



Assemblée générale

Distr. générale
16 mai 2011
Français
Original: anglais

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

Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le préambule et les articles premier à 7 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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

...

Deuxième partie. Commentaire par article

Préambule

L'inclusion dans la Loi type d'un énoncé des objectifs vise à faciliter l'interprétation et l'application de cette dernière. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou d'obligations quant au fond pour les entités adjudicatrices ou les fournisseurs et entrepreneurs. Dans les États 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. (Pour une explication des notions que recouvrent les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type, voir par. ... de la première partie du Guide.)

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

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 faire entrer dans ce champ d'application tous les types de passation de marchés publics, tel que ce terme est défini à l'article 2. Compte tenu de la grande diversité des procédures prévues dans la Loi type pour différents types de situations pouvant se produire dans les passations de marchés publics, il n'est pas nécessaire d'exclure un secteur économique particulier d'un État adoptant. Un certain nombre d'articles de la Loi type contiennent des dispositions adaptées, en particulier, à des passations qui soulèvent des questions sensibles, telles que les passations mettant en jeu des informations classifiées. (Voir le commentaire des articles ... de la Loi type, et également les paragraphes ... de la première partie pour un examen général des questions intéressant le champ d'application de la Loi type et les exceptions à l'application des dispositions sur la transparence dans ces cas.)
2. [Les États confrontés à une crise économique et financière peuvent exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur).]¹

Article 2. Définitions

1. L'article 2 a pour objet de définir, au début de la Loi type, les termes qui y sont fréquemment utilisés, afin de faciliter la lecture et la compréhension du texte.

¹ Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer s'il est nécessaire de conserver le texte entre crochets.

Le commentaire sur cet article est complété par un glossaire, qui figure à [l'annexe ...] du Guide et qui comprend les termes dont la signification dans la Loi type diffère de celle qui leur est donnée dans d'autres instruments internationaux ou régionaux régissant la passation des marchés publics.

2. La définition du terme "enchère électronique inversée" (alinéa d)) recouvre toutes les principales caractéristiques d'une enchère inversée, en particulier son caractère en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d'autres types d'enchères, même si elles peuvent être utilisées pour la passation de marchés publics dans certains pays. La décision de ne pas prévoir d'autres types d'enchères dans la Loi type tient aux risques d'irrégularités et au risque élevé de collusion qu'elles présentent du fait essentiellement que l'identité des participants est connue. La formule "offres de plus en plus basses" dans la définition renvoie aux réductions successives du prix ou du montant total des coûts pour l'entité adjudicatrice.

3. Le mot "acquisition" dans la définition du terme "passation de marché" (alinéa h)) englobe l'achat, la location et la location-vente, avec ou sans option d'achat. La définition mentionne les biens, les travaux et les services. Une classification stricte de ce que l'on entendrait par biens, travaux et services n'est souvent pas possible et n'est pas exigée par la Loi type, qui utilise l'expression générique "objet du marché" et qui ne prévoit pas des méthodes de passation différentes selon qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. Néanmoins, comme il est expliqué dans le commentaire des articles ... de la Loi type, certaines méthodes de passation prévues peuvent être plus adaptées aux marchés de services qu'aux marchés de biens ou de travaux. Les États adoptants peuvent prévoir une classification stricte et fournir des orientations générales, par exemple en indiquant que le terme "biens" désigne généralement des objets de toute sorte, notamment des matières premières, des produits, des équipements et des objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si leur valeur ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes, tandis que le mot "travaux" désigne tous les travaux liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'un ouvrage, tels que la préparation du site, le creusement, l'édification, le montage, l'installation d'équipements ou de matériaux, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la photographie par satellite, les études sismiques et les services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes. Le terme "services" peut désigner tout objet du marché autre que des biens ou des travaux.

4. L'emploi au pluriel des mots "contrats" et "fournisseurs ou entrepreneurs" dans la définition du terme "marché" (alinéa i)) vise à tenir compte, notamment, des cas d'allotissement d'un marché attribué dans le cadre de la même procédure de passation. Par exemple, l'alinéa g) de l'article 38 de la Loi type dispose que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché. Dans ce cas, la procédure de passation ne conduira pas à la conclusion d'un contrat unique avec un seul fournisseur ou entrepreneur mais à la conclusion de plusieurs contrats avec différents fournisseurs ou entrepreneurs. Les mots "à l'issue de la procédure de

passation de marché” sont employés dans cette définition pour englober les marchés conclus dans une procédure d’accord-cadre, mais non les accords-cadres attribués.

5. Les mots “informations classifiées” dans la définition du terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées” (alinéa j)) renvoient aux informations qui sont classifiées en vertu de la législation nationale applicable dans un État adoptant. Ces mots désignent dans de nombreux pays des informations auxquelles seules certaines catégories de personnes sont autorisées à accéder par la loi. La nécessité de traiter ce type d’informations dans la passation de marchés peut se poser non seulement dans les secteurs où les “informations classifiées” sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également dans tout autre secteur où la loi peut interdire la divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé (par exemple, dans le cas de recherches et d’expériences sensibles dans le domaine médical). Le terme “informations classifiées” est utilisé dans les dispositions de la Loi type qui prévoient des mesures spéciales pour protéger ce type d’informations, en particulier des exceptions aux règles sur l’information du public et sur la transparence. Ces exceptions pouvant donner lieu à des abus, la Loi type n’autorise pas l’entité adjudicatrice à élargir la portée du terme et il est recommandé que les questions relevant du traitement des “informations classifiées” soient régies par la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur. La définition, lorsqu’elle est employée dans la Loi type, est complétée par la disposition énoncée dans l’article 24 relatif au procès-verbal et aux dossiers de la procédure de passation de marché exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l’entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées.

6. Concernant la définition du terme “entité adjudicatrice” (alinéa l)), la Loi type vise en premier lieu à régir les marchés passés par les administrations et d’autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d’un État à l’autre en fonction de la manière dont la loi répartit les compétences entre les différents niveaux de l’État. C’est pourquoi l’alinéa l) i), où est défini le terme “entité adjudicatrice”, présente des options concernant les niveaux de l’État à prendre en compte. L’option I place dans le champ d’application de la Loi type l’ensemble des départements, organismes, organes et autres services qui se rattachent à l’administration centrale de l’État adoptant, ainsi qu’aux subdivisions provinciales, locales ou autres subdivisions administratives de cet État. Cette option serait adoptée par les États non fédéraux et par les États fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L’option II serait retenue par les États n’adoptant la Loi type que pour des organes de l’administration centrale. Conformément à l’alinéa l) ii), l’État adoptant peut étendre le champ d’application de la Loi type à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure administrative, s’il souhaite exiger d’elles qu’elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l’État adoptant pourra tenir compte notamment des facteurs suivants:

a) L’État fournit-il des fonds publics substantiels à l’entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté pour garantir le paiement dû par l’entité dans le cadre du marché qu’elle a passé, 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 l'État ou ce dernier participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité?

c) L'État 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 à l'État ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'État s'applique-t-il aux marchés passés par l'entité?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale pour exercer des activités à des fins publiques déterminées par la loi et les règles de droit public applicables aux contrats publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité?

7. La passation de marché peut être réalisée par des groupes ou consortiums d'entités adjudicatrices, y compris de divers États, qui peuvent être considérés collectivement comme une seule "entité adjudicatrice". La définition du terme "entité adjudicatrice" parle en particulier de "groupement de plusieurs [départements, organismes, organes ou autres services ou subdivisions]" sans mentionner toutefois de lien avec un État particulier. Elle vise donc à permettre la participation de tels groupes ou consortiums, notamment dans la passation de marchés au niveau international. Dans certains pays, pour assurer une responsabilité politique, même lorsque plusieurs entités adjudicatrices s'associent, l'une d'elles reste l'entité principale. Dans le cas d'un consortium international, il est habituel qu'une entité adjudicatrice d'un État ayant qualité d'entité principale représente les entités adjudicatrices des autres États².

8. La définition du terme "passation de marché public" (alinéa m)) a pour objet principal de souligner que la Loi type s'applique à la passation des marchés publics et non à la passation des marchés dans le secteur privé. Elle se fonde sur la définition des termes "passation de marché" et "entité adjudicatrice" (alinéas h) et l), voir explications aux paragraphes ... ci-dessus). Le terme "passation de marché public" n'apparaît que dans le titre, le préambule et les deux premiers articles de la Loi type; par la suite, le terme "passation de marché" est utilisé par souci de simplicité³.

9. La définition du terme "politiques socioéconomiques" (alinéa n)) ne se veut pas ouverte mais vise à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l'État adoptant et celles qui découlent de règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. Le but de ces dispositions est: a) d'empêcher que les politiques socioéconomiques soient déterminées au cas par cas par l'entité adjudicatrice, et b) de faire en sorte qu'elles soient appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. La loi peut autoriser un ou plusieurs organes d'un État adoptant à promulguer des politiques socioéconomiques

² Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer si les deux phrases précédentes devraient être présentées dans le Guide comme les meilleures pratiques.

³ La nécessité de cette définition dans la Loi type doit être réexaminée. Une autre solution possible serait de fournir les explications nécessaires dans le Glossaire.

dans cet État. Les règles relatives à l'application de ces politiques devraient imposer des limites appropriées aux entités adjudicatrices, en particulier en leur interdisant d'adopter à leur gré des politiques au coup par coup; ces politiques peuvent donner lieu à des abus, par exemple sous forme de favoritisme.

10. À la fin de la définition du terme "politiques socioéconomiques", l'État adoptant se voit donner la possibilité de développer cette définition en fournissant une liste indicative des politiques applicables. Celles-ci sont généralement de nature sociale, économique ou environnementale (rarement politique) et peuvent être dictées par des considérations telles que le développement d'un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, ou des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement, l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l'état de la balance des paiements et les réserves en devises⁴. Il convient de noter que ces politiques évoluent avec le temps et, même si la liste se veut exhaustive, elle sera obsolète. Il est donc recommandé que la liste demeure indicative pour ne pas avoir à actualiser la loi à chaque fois que les politiques socioéconomiques de l'État adoptant changent. Il convient également de noter que l'application de ces politiques peut accroître le coût de la passation et qu'il faudrait donc soigneusement mettre en balance leur mise en œuvre au moyen de la passation de marchés publics avec leurs coûts à court et long termes⁵. Nombre de ces politiques ne sont généralement jugées appropriées que dans le but d'aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

11. La définition du terme "sollicitation" (alinéa o)) vise à établir une distinction entre la "sollicitation" et l'"invitation à participer à la procédure de passation de marché". Cette dernière formule est plus large puisqu'elle peut englober une invitation à participer à la préqualification (article 17) ou une invitation à participer à la présélection (article 48). La signification du terme "sollicitation" varie en fonction de la méthode de passation: dans l'appel d'offres, la sollicitation désigne l'invitation à soumettre des offres (dans l'appel d'offres ouvert et dans l'appel

⁴ La liste indicative des politiques socioéconomiques est reprise du document A/64/17, par. 164. La liste figurant à l'article 34-4 c) iii) de la Loi type de 1994 mentionnait l'état de la balance des paiements et les réserves en devises de l'État adoptant, les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles. Le Secrétariat demande des orientations concernant la liste à inclure dans le Guide.

⁵ À la dix-neuvième session du Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées sur ces propos. Il a été noté qu'il valait mieux que cette question, politiquement sensible, soit examinée par la Commission (A/CN.9/713, par. 124). L'utilité de cette mention dans le Guide doit donc être examinée et, dans le cas où elle serait maintenue, il faudra déterminer si des indications supplémentaires devraient être fournies concernant les coûts et les avantages de telles politiques.

d'offres en deux étapes, l'invitation est publique, tandis que, dans l'appel d'offres restreint, elle est adressée à un groupe limité); dans la demande de propositions, la sollicitation désigne l'invitation à présenter des propositions (qui peut être publique ou adressée à un groupe limité); dans les négociations avec appel à la concurrence, la sollicitation désigne l'invitation aux négociations adressée à un groupe limité; dans la demande de prix, elle désigne l'envoi d'une demande à un groupe limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont le nombre ne doit toutefois pas être inférieur à trois; en cas d'enchère électronique inversée en tant que méthode autonome de passation dans laquelle des offres initiales sont exigées aux fins de leur évaluation ou de l'examen de leur conformité, la sollicitation commence par une invitation à soumettre ces offres initiales (l'invitation est publique comme dans l'appel d'offres ouvert); dans l'enchère électronique inversée plus simple utilisée comme méthode autonome de passation sans examen ou évaluation d'offres initiales, la sollicitation a lieu après l'ouverture de l'enchère, lorsque les participants sont invités à soumettre des offres; dans la sollicitation d'une source unique, la sollicitation désigne l'invitation à présenter une proposition ou un prix qui est adressée à un seul fournisseur ou entrepreneur.

12. La définition du terme "dossier de sollicitation" (alinéa p)) est générique et énonce les caractéristiques essentielles des documents sollicitant la participation à n'importe quelle méthode de passation. Ces documents sont émis par l'entité adjudicatrice et énoncent les conditions de la passation concernée. Dans certaines méthodes de passation, le terme "dossier de sollicitation" est utilisé; d'autres expressions sont employées pour d'autres méthodes. Par exemple, dans les dispositions de la Loi type régissant la demande de propositions, il est fait référence à une "demande de propositions" dans laquelle figurent les informations concernant la sollicitation. Indépendamment du terme employé dans chaque méthode de passation de la Loi type, les documents sollicitant la participation englobent également toute modification apportée aux documents initialement émis. Ces modifications peuvent être apportées conformément aux articles 14 et 15 de la Loi type; dans l'appel d'offres en deux étapes, également en vertu des dispositions de l'article 47-4; et dans la demande de propositions avec dialogue, conformément à l'article 48.

13. Si la Loi type emploie, dans la version anglaise, le terme "tender security" (garantie de soumission) (alinéa t)), elle ne sous-entend pas pour autant que ce type de garantie peut être exigé uniquement dans l'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition du terme "garantie de soumission" ne doit pas être comprise non plus comme permettant à l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées⁶.

14. L'expression "d'autres dispositions de la législation du présent État", employée à l'article 2 et dans d'autres dispositions de la Loi type, renvoie non seulement aux lois mais aussi aux règlements d'application et aux obligations

⁶ Le commentaire tient compte de la suggestion faite au sein du Groupe de travail. L'article 16 sur les garanties de soumission n'interdit pas la demande de plusieurs garanties de soumission. Le commentaire relatif à cet article indique toutefois, comme ici, que la CNUDCI décourage l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation donnée.

conventionnelles de l'État adoptant. Dans certains États, une telle référence générale à la "législation" suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres États, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit est nécessaire afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

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

1. L'article 3 a pour objet d'expliquer les effets des traités internationaux sur l'application de la Loi type à l'échelon national. L'État adoptant peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'États sont parties à [l'Accord sur les marchés publics de l'OMC] et les membres de l'Union européenne sont liés par des directives relatives aux marchés qui s'appliquent à l'ensemble de la région géographique. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent être liés par des directives en matière de passation de marchés qui sont appliquées 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 les fonds qu'ils octroient. 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 en respectant lesdites 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. L'article accorde donc la primauté générale aux traités internationaux sur les dispositions de la Loi type, étant entendu toutefois que des règles plus strictes peuvent s'appliquer en vertu des traités internationaux mais que les obligations internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties de la Loi type.

2. Les passages entre crochets dans le présent article s'adressent à l'État fédéral adoptant. L'alinéa c) lui permet de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux qu'il a conclus avec une ou plusieurs de ses subdivisions, ou qui ont été conclus entre deux de ces subdivisions ou plus, sur les questions régies par la Loi type. Une telle clause pourrait être utilisée lorsque l'État fédéral n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

3. Les États adoptants devront adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles. Par exemple, ils devront peut-être modifier la référence dans l'alinéa b) à "tout accord conclu par le présent État" pour préciser qu'elle renvoie à tout accord qui a été non seulement signé mais aussi ratifié par voie législative pour pouvoir s'imposer à l'État adoptant.

4. L'État adoptant peut choisir de ne pas adopter les dispositions de cet article si elles entrent en conflit avec son droit constitutionnel.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

1. L'objet de l'article 4 est de souligner que les règlements en matière de passation des marchés doivent atteindre les objectifs et appliquer les dispositions de la Loi type. Comme indiqué aux paragraphes ... de la première partie du Guide, la Loi type est une "loi cadre" énonçant les règles juridiques fondamentales de la passation des marchés que doit venir compléter une réglementation promulguée par l'organe ou l'autorité appropriée de l'État adoptant. L'approche de la "loi cadre" permet à l'État 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 (voir ci-après la liste de ces dispositions) disposent expressément qu'elles doivent être complétées par une réglementation des marchés. En outre, l'État adoptant 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 ne devrait pas être contraire à la Loi type ou compromettre l'efficacité de ses dispositions. (Pour l'examen de l'importance d'une approche globale en ce qui concerne les règlements, directives et autres textes d'application pour que le système prévu dans la Loi type fonctionne dans la pratique, voir ... de la première partie du Guide.)

2. Les mots "réglementation des marchés" et "règlements en matière de passation des marchés" devraient être interprétés conformément à la tradition juridique de l'État adoptant; ces notions peuvent comprendre tout outil utilisé dans l'État adoptant pour appliquer sa législation.

3. 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: mode de publication de divers types d'information (articles 5, 6, 18 et 22); mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations communiquées pendant la procédure de passation (article 7-5); motifs invoqués pour limiter la participation à une passation (article 8); calcul de la marge de préférence et application de critères socioéconomiques lors de l'évaluation des soumissions (article 11); estimation de la valeur du marché (article 12); code de conduite (article 25); et limitation du volume du marché passé en cas d'urgence par voie de négociations avec appel à la concurrence ou par sollicitation d'une source unique (en d'autres termes, limitation au seul volume nécessaire pour faire face à l'urgence) (voir le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 29-4 et 5 aux paragraphes ... ci-après).

4. Le recours aux règlements n'est pas seulement une question de meilleure pratique. En effet, le défaut de promulgation d'une réglementation des marchés comme le prévoit la Loi type peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures particulières envisagées dans les cas suivants: limitation de la participation à la procédure de passation de marché (article 8); droit et modalités d'application d'une marge de préférence en faveur des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 11); et utilisation de la procédure de demande 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 28-2).

[Une liste des renvois à toutes les dispositions de la Loi type mentionnant les règlements en matière de passation des marchés sera insérée ici ou dans une annexe au Guide.]

Article 5. Publication des textes juridiques

1. L'objet de l'article 5 est d'assurer la transparence de toutes les règles et réglementations applicables à la passation de marchés dans un État adoptant. Toutes les personnes intéressées devraient savoir quelles règles et réglementations s'appliquent à la passation à tout moment et où les trouver si nécessaire.

2. Le paragraphe 1 du présent article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en exigeant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement tenus à jour. L'inclusion de cette disposition est jugée particulièrement importante dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans le droit administratif en vigueur. Elle peut également être jugée utile dans les États où cette condition est déjà imposée car une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuerait à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs ou entrepreneurs sur l'exigence d'une divulgation adéquate au public des textes juridiques mentionnés dans le paragraphe.

3. Dans de nombreux pays, il existe des publications officielles dans lesquelles les textes juridiques mentionnés dans le paragraphe sont et peuvent être habituellement publiés. Si tel n'est pas le cas, ils devraient être promptement rendus accessibles au public, y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, sur tout autre support approprié et de manière à assurer le niveau requis de diffusion des informations pertinentes à leurs destinataires et au public. Afin d'assurer un accès facile et rapide du public aux textes juridiques pertinents, l'État adoptant souhaitera peut-être préciser un mode et un support de publication dans les règlements en matière de passation de marchés ou mentionner dans ces règlements les sources juridiques traitant de la publicité des lois, des règlements et d'autres actes publics. Cette solution devrait également permettre au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important au vu de la prolifération des supports et des sources d'informations à mesure que recule l'utilisation des moyens traditionnels de publication d'informations sur support papier. L'abondance d'informations provenant de nombreuses sources, dont l'authenticité et l'autorité sont incertaines, pourrait être un obstacle majeur à la transparence.

4. L'État adoptant devrait envisager de publier les informations pertinentes de manière centralisée sur un support commun ("journal officiel" ou équivalent) et d'établir les règles définissant les relations de ce support centralisé unique avec d'autres supports où ces informations peuvent figurer. Les informations qui sont publiées sur ce support centralisé devraient être authentiques et officielles et primer les informations qui pourraient figurer ailleurs. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations sur d'autres supports avant leur publication sur le support centralisé, et exiger que les mêmes informations publiées sur différents supports contiennent les mêmes données. Le support centralisé devrait être facilement et largement accessible. L'accès aux lois,

règlements et autres textes juridiques d'application générale en matière de passation visés par la présente Loi et à toutes les modifications dont ils font l'objet ne devrait en principe pas être facturé, car cela est contraire aux objectifs de la Loi type, qui vise à favoriser et encourager la concurrence, à promouvoir l'intégrité et la confiance du public dans le processus de passation des marchés et à assurer la transparence des procédures de passation.

5. Les règlements ou autres instruments destinés à faciliter l'application de la loi devraient également préciser ce qu'implique l'obligation de rendre les textes promptement accessibles au public et de les tenir systématiquement à jour, notamment l'affichage et l'actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles d'une manière simple à utiliser et à comprendre par l'utilisateur moyen. Il faudrait souligner l'importance d'une prompt accessibilité des textes compte tenu des conséquences de la publicité pour l'efficacité des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale: le droit constitutionnel des États prévoit généralement que ces textes n'entrent en vigueur qu'un certain nombre de jours après leur publication dans la source d'information publique officiellement désignée. Le terme "accessible" devrait être interprété comme à l'article 7 de la Loi type où il est également employé: les informations doivent être lisibles, interprétables et pouvoir être conservées (voir ... ci-après). L'exigence d'une prompt accessibilité des textes est toutefois différente de l'obligation à l'article 7, notamment, de présenter les informations sous une forme qui soit accessible pour être consultée ultérieurement, car elle implique des mesures proactives de la part des autorités publiques désignées (telles que la publication sur le support officiel) pour que les informations concernées parviennent au public.

6. Le paragraphe 2 de l'article traite d'une catégorie distincte de textes juridiques – les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent. Le début du paragraphe 1 vise à indiquer clairement que les obligations de publicité plus contraignantes figurant dans ce paragraphe – prompt accessibilité et mise à jour systématique – ne s'appliquent pas aux textes juridiques mentionnés au paragraphe 2. Ces textes, contrairement à ceux mentionnés au paragraphe 1, ne sont pas d'application générale; ils prennent généralement effet au moment de leur promulgation par le tribunal ou toute autre instance désignée. Des règles spéciales s'appliquent habituellement à l'accès du public à ces textes. En outre, en raison de la nature statique de ces textes, l'exigence d'une mise à jour systématique ne s'applique pas. Le paragraphe 2 exige donc que ces textes soient mis à la disposition du public. Cette règle différente n'entend pas remplacer l'exigence d'accessibilité de ces textes. S'il est vrai que les informations contenues dans les textes visés au paragraphe 2 doivent être lisibles, interprétables et pouvoir être conservées (il s'agit là des éléments constitutifs de l'"accessibilité" examinée au paragraphe précédent), l'objectif du paragraphe 2 est d'atteindre avec suffisamment de souplesse le niveau nécessaire de publicité pour ces textes et d'exactitude des textes faisant l'objet de publicité.

7. Selon les traditions juridiques et les pratiques en matière de passation de marchés des diverses entités adjudicatrices de l'État adoptant, il est possible que les textes interprétatifs ayant une valeur et une importance juridiques pour les fournisseurs et les entrepreneurs soient déjà visés soit par le paragraphe 1, soit par le paragraphe 2 de l'article. L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'apporter des modifications à l'article pour faire en sorte qu'ils le soient. En outre,

comme la publication des informations sur des supports autres que le papier entraîne une réduction des coûts, du temps et du travail administratif liés à la publication et à la mise à jour des informations, la publication d'autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs peut être considérée comme la meilleure pratique pour assurer la transparence et la prévisibilité et pour favoriser et encourager la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient comprendre, par exemple, des guides ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures de passation des marchés nationaux et pouvant avoir une incidence sur les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs. Si elle n'aborde pas explicitement la publication de ces textes, la Loi type n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devrait examiner quels textes juridiques supplémentaires doivent être rendus publics et quelles conditions de publication devraient s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels devraient retirer des informations publiées. Dans l'environnement papier, les coûts peuvent être excessifs si, par exemple, on exige que des informations d'un intérêt minime ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans support papier, bien que les coûts de publication des informations puissent devenir insignifiants, les coûts des mises à jour, visant à assurer que les informations pertinentes et exactes soient facilement accessibles au public, peuvent demeurer élevés.

8. Les lois et règlements de l'État adoptant déterminent les autorités publiques chargées de s'acquitter des obligations qui découlent de cet article. Conformément à un certain nombre de dispositions de la Loi type (telles que l'article 38 t)), l'entité adjudicatrice sera tenue de mentionner dans le dossier de sollicitation les lois, règlements et autres textes juridiques intéressant directement la procédure de passation du marché.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Cet article a pour objet de souligner l'importance d'une bonne planification de la passation des marchés. Il recommande la publication d'informations sur les marchés futurs, ce qui peut contribuer à la transparence de l'ensemble du processus de passation et priver de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. L'entité adjudicatrice devrait déterminer si cette publication est appropriée et si elle favoriserait la transparence compte tenu en particulier des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (et de son article 9 sur la passation des marchés publics).

2. Le paragraphe 1 permet et vise à encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les projets de marché. Il fait référence à des projets généraux à long terme plutôt qu'à des possibilités de marchés à court terme ou à une possibilité de marché en particulier (celles-ci sont soumises aux dispositions du paragraphe 2). L'État adoptant peut juger bon de souligner les

avantages de la publication de telles informations à des fins de planification stratégique et opérationnelle. Par exemple, leur publication peut obliger les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés “au coup par coup” ou “dans l’urgence” et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs et d’entrepreneurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s’ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l’avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l’ouverture de la passation des marchés à l’examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales.

3. Les États adoptants peuvent prévoir des mesures incitant à la publication de ces informations, comme le font certains États, en donnant par exemple la possibilité de réduire le délai de présentation des soumissions pour les marchés ayant fait l’objet d’une publicité préalable. Ils peuvent aussi mentionner les cas où la publication de ces informations serait particulièrement souhaitable, comme lorsque des marchés de travaux complexes sont prévus ou lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil. Ils peuvent aussi faire des recommandations sur le contenu souhaitable des informations à publier ainsi que sur d’autres conditions de publication, par exemple une durée, qui peut être de six mois ou de un an ou une autre période, sur laquelle porte la publication.

4. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 fait référence à la publication d’un préavis concernant une possibilité de marché particulière. Dans la pratique, ces préavis peuvent être utiles, par exemple, pour examiner si les fournisseurs ou entrepreneurs existants pourraient répondre aux besoins de l’entité adjudicatrice avant l’ouverture d’une procédure de passation. Ce type d’étude de marché peut être utile dans les secteurs en rapide évolution (tels que le secteur des technologies de l’information) pour savoir si des solutions novatrices viennent de voir le jour ou sont envisagées. Les réponses aux préavis pourraient montrer qu’il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation prévue par l’entité adjudicatrice. Sur la base des données recueillies, l’entité adjudicatrice peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode la plus adaptée à la passation du marché à venir. Il convient de ne pas confondre ce préavis avec l’avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié lors de la procédure de demande de propositions (cet avis est examiné plus avant au paragraphe ...).

5. La publication facultative mentionnée aux paragraphes 1 et 2 ne fait pas partie d’une procédure de passation particulière. La publication prévue au paragraphe 1 constitue une étape de la planification à moyen ou long terme, tandis que la publication mentionnée au paragraphe 2 peut précéder de peu la procédure de passation. Comme indiqué au paragraphe 3 de l’article, les informations publiées en vertu du paragraphe 1 ou 2 ne lient d’aucune manière l’entité adjudicatrice, notamment en ce qui concerne les futures sollicitations. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent se prévaloir d’aucune voie de droit si la passation n’a pas lieu après avoir fait l’objet d’une publicité préalable ou si elle a lieu dans d’autres conditions que celles énoncées dans la publicité préalable.

6. Cet article est d'application générale: l'entité adjudicatrice est encouragée à publier les informations mentionnées aux paragraphes 1 et 2 quels que soient le type de marché et la méthode de passation envisagés. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient garder à l'esprit toutefois que la publication de ces informations n'est pas toujours souhaitable. L'imposition d'une obligation de publication risque d'être contraignante et d'avoir une incidence sur le processus de budgétisation et la souplesse nécessaire à l'entité adjudicatrice pour gérer ses besoins. La publication de ces informations risque aussi involontairement de favoriser la collusion et l'exercice de pressions. Comme le montre cet article, la position adoptée dans la Loi type est donc qu'il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice la faculté de décider au cas par cas si ces informations devraient être publiées. On estime néanmoins que la règle par défaut devrait être la publication de ces informations sauf considérations contraires.

7. L'État adoptant voudra peut-être prévoir, dans ses règlements en matière de passation de marchés, le lieu et le mode de publication des informations mentionnées dans cet article. À cet égard, il voudra peut-être tenir compte du commentaire relatif à l'article 5, qui soulève des questions intéressant l'article 6. Il faudrait veiller à la cohérence entre les règles applicables à la publication de tous les types d'informations relatives à la passation de marché en vertu de la Loi type (voir également, dans ce contexte, le commentaire des articles 17, 18, 22 et 32 à 34 ci-après).

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. L'article 7 vise à offrir une sécurité juridique i) quant à la forme des informations à générer et communiquer lors d'une passation de marché menée en vertu de la Loi type, ii) quant aux moyens à utiliser pour communiquer ces informations, iii) quant aux moyens de satisfaire à toutes les exigences en matière d'écrit ou de signature et de tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs (tous ces éléments sont regroupés sous le terme générique de "formes et moyens de communication") et iv) quant aux exigences et mesures destinées à protéger les informations classifiées dans les passations de marchés mettant en jeu ces informations.

2. Concernant les formes et moyens de communication, la position de la Loi type, s'agissant de l'interaction entre, d'une part, l'entité adjudicatrice et, de l'autre, les fournisseurs et entrepreneurs et le grand public, est que l'objectif premier devrait être de chercher à favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation de marchés sans entraver l'évolution de la technologie et des procédés. Par conséquent, les dispositions de l'article ne dépendent pas de l'utilisation de types de technologie déterminés ni ne présupposent une telle utilisation. Elles établissent un régime juridique ouvert aux progrès technologiques. Bien qu'elles doivent être interprétées au sens large, ces dispositions, qui abordent toutes les communications lors de la procédure de passation visée par la Loi type, ne visent pas à réglementer les communications régies par d'autres branches du droit, telles que les garanties de soumission.

3. Aux termes du paragraphe 1, les informations doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

Le mot “accessible” dans ce paragraphe implique qu’une information doive être lisible et interprétable et qu’elle puisse être conservée⁷. Le mot “consultée” vise non seulement la consultation par l’homme, mais également le traitement automatique. Ces dispositions ont pour but, d’une part, de laisser une marge de manœuvre suffisante quant à l’utilisation de différentes formes d’informations selon l’évolution de la technologie et, d’autre part, de fournir des garanties suffisantes pour que les informations générées et communiquées, quelle qu’en soit la forme, soient utilisables, traçables et vérifiables de manière fiable. Il est essentiel que la fiabilité, la traçabilité et la vérification soient suffisantes pour le déroulement normal du processus de passation, pour un contrôle et un audit efficaces et dans le cadre d’une procédure de recours. Le libellé de l’article est compatible avec les conditions de forme figurant dans les textes de la CNUDCI régissant le commerce électronique, comme l’article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Pas plus que ces textes, la Loi type n’attribue de caractère permanent à une forme d’information déterminée ni n’interfère avec l’application des règles de droit qui peuvent exiger une forme précise. Aux fins de la Loi type, toute forme d’informations peut être utilisée tant qu’elle atteste la teneur des informations en question et qu’elle est accessible pour être consultée ultérieurement. Pour assurer la transparence et la prévisibilité, toute condition particulière de forme acceptable par l’entité adjudicatrice doit être spécifiée par celle-ci au début de la procédure de passation, conformément au paragraphe 3 a) de l’article.

4. Le paragraphe 2 de l’article contient une exception à la condition générale de forme énoncée au paragraphe 1, puisqu’il permet que certains types d’information soient communiqués à titre préliminaire sous une forme n’en attestant pas la teneur, par exemple lorsque les informations sont communiquées oralement par téléphone ou lors d’une entrevue, pour éviter à l’entité adjudicatrice et aux fournisseurs et entrepreneurs d’être retardés inutilement. Ce paragraphe énumère, en renvoyant aux dispositions pertinentes de la Loi type, les cas dans lesquels cette exception peut s’appliquer. Ils concernent la communication d’informations à un seul fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation (par exemple, lorsque l’entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre). Toutefois, cette exception est soumise à une condition: immédiatement après que l’information est communiquée, confirmation de la communication doit être donnée au destinataire sous une forme prescrite au paragraphe 1 de l’article (à savoir, une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible et puisse être consultée). Cette condition est essentielle pour assurer la transparence, l’intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché. Cependant, il peut être difficile en pratique d’en vérifier et d’en imposer le respect. Aussi l’État adoptant souhaitera-t-il peut-être limiter l’application de l’exception prévue au paragraphe 2 uniquement aux situations où elle est strictement nécessaire⁸. Le recours excessif à

⁷ Il faudrait examiner s’il est nécessaire d’utiliser la formule “accessible et disponible” au paragraphe 1 de l’article 7 de la Loi type pour suivre la terminologie employée à l’article 5 de la Loi type. Voir les considérations soulevées à ce propos aux paragraphes 5 et 6 du commentaire de l’article 5 dans le présent projet de texte.

⁸ Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer si les situations visées par les renvois faits dans le paragraphe 2 de cet article sont toutes strictement nécessaires ou peuvent encore être limitées par l’État adoptant.

cette exception pourrait être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme.

5. Conformément à l'approche générale adoptée dans la Loi type selon laquelle l'entité adjudicatrice est chargée de la conception de la procédure de passation, le paragraphe 3 de l'article donne le droit à l'entité adjudicatrice d'insister sur l'utilisation d'une forme et de moyens de communication particuliers, ou d'une combinaison d'entre eux, au cours de la passation de marché, sans avoir à justifier son choix. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne disposent pas d'un tel droit mais, conformément au chapitre VIII de la Loi type, ils peuvent contester la décision de l'entité adjudicatrice à cet égard. L'exercice de ce droit par l'entité adjudicatrice est soumis à un certain nombre de conditions visant à faire en sorte que les entités adjudicatrices n'aient pas recours à certaines technologies et à certains procédés à des fins discriminatoires ou à d'autres fins d'exclusion, par exemple pour empêcher ou entraver l'accès à la passation de certains fournisseurs et entrepreneurs.

6. Pour assurer la prévisibilité ainsi que des recours, un contrôle et un audit appropriés, le paragraphe 3 de l'article exige que l'entité adjudicatrice spécifie, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, toutes les conditions de forme et tous les moyens de communication pour une passation déterminée. Il est possible de modifier ces conditions par voie d'additif aux informations publiées initialement conformément à l'article 15 de la Loi type. L'entité adjudicatrice doit indiquer clairement si une ou plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, dans ce dernier cas, quelle forme et quels moyens doivent l'être pour quel stade de la procédure de passation et pour quels types d'informations ou catégories d'informations ou d'actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier pour la soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou pour une sauvegarde nécessaire lorsque les données risquent d'être perdues si elles ne sont soumises que sous une seule forme ou avec un seul moyen. L'entité adjudicatrice peut, dès le début d'une passation donnée, envisager qu'elle pourra avoir besoin de changer les conditions de forme et/ou les moyens de communication. Cette situation pourrait se produire par exemple dans les processus de passation relativement longs, notamment les passations de marchés très complexes ou les passations de marchés reposant sur des accords-cadres. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réserve la possibilité de modifier les conditions de forme ou les moyens de communication lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché, devra veiller à ce que les garanties énoncées à l'article 7-4 soient respectées lors du choix de toute condition de forme et/ou tout moyen de communication modifié et à ce que tous les intéressés soient promptement avisés du changement. Bien que théoriquement possible, l'utilisation de plusieurs moyens de communication, ou l'indication que les moyens peuvent librement changer pendant la passation, auront des incidences négatives à la fois sur l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication, de sorte que les entités adjudicatrices devraient envisager d'utiliser uniquement les moyens de communication et les changements qui soient justifiables et jugés appropriés pour la passation concernée.

7. Pour faire du droit d'accès à la procédure de passation d'un marché en vertu de la Loi type un droit effectif, le paragraphe 4 de l'article exige que les moyens

spécifiés conformément au paragraphe 3 de l'article soient facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. S'agissant des moyens à utiliser pour tenir une réunion, il exige en outre de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de participer pleinement et en direct à la réunion. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre en temps réel tout le déroulement de la réunion et de communiquer avec d'autres participants si nécessaire. La condition posée au paragraphe 4 de l'article, selon laquelle les moyens mentionnés au paragraphe 3 doivent être "utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs", suppose une connectivité et une interopérabilité (c'est-à-dire la capacité pour les systèmes de bien fonctionner ensemble) efficaces et abordables de manière à assurer l'accès à la procédure sans restriction. En d'autres termes, tout fournisseur ou entrepreneur potentiel devrait pouvoir participer à la procédure de passation de marché avec un matériel simple et couramment utilisé ainsi qu'un savoir-faire technique de base. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que les systèmes d'information des entités adjudicatrices doivent être interopérables avec ceux de chaque fournisseur ou entrepreneur. Mais, si le moyen choisi par l'entité adjudicatrice implique l'utilisation de systèmes d'information qui ne sont pas généralement disponibles, faciles à installer (si nécessaire), ni assez simples à utiliser et/ou dont le prix est excessif par rapport à l'utilisation envisagée, ils ne peuvent être considérés comme répondant à la condition d'être "couramment utilisés" dans le cadre d'une passation déterminée en vertu du paragraphe 4 de l'article. (L'expression "système d'information" ou "système" couvre dans ce contexte toute la gamme des moyens techniques utilisés dans les communications. Selon la situation de fait, elle pourrait désigner un réseau, des applications et des normes de communication et, dans d'autres cas, des technologies, du matériel, des boîtes aux lettres ou des outils.)

8. Ce paragraphe ne vise pas à faciliter l'accès à la passation des marchés publics en général mais plutôt à une passation de marché spécifique. L'entité adjudicatrice doit décider au cas par cas des moyens de communication qui pourraient être appropriés pour chaque type de passation. Par exemple, le niveau de pénétration de certaines technologies, applications et moyens de communication associés peut varier selon les secteurs d'une économie donnée. En outre, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de facteurs tels que la couverture géographique envisagée pour la passation, la couverture et la capacité de l'infrastructure du système d'information du pays, le nombre et le degré de complexité des formalités et procédures à accomplir pour que les communications aient lieu, les connaissances informatiques attendues des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ainsi que les coûts et le temps requis. Lorsque la participation à la procédure de passation n'est pas limitée par des critères de nationalité, l'entité adjudicatrice doit également évaluer l'impact des moyens spécifiés sur l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Toutes les conditions pertinentes d'accords internationaux devraient également être prises en compte. Une approche pragmatique, axée sur l'obligation de ne pas restreindre l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à la passation de marché en question, permettra à l'entité adjudicatrice de déterminer si les moyens choisis sont effectivement "couramment utilisés" dans le cadre d'un marché spécifique et par conséquent s'ils répondent à la condition énoncée dans le paragraphe.

9. À une époque où les progrès techniques sont rapides, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant un certain temps, n'être pas suffisamment accessibles ou utilisables (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). L'entité adjudicatrice doit chercher à éviter les situations où l'utilisation d'un moyen de communication déterminé dans une procédure de passation de marché pourrait conduire à une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, le choix exclusif d'un seul moyen pourrait profiter à certains fournisseurs ou entrepreneurs plus habitués à en faire usage au détriment des autres. Des mesures doivent être élaborées pour empêcher tout effet discriminatoire possible (par exemple, en dispensant une formation ou en accordant des délais plus longs pour permettre aux fournisseurs de se familiariser avec les nouveaux systèmes). L'État adoptant pourra considérer que les procédés traditionnels, comme ceux basés sur des supports papier, doivent être maintenus dans un premier temps lorsque de nouveaux procédés sont introduits, et peuvent ensuite être retirés progressivement, pour permettre le passage à de nouveaux procédés.

10. Les dispositions de la Loi type ne font pas de distinction entre les systèmes d'information exclusifs ou non exclusifs pouvant être utilisés par les entités adjudicatrices. Tant qu'ils sont interopérables avec ceux d'usage courant, leur utilisation est conforme aux conditions du paragraphe 4. Néanmoins, l'État adoptant souhaitera peut-être veiller à ce que les entités adjudicatrices examinent avec soin dans quelle mesure les systèmes exclusifs, uniquement conçus pour être utilisés par elles, pourraient comporter des solutions techniques différentes et incompatibles avec ceux d'usage courant. Ces systèmes peuvent exiger des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils adoptent ou convertissent leurs données à un format déterminé. L'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, en particulier de petites entreprises, à la passation de marché peut ainsi être bloqué ou leur participation découragée en raison de difficultés supplémentaires ou de coûts plus élevés. De fait, les fournisseurs ou entrepreneurs n'utilisant pas les mêmes systèmes d'information que l'entité adjudicatrice seraient exclus, ce qui ferait courir des risques de discrimination entre les fournisseurs et entrepreneurs et augmenterait le risque d'irrégularités. L'utilisation de systèmes qui auraient un effet fortement négatif sur la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la passation de marché serait incompatible avec les objectifs de la Loi type et du paragraphe 4 de son article 7.

11. D'un autre côté, le recours à des systèmes d'information standard facilement accessibles au public, faciles à installer, relativement simples à utiliser et offrant un choix maximal peut favoriser et encourager la participation des fournisseurs ou entrepreneurs au processus de passation et réduire les risques de discrimination entre eux⁹. Ces systèmes sont également mieux adaptés au secteur public lui-même car ils permettent aux acheteurs publics d'utiliser des systèmes d'information qui ont fait leurs preuves au quotidien sur le marché commercial, de les harmoniser avec un réseau plus large de partenaires commerciaux potentiels et d'éviter d'être captifs de prestataires tiers de systèmes d'information exclusifs, qui peuvent exiger des licences ou redevances rigides. Ils sont en outre faciles à adapter au profil de l'utilisateur, ce qui peut être important par exemple pour ajuster les systèmes aux langues locales ou pour intégrer des solutions multilingues, et extensibles à

⁹ Certains experts émettent des doutes sur cette affirmation.

l'ensemble des systèmes d'information des organismes publics à un faible coût. Ce dernier point peut être essentiel dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics.

[suite dans le document A/CN.9/731/Add.2]
