibre entre le droit du fournisseur ou entrepreneur à ce que sa réclamation soit examinée et la nécessité pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que la passation du marché ne soit indûment perturbée et retardée. En premier lieu, afin de réduire le risque qu'une procédure de suspension ne soit déclenchée sans nécessité, la suspension prévue à l'article 46 n'est pas automatique, mais est soumise à la réunion des conditions énoncées au paragraphe 1. La condition relative à la déclaration que doit faire le fournisseur ou l'entrepreneur demandant la suspension n'a pas pour objet de déclencher une procédure accusatoire, avec présentation de preuves, car cela irait à l'encontre de l'objectif qui est de déclencher rapidement le processus de suspension lors de la présentation en temps utile d'une réclamation. Il s'agit plutôt d'un processus unilatéral, fondé sur l'affirmation par le requérant de l'existence de certaines circonstances, circonstances du type de celles qui doivent être avancées dans de nombreux systèmes juridiques pour obtenir des mesures conservatoires. La condition selon laquelle la réclamation ne doit pas être futile a été incorporée car, même dans le contexte d'une procédure unilatérale, l'instance chargée du recours doit être habilitée à examiner la réclamation, afin de rejeter toute réclamation futile.

3. Afin d'atténuer les effets potentiellement perturbateurs d'une suspension, seule une brève suspension initiale de sept jours peut être obtenue par la procédure relativement simple prévue à l'article 46. Cette brève suspension initiale a pour but de permettre à l'entité adjudicatrice ou à toute autre instance connaissant du recours d'évaluer le bien-fondé de la réclamation et de déterminer si une prolongation de la suspension initiale en vertu du paragraphe 3 serait justifiée. Le risque de perturbation est limité encore par le maximum de 30 jours prévu au paragraphe 3 pour la durée totale

de la suspension. En outre, le paragraphe 4 permet l'inapplication de la suspension dans des circonstances exceptionnelles, si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général, par exemple lorsque le marché porte sur des biens requis d'urgence en raison d'une catastrophe naturelle.

4. Le paragraphe 2 prévoit la suspension pendant une période de sept jours de l'exécution d'un marché déjà entré en vigueur lorsqu'une réclamation est présentée conformément à l'article 44 et répond aux conditions énoncées au paragraphe 1. Cette suspension peut aussi n'être pas appliquée, en vertu du paragraphe 4, et, comme il a été noté plus haut, elle peut être prolongée, en vertu du paragraphe 3, à condition de ne pas dépasser une durée totale de 30 jours.

5. Puisque, à part les dispositions figurant à l'article 47, la Loi type ne traite pas des recours judiciaires, l'article 46 ne traite pas de la question d'une suspension ordonnée par les tribunaux, que peut prévoir la législation applicable.

* * *

Article 47

Recours judiciaire

L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à confirmer ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 42. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 43 et 44, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 43 ou 44, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. L'approche minimale de l'article 47 a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire.

* * *