



---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-quatrième session  
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

**Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur  
la passation des marchés publics**

**Compilation des commentaires reçus de gouvernements et  
d'organisations internationales sur le projet de Loi type sur  
la passation des marchés publics**

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales. . . . .	2
A. Commentaires reçus de gouvernements. . . . .	2
Autriche . . . . .	2



## II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

### A. Commentaires reçus de gouvernements

#### Autriche

[Original: anglais]

[21 avril 2011]

La République d'Autriche souhaiterait soumettre les observations suivantes, relatives au projet de Loi type sur la passation des marchés publics (document A/CN.9/729 et ses additifs):

La République d'Autriche souhaiterait tout d'abord souligner que le texte de la Loi type devrait contenir toutes les dispositions (et informations) pertinentes sur le processus de passation de marché. Le texte ne devrait donc pas appeler d'explications; en particulier, il ne devrait pas être nécessaire (d'une manière générale) de consulter le Guide pour l'incorporation pour comprendre les dispositions de la Loi type. Dans certains cas, on ne trouve les informations essentielles sur l'application de la Loi type que dans le Guide pour l'incorporation (par exemple, l'article 28, paragraphe 3, et l'article 29, paragraphe 3, posent les mêmes conditions pour l'utilisation de deux procédures différentes; les informations fondamentales concernant la différence entre les deux ne figurent que dans le Guide; voir Add.6, page 13). Nous proposons que le texte lui-même contienne toutes les informations pertinentes.

Dans le préambule (voir alinéa d)), le terme "équitable" est employé. Nous proposons que ce terme soit remplacé par "égal". L'expression "égalité de traitement" est bien connue dans le contexte international. Par exemple, la Cour de justice européenne souligne que ce principe exige que "*des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié*" (voir l'affaire C-21/03, *Fabricom*, par. 27, l'affaire C-434/02, *Arnold André*, par. 68, et la jurisprudence citée dans l'arrêt, ainsi que l'affaire C-210/03, *Swedish Match*, par. 70 et la jurisprudence citée dans l'arrêt). Il convient de noter à cet égard que l'exemple donné dans le projet de Guide pour l'incorporation (voir Add.1, par. 30) n'est pas pertinent parce que des situations différentes sont comparées (communications sur support papier et communications électroniques). De plus, l'utilisation d'une terminologie différente (équitable – égal) soulève la question de la différence qu'il peut y avoir entre ces termes.

Le terme "présélection" employé à l'article 2 b) (et ailleurs dans la Loi type) n'est pas défini. Il conviendrait d'envisager de le définir. De même, l'article 33 devrait contenir une disposition sur la manière dont la présélection devrait être faite (en particulier pour garantir la transparence et la non-discrimination).

L'article 2 e) devrait être libellé comme suit: "... désigne une procédure qui se déroule ..." (voir par exemple l'article 2 e) iv)).

À l'article 5, le début du paragraphe 1 du texte anglais ("Except as provided for in paragraph (2)") porte à confusion, car le paragraphe 2 ne prévoit pas d'exception à la mise à disposition du public.

Un renvoi à l'article 8, paragraphe 1, devrait être introduit à l'article 8, paragraphe 2, afin de bien montrer que l'exception doit être énoncée clairement dans les lois de l'État adoptant (et qu'il devrait s'agir d'une exception et non de la règle générale).

À l'article 8, paragraphe 5 (et aux articles 17, par. 9, et 48, par. 3 e)), l'expression "tout membre du public" pourrait aussi être interprétée comme incluant "les membres du public des pays tiers". Nous sommes d'avis que "la mise à disposition du public" – par exemple, via Internet – est suffisante. En outre, afin d'éviter des questions sur la différence de terminologie employée dans la version anglaise ("the public" et "the general public"), celle-ci devrait être harmonisée.

À l'article 9, paragraphe 2 e), l'expression "dans le présent État" devrait être précisée. Elle ne viserait actuellement que l'État où a lieu la procédure de passation de marché. Dans le contexte d'une participation internationale, cette obligation n'aurait aucun effet. Nous proposons de remplacer cette expression par "dans leur pays de résidence".

À l'article 9, paragraphe 8 b), le verbe "peut" laisse entendre que l'entité adjudicatrice dispose d'une marge d'appréciation. Nous nous demandons si celle-ci peut être justifiée dans ces circonstances et s'il ne faudrait pas remplacer ce verbe par "doit".

L'article 10, paragraphe 1, devrait parler de "description détaillée de l'objet du marché" (voir la formulation de l'article 29, par. 2 a)).

À l'article 10, paragraphe 3, l'expression "including concerning" ("concernant notamment") dans la version anglaise devrait être repensée.

À l'article 10, paragraphe 4, les mots "any description" dans la version anglaise devraient être remplacés par "the description" (cette suggestion vaut également pour le paragraphe 5 a)). En outre, le terme "caractéristiques" devrait être remplacé par "aspects" (cette suggestion vaut également pour le paragraphe 5 a)), afin de suivre la terminologie employée dans d'autres passages du texte. De plus, il semble que le paragraphe 4 permette aux entités adjudicatrices de faire également référence à des méthodes de fabrication particulières. Nous proposons que ceci ne soit pas permis et que le paragraphe 4 soit modifié en conséquence. Toutefois, il convient de noter que, même avec cette proposition de (nouvelle) formulation, l'obligation par exemple d'utiliser une énergie verte serait possible (seule l'obligation de se fournir en électricité verte produite par exemple par des générateurs hydroélectriques ne serait pas autorisée).

L'article 11, paragraphe 2 b), semble extrêmement large. Selon cette disposition, les critères d'évaluation peuvent inclure "les caractéristiques de l'objet du marché" (le terme "coût" ne renvoie visiblement qu'à l'utilisation, à l'entretien et à la réparation des biens, etc.). Quel est le sens de cette disposition? Ne serait-il pas suffisant ou mieux de renvoyer aux critères socioéconomiques mettant en œuvre des politiques socioéconomiques (voir art. 2 n))?

À l'article 11, paragraphe 3, l'exigence selon laquelle tous les critères autres que le prix doivent ("dans la mesure où cela est faisable") toujours être exprimés en termes pécuniaires (du fait de l'emploi de la conjonction "et") semble lourde. Nous proposons de remplacer "et" par "et/ou".

À l'article 14, paragraphe 1, il semble que la préposition "in" ("dans") ait été oubliée dans la version anglaise.

À l'article 14, paragraphe 5, nous proposons l'ajout suivant: "et est publiée de la même manière et au même endroit que les informations originales concernant l'invitation à participer à la préqualification ou à la présélection".

À l'article 15, paragraphe 1, troisième phrase, l'expression "as will", dans la version anglaise, devrait être remplacée par "as to" (cette suggestion vaut également pour l'article 17, par. 6).

L'article 16, paragraphe 1 c) ii), semble superflu parce que le début de l'alinéa c) contient déjà une référence à l'alinéa b), qui traite du cas de la passation d'un marché national.

À l'article 16, paragraphe 1 f) i), la formulation suivante est proposée: "Le retrait ou la modification de la soumission avant ou après la date limite de présentation des soumissions, si cela est prévu dans le dossier de sollicitation."

Les conditions se rapportant à la conduite du fournisseur ne peuvent, selon l'article 16, paragraphe 1 f) ii), faire référence qu'au défaut de signature d'un marché. La façon dont cette disposition doit être comprise/interprétée n'est pas claire.

S'agissant de l'article 16, paragraphe 2, la question suivante se pose: qu'advient-il de la garantie de soumission si une situation telle que celle mentionnée à l'article 21, paragraphe 7, se produit ou si une situation similaire n'a pas été prise en compte (par exemple, dans le dossier d'appel d'offres)?

À l'article 17, paragraphe 3 b), nous proposons d'employer le terme "calendrier envisagé" à la fin de l'alinéa.

À l'article 19, paragraphe 1, la situation où seul le prix est anormalement bas devrait également être couverte. Afin de clarifier ce point, la première ligne devrait disposer: "... que le prix ou le prix, conjugué à ...". Nous proposons en outre que le paragraphe 1 c) devienne le (nouveau) paragraphe 2 et que l'ancien paragraphe 2 devienne le (nouveau) paragraphe 3. Les alinéas a) et b) semblent suffisants en tant que conditions préalables au rejet. Si cette proposition était retenue, les mots "ait mentionné" dans le (nouveau) paragraphe 2 devraient être remplacés par "mentionne".

S'agissant de l'article 20, paragraphe 1 a), nous proposons d'introduire un seuil minimum. Le texte actuel pourrait être interprété de telle manière que le fait de donner tout objet quelle qu'en soit la valeur (!; prenons le cas extrême d'un stylo d'une valeur inférieure à 1 euro) à un administrateur/employé de l'entité adjudicatrice entraînerait l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur. Puisqu'en pratique, l'intention dans laquelle est accordé un avantage financier ("pour influencer") ne peut normalement pas être prouvée, les preuves indirectes jouent un rôle important. Il suffirait peut-être de clarifier cette question dans le Guide pour l'incorporation.

Il faudrait envisager de définir et/ou d'expliciter l'expression "avantage concurrentiel injuste". Il faudrait préciser que l'expression "dispositions de la législation du présent État" ne se rapporte qu'aux mots "conflit d'intérêts" qui la précèdent immédiatement.

À l'article 21, paragraphe 10, il faudrait préciser que les "autres fournisseurs ou entrepreneurs" sont ceux "qui ont participé aux précédentes étapes de la procédure de passation de marché" (mais qui ont été exclus; tous les autres fournisseurs ayant participé jusqu'à la fin de la procédure doivent de toute façon être informés de l'issue de cette dernière). Il faut également préciser que, dans ce cas, l'obligation de respecter le délai d'attente ne s'applique pas.

Il est nécessaire de souligner qu'en pratique le consentement à la divulgation d'informations à d'autres personnes/parties risque d'être exigé pour la participation à la procédure de passation de marché. Par conséquent, l'"autorisation" donnée dans le dossier de sollicitation (sans aucune possibilité d'interdire la divulgation d'informations par les fournisseurs ou entrepreneurs) à l'article 23, paragraphe 3, pose réellement problème et devrait être supprimée.

À l'article 24, paragraphe 1 r), les mots "the written procurement contract" devraient être remplacés par "a written procurement contract" dans la version anglaise.

À l'article 24, paragraphe 3, le cas de l'abandon de la passation devrait être pris en compte s'agissant de la divulgation du procès-verbal: la troisième ligne devrait dire "sur demande et si elle est disponible". À la fin de ce paragraphe, il conviendrait d'ajouter les mots suivants: "et sous réserve des conditions d'une telle ordonnance".

La relation entre les paragraphes 2 à 4 de l'article 24 (en particulier concernant les informations mentionnées au paragraphe 1 s) et t)) n'est pas claire. Aux termes du paragraphe 4 (par exemple), l'entité adjudicatrice ne doit divulguer aucune information relative à l'examen et à l'évaluation des soumissions ainsi qu'au montant des soumissions, mais ces informations sont divulguées aux fournisseurs et entrepreneurs sur demande conformément au paragraphe 3.

À l'article 29, paragraphe 2, nous proposons que les parenthèses et leur contenu soient supprimés, car cette approbation préalable a été supprimée dans tout le texte (exception faite de l'article 29, par. 5 e)).

À l'article 31, paragraphe 1 a), le terme "répétée" devrait remplacer le terme "indéterminée".

À l'article 32, paragraphe 4, nous proposons de supprimer l'expression "de la faible valeur". Cette disposition prête à confusion compte tenu des autres dispositions de la Loi type qui portent sur la "faible valeur".

Les informations mentionnées à l'article 38 b) sont déjà partiellement énumérées à l'article 36 c).

À l'article 38 v), la mention devrait également indiquer le nom et l'adresse de l'organe de recours ou d'appel et donner des informations sur les délais (cette suggestion vaut également pour l'article 46, par. 4 h); l'article 48, par. 5 k); l'article 52, par. 1 t); et l'article 61, par. 4 b) ix)).

Le début du paragraphe 2 de l'article 39 mentionne l'offre présentée par "écrit". Le paragraphe 2 renvoie également à d'autres modes de communication. Ce terme pourrait néanmoins être compris comme imposant que les soumissions soient toujours faites sur support papier. Cette ambiguïté est confirmée par l'emploi dans différentes dispositions d'une terminologie se rapportant au support papier (par exemple, "enveloppes"). Le projet de Guide pour l'incorporation clarifie la situation mais un libellé clair dans la Loi type éviterait les interprétations erronées (cette suggestion vaut également pour l'article 58, par. 1, et l'article 61, par. 4).

Nous soutenons la proposition faite dans la note de bas de page 4 du document Add.6 du projet de Guide pour l'incorporation (disposition complémentaire à l'article 46 concernant les éclaircissements).

Le texte de l'article 47, paragraphe 4 b), pourrait être interprété de sorte que l'entité adjudicatrice puisse changer substantiellement les conditions applicables à la passation/l'objet du marché, ce qui serait contraire aux principes fondamentaux de la Loi type. Une "protection" devrait être introduite dans le texte de la Loi afin d'éviter que ce genre de choses ne se produise.

Le texte de l'article 48, paragraphe 9, devrait être précisé pour que l'on sache bien ce qui peut être modifié dans le cadre du dialogue. Le texte dispose actuellement ce qui suit: "l'entité adjudicatrice ne peut modifier ... ni l'objet du marché ... ni même les éléments de la description de l'objet du marché ... qui sont exclus du dialogue." (le commentaire vaut également pour le paragraphe 5). Une définition du terme "dialogue" serait tout à fait bienvenue (surtout pour distinguer le "dialogue", les "éclaircissements", la "discussion" et les "négociations", voir terminologie employée à l'article 23, par. 3).

À l'article 52, paragraphe 1 c), la formule "the contract form, if any, to be signed" ("le cas échéant, le document contractuel à signer") porte à confusion. Si un contrat doit être signé par les parties, il doit alors revêtir la forme écrite (forme papier ou forme électronique).

À l'article 52, paragraphe 2 (qui est entre parenthèses), un renvoi à la note de bas de page 1 devrait être ajouté.

Le texte de l'article 53, paragraphe 1 a), devrait être aligné sur celui de l'article 52, par. 1 g).

Les alinéas b) et c) du paragraphe 3 de l'article 59 semblent contenir la même disposition.

Il conviendrait de vérifier s'il ne faudrait pas ajouter dans l'article 57 un renvoi à l'article 8 (un tel renvoi apparaît normalement dans le texte; voir par exemple article 59, par. 3 e) i)).

À l'article 59, paragraphe 3, il manque une référence aux voies de recours (voir, par exemple, l'article 61, par. 4 b) ix)).

À l'article 62, l'intitulé et le contenu n'indiquent pas la même chose. Selon l'intitulé, aucune "modification substantielle" n'est autorisée, alors que dans le texte "aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise".

À l'article 63, paragraphe 1, le texte fait référence à la non-conformité d'une décision ou d'un acte "aux dispositions de la présente Loi". Le droit de contestation

ou d'appel trouvera son fondement dans le non-respect de la législation nationale incorporant les dispositions de la Loi type mais non de la Loi type elle-même.

L'obligation de publication prévue à l'article 65, paragraphe 3 (début), semble inutile puisque seules les parties intéressées peuvent contester ou former un appel et les autres participants doivent être notifiés conformément au paragraphe 3 b) et c).

L'article 65, paragraphe 3 a) et c), mentionne la possibilité pour l'entité adjudicatrice de décider de la suspension (ou de sa prorogation?) qui, selon l'article 64, paragraphe 1, est automatique s'agissant de la conclusion du marché/de l'accord-cadre. Le libellé actuel (voir ci-dessous les remarques concernant l'article 66, par. 6 a)) devrait être clarifié. Cette suggestion vaut également pour l'article 66, paragraphes 3, 5 et 9, qui devraient être alignés sur le nouveau libellé (plus clair).

Le contenu de la note de bas de page 7 se rapportant à l'article 66 devrait être intégré au Guide pour l'incorporation et non à la Loi type.

À l'article 66, paragraphe 5 c) de la version anglaise, le terme "insert" employé dans le passage entre crochets devrait être supprimé.

S'agissant de l'article 66, paragraphe 6 a), la question se pose de savoir si le respect des délais et l'absence manifeste de fondement ne sont pas vérifiés par l'instance indépendante dès le début (lors du dépôt de la demande). Dans ce cas, il est tout à fait improbable que l'instance indépendante estime – après l'ordre de suspension – que la demande est manifestement dénuée de fondement ou qu'elle n'a pas été présentée dans les délais fixés par la Loi type. Par conséquent, la deuxième situation envisagée dans le chapeau du paragraphe 6 ("lève toute mesure de suspension") risque de ne jamais se produire. Si le libellé doit avoir un lien avec la "suspension automatique" visée à l'article 64, paragraphe 1, les mots "lever la suspension" sont inappropriés (car la suspension n'a pas été ordonnée); on pourrait plutôt dire que la suspension "prend fin" (voir texte de l'article 64, par. 2) ou qu'elle "cesse".

S'agissant de l'article 66, paragraphe 8, la Loi type devrait prendre en compte la situation où le dossier fourni risque d'être très volumineux. Pour cette raison, nous proposons de changer le texte ainsi: "l'entité adjudicatrice lui fournit tous les documents ou lui donne accès à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché".

À l'article 66, paragraphe 9, la référence à une "décision légale" est discutable. La question de la légalité d'une décision de l'entité adjudicatrice est tranchée par le tribunal en dernier ressort. Par conséquent, il se pourrait que l'instance indépendante considère qu'une décision est légale mais que sa conclusion soit infirmée ensuite par un tribunal. Nous proposons donc de supprimer le terme "légale" et de parler seulement de la confirmation d'une "décision de l'entité adjudicatrice".

L'expression "toute autorité publique" employée à l'article 67, paragraphe 1, doit être clarifiée. Il faudrait préciser de qui il pourrait s'agir et pourquoi cette autorité devrait être autorisée à participer.

En ce qui concerne l'article 67, paragraphe 3, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas prévoir une disposition sur les informations classifiées. La disposition suivante pourrait résoudre le problème: "Le [nom de l'instance indépendante]

garantit un niveau adéquat de confidentialité des informations classifiées ou d'autres informations qui figurent dans les pièces transmises par les parties et agit en respectant des intérêts de la défense et/ou de la sécurité pendant toute la procédure.”

De plus, un accès ouvert à une procédure impliquant des informations classifiées est très problématique; un accès restreint (à la demande d'une partie) doit être possible.

Le texte même de l'article 69 devrait intégrer les conditions de base auxquelles doit satisfaire un système de recours judiciaire (voir note de bas de page 14).

---