Nations Unies A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1

Assemblée générale

Distr.: Limitée
20 février 2006

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Neuvième session
New York, 24-28 avril 2006

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des listes de fournisseurs

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

[*Les chapitres I^er^ et II sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.45*]

		Paragraphes	*Page*
III.	Modifications pouvant être apportées à la Loi type et au Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des listes de fournisseurs: possibilités de réforme	1-29	3
	A. Position de la Loi type concernant les listes de fournisseurs	1-9	3
	1. Historique de la rédaction de la loi	1-5	3
	2. Situation dans la Loi type	6-9	4
	B. Examen de la question à la sixième session du Groupe de travail (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)	10-11	5
	C. Possibilités de réforme	12-29	6
	1. Considérations générales	12-17	6
	a) Listes obligatoires ou facultatives ou les deux	12-13	6
	b) Avis de constitution de listes en lieu et place d'avis de marchés	14-15	7

V.06-51267 (F) 060406 070406

c) Conditions d'utilisation des listes 16-17 7
2. Propositions rédactionnelles 18-29 8
a) Loi type 18-28 8
b) Guide pour l'incorporation 29 13

III. Modifications pouvant être apportées à la Loi type et au Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des listes de fournisseurs: possibilités de réforme

A. Position de la Loi type concernant les listes de fournisseurs

1. Historique de la rédaction de la Loi

1. La Loi type ne contient aucune disposition expresse sur l'utilisation des listes de fournisseurs. Lorsqu'elle a été rédigée, le Groupe de travail d'alors était convenu qu'il fallait réduire au minimum les conditions d'aptitude excluant certains types d'entreprises des appels d'offres et qu'une entité adjudicatrice ne devrait pouvoir appliquer que les conditions expressément énoncées dans la loi type. Il était aussi convenu de réduire au minimum les procédures et formalités d'établissement par l'entité adjudicatrice de l'aptitude des fournisseurs ou entrepreneurs à participer à une procédure de passation de marchés[1].

2. La première version du projet du secrétariat prévoyait une disposition sur l'utilisation des listes de fournisseurs (article 13)[2]. Le projet d'article était libellé comme suit:

> "Article 13. *Listes d'entrepreneurs et fournisseurs agréés*
>
> L'entité adjudicatrice ne peut se fonder sur une liste d'entrepreneurs et fournisseurs agréés pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs auprès desquels elle sollicitera des offres en application de l'article 12-2 que si les conditions suivantes sont remplies:
>
> *a)* Les demandes d'inscription sur la liste sont recevables à tout moment de tout entrepreneur ou fournisseur intéressé et il y est donné suite dans un délai raisonnable;
>
> *b)* L'inscription sur la liste n'est soumise à aucun critère d'aptitude plus strict que ceux qui sont énoncés à l'alinéa a) de l'article 8-1, non plus qu'à aucun critère de qualification plus strict que ceux qui sont établis conformément à l'article 15;
>
> *c)* L'existence de la liste, les conditions auxquelles doivent satisfaire les entrepreneurs et fournisseurs pour y être inscrits, les méthodes utilisées pour vérifier que chacune de ces conditions est remplie, la durée de validité d'une inscription sur la liste et les procédures d'inscription et de renouvellement ont fait l'objet d'une large publicité de manière à être portées à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs;
>
> *d)* Les conditions, méthodes, procédures et autres questions visées à l'alinéa c) ne sont pas source de discrimination à l'encontre des entrepreneurs et fournisseurs étrangers en ce qui concerne l'inscription sur la liste utilisée pour la sollicitation d'offres dans une procédure d'appel d'offres international ou pour ce qui est des possibilités qui leurs sont offertes de participer à une telle procédure; et
>
> *e)* La sélection opérée par l'entité adjudicatrice sur la base de la liste est équitable pour tous les entrepreneurs et fournisseurs inscrits sur la liste"[3].

3. Comme il a été expliqué dans le commentaire se rapportant à cet article: i) celui-ci concernait l'utilisation de listes pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs qui participeraient à une procédure d'appel d'offres restreint; ii) un certain nombre de conditions étaient imposées dans le but de veiller à ce que l'entité adjudicatrice ait suffisamment de candidats parmi lesquels faire un choix pour accroître ses chances de trouver l'entrepreneur ou le fournisseur convenant le mieux pour le marché et à ce que l'utilisation de cette liste n'empêche pas une concurrence réelle ou n'exclue pas injustement certains entrepreneurs et fournisseurs; et iii) l'application de l'article n'avait pas été étendue à la procédure d'appel d'offres ouvert, dans laquelle ces listes faisaient parfois partie des autres moyens dont disposait l'entité adjudicatrice pour assurer une large publication des possibilités de marché et, de ce fait, ne présentaient pas les mêmes risques que dans une procédure d'appel d'offres restreint[4].

4. À la onzième session du Groupe de travail d'alors (New York, 5-16 février 1990), seule occasion à laquelle le projet d'article 13 a été examiné, des doutes ont été émis sur l'utilité et la nécessité de ce projet d'article si la liste ne devait pas obligatoirement être utilisée, ou si la possibilité existait de solliciter des offres auprès d'entrepreneurs et de fournisseurs qui n'y figuraient pas, questions qui étaient laissées ouvertes dans le projet. À cette session, on a exprimé l'avis que le recours à des listes d'entrepreneurs et de fournisseurs pour la sollicitation d'offres était de moins en moins fréquent et ne devait, en tout état de cause, pas être encouragé, car ces listes pourraient être utilisées de façon telle que certains entrepreneurs et fournisseurs seraient victimes de discrimination. À l'appui du maintien de l'article, on a fait valoir qu'il pourrait servir à éliminer les incertitudes sur le point de savoir si une entité adjudicatrice pouvait ou non avoir recours à de telles listes et contribuer à l'équité et à la transparence en ce qui concerne leur utilisation[5].

5. Le projet d'article a été supprimé lors de l'élaboration de la deuxième version du projet de Loi type. La décision du Groupe de travail de ne pas traiter les listes de fournisseurs a par la suite suscité des objections de la part de certains États et spécialistes de la passation des marchés, qui se sont inquiétés de l'absence de dispositions sur la question dans la Loi[6].

2. Situation dans la Loi type

6. Les critères, conditions et procédures de vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent posséder pour être admis à participer à une procédure de passation sont énoncés à l'article 6 de la Loi type[7]. Le paragraphe 3 de cet article dispose que l'entité adjudicatrice n'impose, concernant cette participation, aucun "critère, condition ou procédure" autres que ceux prévus dans l'article.

7. L'article 6 ne mentionnant pas l'inscription sur une liste parmi les conditions à remplir par les fournisseurs ou entrepreneurs pour participer à la procédure de passation, il s'ensuit que les listes obligatoires sont interdites par la Loi type. En revanche, rien n'empêche les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives, dont la création et l'utilisation sont implicites dans le cadre des procédures de passation avec sollicitation directe.

8. La sollicitation directe est autorisée par la Loi type dans les cas non seulement de négociation avec appel à la concurrence (article 49), de sollicitation de prix (article 50) et de sollicitation d'une source unique (article 51), mais aussi de sollicitation de propositions, y compris pour des services (articles 37-3 et 48-2), où il peut être dérogé à l'exigence de publicité pour des raisons d'économie et d'efficacité. Dans ces méthodes de passation, il est courant de recourir à des listes, tant obligatoires que facultatives, pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui dans certains cas peut effectivement être utile et nécessaire pour garantir transparence et équité dans le choix des fournisseurs pour un marché particulier. Lorsque la publication d'un avis de marché n'est pas exigée et que l'utilisation des listes n'est soumise à aucun contrôle, le recours aux listes pour recenser des fournisseurs en vue de ces procédures pourrait conduire dans la pratique à l'exclusion, de fait, des fournisseurs non inscrits, même si l'inscription ne peut pas être une condition formelle de participation au sens de l'article 6. Ainsi, bien que les listes soient officiellement facultatives, elles produisent l'effet d'une liste obligatoire, car les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels devraient y figurer afin d'être pris en considération pour les marchés dans lesquels sont utilisées de telles listes.

9. Le mécanisme consistant à publier des invitations à présenter une demande d'inscription sur la liste en lieu et place des avis de marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.45, par. 49) ne serait pas autorisé par la Loi type lorsqu'une publicité est exigée pour chaque marché, ce qui est le cas dans la procédure d'appel d'offres ouvert ou en deux étapes (l'article 24 et l'article 46-1 par référence à l'article 24 font obligation aux entités adjudicatrices de publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection pour chaque marché) et dans la procédure d'appel d'offres restreint (l'article 47-2 exige que les entités adjudicatrices fassent publier un avis pour chaque appel d'offres). Dans d'autres méthodes de passation, où la sollicitation directe est possible, les entités adjudicatrices sont libres de publier un avis signalant l'existence de la liste en lieu et place d'un avis pour les différents marchés couverts par la liste, car, en pareil cas, aucune publicité n'est exigée pour chaque marché.

B. Examen de la question à la sixième session du Groupe de travail (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)

10. Le Groupe de travail a été saisi de la question à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004). À cette occasion, il a reconnu que les listes de fournisseurs, qu'elles soient ou non considérées comme conformes aux buts et objectifs de la Loi type, étaient utilisées dans divers États. Il est convenu qu'il serait approprié de prendre acte de leur existence et de leur utilisation et de soumettre leur fonctionnement à des normes de transparence minimales. L'objectif serait de poser des règles permettant d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes et de parvenir à une certaine harmonisation dans la réglementation des listes avec d'autres régimes de passation régionaux et internationaux traitant de la question. Par ailleurs, il a été convenu que la réglementation des listes de fournisseurs pouvait permettre d'obtenir un moyen de sélection transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes, pour

lesquelles les modalités de sélection ne faisaient l'objet d'aucune disposition dans la Loi type.(A/CN.9/568, par. 61).

11. Le Groupe de travail ne s'est pas mis d'accord sur des possibilités de réforme ni sur le point de savoir si des dispositions sur la question devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou dans le Guide pour l'incorporation (ou si, dans certains cas, le soin devait être laissé à chaque État de les inclure dans leurs règlements d'application) et il a décidé d'examiner la question à une session ultérieure. Néanmoins, il s'est dit très favorable à l'utilisation de listes facultatives plutôt qu'obligatoires et est convenu que la possibilité devrait être donnée à tous les fournisseurs: i) de prendre connaissance des listes; ii) de demander leur qualification à tout moment; iii) d'être inscrits sur la liste dans un délai raisonnablement court (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence); et iv) d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Il a été convenu que l'obligation de publier un avis signalant l'existence de listes serait un autre moyen efficace de contrôler leur utilisation et que, de ce fait, ce type d'avis devrait être publié avec une fréquence raisonnable ou de manière régulière. Le Groupe de travail est par ailleurs convenu d'étudier, lorsqu'il examinerait plus avant la question, toute forme d'inscription fonctionnant de fait comme une liste de fournisseurs (y compris les inscriptions auprès de tiers) (A/CN.9/568, par. 62 à 67).

C. Possibilités de réforme

1. Considérations générales

a) Listes obligatoires ou facultatives ou les deux

12. Notant qu'une référence explicite aux listes de fournisseurs dans la Loi type pourrait indiquer une approbation de leur utilisation qui irait plus loin que celle que souhaiterait exprimer le Groupe de travail, ce dernier décidera peut-être de prévoir, à titre de règle générale dans la Loi, leur utilisation facultative sans pour autant exclure un recours obligatoire dans certaines circonstances. Par exemple, l'analyse des coûts et des avantages pourrait faire pencher la balance en faveur de listes obligatoires dans les méthodes de passation avec sollicitation directe. Le fait d'imposer l'utilisation de listes à une entité adjudicatrice dans ces méthodes de passation, sous réserve de conditions adaptées et de la possibilité pour de nouveaux fournisseurs de s'y inscrire à tout moment, pourrait apporter plus de transparence dans la sélection des fournisseurs et entrepreneurs, laquelle dans les dispositions actuelles de la Loi type est laissée à la discrétion des entités adjudicatrices. Si le recours aux listes demeure facultatif, la latitude dont disposera l'entité adjudicatrice pour choisir le mode de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs dans ces méthodes de passation restera illimitée. L'utilisation obligatoire de listes pourrait aussi être justifiée voire nécessaire dans d'autres cas, par exemple pour les enchères électroniques.

13. Par ailleurs, certains États pourraient utiliser des listes obligatoires qu'elles soient ou non reconnues par la Loi type, et il pourrait donc être utile de fournir au moins des orientations sur leur fonctionnement dans le Guide pour l'incorporation.

b) Avis de constitution de listes en lieu et place d'avis de marchés

14. Une question liée aux listes obligatoires est celle de savoir si la version révisée de la Loi type devrait autoriser la publication d'un avis signalant l'existence d'une liste en lieu et place d'avis pour les différents marchés couverts par la liste et si, en pareil cas, l'accès aux marchés doit être limité aux seuls fournisseurs inscrits ou ouvert à tous. À sa sixième session, le Groupe de travail est convenu de réexaminer la question ultérieurement (A/CN.9/568, par. 65). Lorsqu'il étudiera le sujet plus avant, il voudra peut-être noter les chevauchements importants entre les listes de fournisseurs faisant l'objet d'une publicité se substituant aux avis de marchés ouverts par ces mêmes listes et les accords-cadres (pour l'examen de ces derniers, voir A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1).

15. Dans certaines méthodes de passation où il importe que chaque marché fasse l'objet d'une publicité, la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'avis pour les différents marchés ne convient pas et ne devrait pas être autorisée. Dans d'autres cas, par exemple dans le cadre d'une sollicitation de propositions, si l'on imposait l'obligation d'assurer la publicité au moyen d'une liste, il serait plus difficile de se dispenser de toute obligation de publicité, comme le permet actuellement, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 48 de la Loi type pour des raisons d'économie ou d'efficacité. Lorsqu'il n'est pas exigé de publier un avis pour chaque marché, la publication d'un avis de constitution d'une liste pourrait renforcer le système en apportant plus de transparence et de concurrence dans les processus de passation tout en permettant d'économiser du temps et de l'argent et de préserver la flexibilité nécessaire dans ces méthodes de passation.

c) Conditions d'utilisation des listes

16. Quelle que soit l'option retenue par le Groupe de travail (listes obligatoires ou facultatives ou les deux), il pourrait en tout état de cause être nécessaire d'inclure des dispositions prévoyant au moins des conditions minimales d'utilisation soit dans la Loi type, soit dans le Guide pour l'incorporation, pour garantir la concurrence et la transparence dans le fonctionnement des listes pour les procédures de passation où leur utilisation est implicite et pourrait en fait être nécessaire et utile (voir par. 8 ci-dessus). Les règles de l'Accord sur les marchés publics (AMP) pourraient servir de modèle et être transposées dans la Loi type ou dans le Guide, selon le cas, à cette fin, ainsi que pour harmoniser les deux instruments, compte tenu de toute modification qu'il est proposé d'apporter à l'AMP sur la question. Il faudrait imposer essentiellement les mêmes conditions d'utilisation à tous les types de listes de fournisseurs, les différences entre elles étant souvent floues dans la pratique (voir par. 13 et 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.45).

17. Le Groupe de travail pourrait décider qu'une disposition générale interdisant aux entités adjudicatrices d'utiliser les listes en violation des objectifs de la Loi type serait suffisante et que les questions de détail seraient réglées dans le Guide pour l'incorporation et les règlements d'application des États adoptants. Une autre solution serait d'énoncer des conditions plus détaillées dans la Loi type. Pour éviter d'inclure un article distinct sur les listes de fournisseurs et d'avoir à répéter les mêmes conditions dans tous les articles où leur utilisation est implicite, les dispositions pertinentes pourraient être regroupées, conformément à l'approche adoptée dans les accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange (voir par. 41,

42 et 44 du document A/CN.9/WG.I/WP.45) dans les articles de la Loi type sur les qualifications et la présélection.

2. Propositions rédactionnelles

a) Loi type

18. Si l'utilisation de listes obligatoires est imposée dans certains cas, le Groupe de travail pourrait décider de modifier l'article 6 de la Loi type en ajoutant l'exigence d'"être inscrit sur la liste de fournisseurs agréés" aux critères, conditions ou procédures auxquels les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire pour être admis à participer à une procédure de passation. L'expression "si les règlements en matière de passation des marchés l'exigent" pourrait être ajoutée pour préciser que cette inscription ne peut être prescrite que dans les cas prévus par ces règlements. La disposition suivante pourrait donc être ajoutée à l'énumération figurant au sous-alinéa i) de l'alinéa b) de l'article 6: "être inscrits sur la liste des fournisseurs agréés si les règlements en matière de passation des marchés l'exigent". L'exigence du paragraphe 3 de l'article 6 selon laquelle "l'entité adjudicatrice n'impose, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus au présent article" serait ainsi satisfaite. Les conditions d'utilisation des listes pourraient figurer dans une disposition distincte.

19. Le Groupe de travail pourrait aussi décider de traiter les listes de fournisseurs à l'article 7 (Procédure de présélection), qui permet actuellement à une entité adjudicatrice de procéder à une présélection au cas par cas pour identifier des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés dans n'importe quelle méthode de passation envisagée par la Loi type. Sous réserve de quelques modifications, l'article 7 pourrait être étendu pour viser la présélection permanente et l'utilisation de listes de fournisseurs par les entités adjudicatrices. Cette approche peut se justifier par le fait qu'elle évite les redondances dans le texte, étant donné que les critères, conditions ou procédures prévus à l'article 7 et, par renvoi, à l'article 6 de la Loi type s'appliqueraient dans une large mesure aux listes de fournisseurs.

20. En attendant les décisions du Groupe de travail sur un certain nombre de questions liées au traitement des listes de fournisseurs et sur la question connexe de la publication d'un avis de constitution de listes en lieu et place d'un avis pour chaque marché dans la Loi type révisée ou dans le Guide pour l'incorporation, les propositions rédactionnelles ci-après portent principalement sur les conditions d'utilisation des listes de fournisseurs. Elles ont été préparées en tant que modifications à apporter à l'article 7 à la lumière des considérations exposées au paragraphe précédent (le libellé de l'article 7 est reproduit ci-dessous en caractères normaux et les modifications sont soulignées).

"Article 7. Procédure de présélection

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

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander ait pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3) La documentation de présélection comporte, au minimum:

a) Les renseignements suivants:

i) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

ii) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, à moins que la présélection ait pour seul but d'établir ou de tenir à jour une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés pour la passation de marchés futurs;

iii) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

iv) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

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

b) i) Dans la procédure visée au chapitre III, les renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 25 1), alinéas a) à e), h) et j), si les renseignements spécifiés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) Dans la procédure visée au chapitre IV, les renseignements spécifiés à l'article 38, alinéas a) et c), et g), p) et s), si les renseignements spécifiés dans ces derniers alinéas sont déjà connus; et

c) Si la présélection est destinée à une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés pour la passation de marchés futurs, en plus de ce qui figure à l'alinéa a) ci-dessus, selon qu'il convient, une mention à cet effet, l'objet de la liste, les types de marchés couverts par la liste, les conditions à remplir par les fournisseurs ou les entrepreneurs pour être inscrits sur la liste, les méthodes utilisées pour vérifier le respect de chacune de ces conditions, la durée de validité d'une inscription sur la liste et les procédures d'inscription et de renouvellement de l'inscription.

4) L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5) L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et, sans préjudice du paragraphe 9 du présent article, communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Sans préjudice de ce même paragraphe 9, seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

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

8) L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

9) Les listes de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés établies conformément au présent article [peuvent être utilisées] [sont utilisées] [peuvent être utilisées et, dans les cas spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés promulgués en application de l'article 4 de la présente Loi, sont utilisées] par une entité adjudicatrice pour la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs dans les procédures de passation de marchés futurs [menées conformément aux articles 47 et 49 à 51, dans les procédures de sollicitation directe menées conformément aux articles 37-3 et 48-2, et dans les autres cas pouvant être prescrits par les règlements en matière de passation des marchés], à condition qu'une telle utilisation soit conforme aux objectifs de la Loi type et que:

a) La liste et une invitation à présenter une demande de présélection pour être inscrit sur la liste, contenant au minimum les renseignements mentionnés au paragraphe 3 c) ci-dessus, soient publiées [au moins [chaque année]] [à intervalles réguliers] [de façon continue];

b) L'inscription sur la liste soit ouverte à tout moment à tous les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés et soit effectuée dans un délai raisonnablement court;

c) Tous les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits sur la liste soient informés de l'annulation de la liste ou de leur exclusion de celle-ci et, sur demande d'un fournisseur ou entrepreneur concerné, des raisons de cette exclusion;

d) Les fournisseurs ou entrepreneurs demandant à participer à une procédure de passation de marché particulière soient autorisés à le faire et soient pris en considération. [Lorsque l'inscription sur la liste est exigée pour participer à la passation, les fournisseurs ou entrepreneurs non inscrits sont autorisés à y participer, à condition que la procédure de qualification puisse être accomplie en temps voulu ou qu'elle puisse être repoussée à un stade ultérieur de la procédure de passation]. Le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs additionnels autorisés à participer n'est limité que par la nécessité de sauvegarder le fonctionnement efficace du mécanisme de passation;

e) [Lorsqu'une invitation à présenter une demande de présélection pour être inscrit sur la liste constitue une invitation à participer aux procédures de passation des marchés couverts par la liste, les fournisseurs ou entrepreneurs soient sélectionnés parmi ceux inscrits sur cette dernière. L'invitation à demander son inscription sur la liste contient une mention à cet effet précisant aussi qu'elle constitue une invitation à participer à toutes les procédures de passation des marchés couverts par la liste. L'utilisation de la liste dans de tels cas ne dépasse pas [un] an]."

21. Les modifications proposées dans les paragraphes précédant le nouveau paragraphe 9 sont apportées pour traiter explicitement à l'article 7 de la procédure de présélection dans le contexte des listes de fournisseurs. La procédure de présélection dans ce contexte peut être engagée à des fins uniquement liées à ces listes (pour leur établissement et leur mise à jour, y compris l'ajout de nouveaux fournisseurs), ou en vue de la présélection pour un marché particulier, avec établissement ou mise à jour simultanés de ces listes. Les modifications proposées au paragraphe 3 a) ii) montrent que le niveau de détail de la documentation de présélection serait différent pour chacun des deux scénarios.

22. La première modification proposée au paragraphe 6 tient compte des différentes obligations de publicité applicables aux listes de fournisseurs, qui figurent dans le nouveau paragraphe 9 proposé. La deuxième modification est destinée à exclure l'application, aux listes de fournisseurs, de la partie du paragraphe prévoyant que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché, rendant de ce fait la présélection obligatoire. Le Groupe de travail doit encore décider si l'utilisation des listes permanentes de fournisseurs devrait demeurer facultative ou être rendue obligatoire sous certaines conditions, comme celles justifiant le recours à des méthodes de passation non concurrentielles (voir, par exemple, les articles 19-2, 20 et 22 de la Loi type) ou celles pouvant être prescrites par les règlements en matière de passation des marchés (pour couvrir, en outre, les cas d'utilisation des listes obligatoires de fournisseurs agréés dans les enchères

électroniques). Dans le texte actuel des alinéas d) et e) du paragraphe 9 proposé, s'agissant des listes de fournisseurs, les règles régissant le droit des fournisseurs ou des entrepreneurs à participer aux passations de marchés futurs diffèrent de celles de l'actuel paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi type.

23. Le paragraphe 9 proposé soumet le fonctionnement des listes à certaines conditions, comme les obligations de publicité et d'accessibilité à tout moment par l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs intéressés. Le maintien ou non du texte entre crochets dans le chapeau de ce paragraphe dépendra de la décision du Groupe de travail sur la question de savoir si une entité adjudicatrice sera autorisée à utiliser des listes ou si, dans certaines circonstances, elle peut également être obligée de le faire.

24. Le libellé des alinéas a) à e) proposés est inspiré des dispositions applicables de l'AMP et des instruments régionaux et bilatéraux de libre-échange. L'alinéa d) fournit une protection importante contre le favoritisme, l'exclusivité et la discrimination dans l'utilisation de ces listes. Le texte entre crochets de cet alinéa vise l'utilisation des listes obligatoires. Il fournit une protection à ceux qui ne figurent pas sur la liste, en particulier les fournisseurs étrangers, qui veulent participer à la procédure de passation de marché pour laquelle l'inscription sur la liste est exigée.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si l'alinéa d) devrait, en plus, prévoir pour tous les fournisseurs inscrits sur la liste la possibilité équitable d'être sélectionnés pour participer à une passation de marché particulière, comme le font les dispositions de l'alinéa e) de l'ancien projet d'article traitant des listes de fournisseurs proposé en 1989 (voir par. 2 ci-dessus). D'un autre côté, le Groupe de travail pourrait décider que la référence aux objectifs de la Loi type dans le chapeau du projet de paragraphe 9 proposé tient déjà suffisamment compte de cette possibilité.

26. L'alinéa e) proposé vise les situations dans lesquelles un avis de constitution de la liste sert d'avis pour tous les marchés qu'elle couvre. Il est lié au texte entre crochets de l'alinéa d) proposé puisqu'un tel mécanisme ne serait possible qu'avec des listes obligatoires. Les méthodes de passation de marchés concernées par les changements proposés sont avant tout celles qui n'exigent pas de publicité séparée pour chacun des marchés. Il revient à l'entité adjudicatrice de faire une publicité soit séparément pour chaque marché soit par la publication de listes. L'alinéa e) proposé ne change rien à cet égard sinon que, comme alternative à l'absence complète de publicité, il exige la publication d'un avis de constitution de listes et rend ainsi le processus plus transparent. Il apporte des garanties importantes propres à un tel mécanisme. La première garantie est relative au contenu de l'avis de constitution qui, non seulement doit renfermer toutes les autres informations exigées par l'alinéa a), mais doit aussi clairement préciser que i) l'avis constitue une invitation à participer à l'ensemble des procédures de passations des marchés couverts par la liste, et ii) la sélection des fournisseurs ou des entrepreneurs pour un marché particulier couvert par la liste se fera exclusivement à partir de cette dernière. La deuxième garantie tient à la durée d'existence de la liste. Étant donné le caractère exclusif de ce type de listes, il est plus important de limiter leur utilisation dans le temps que pour les listes couvertes par l'alinéa d) proposé, car dans ce dernier cas, l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs non inscrits aux passations de

marchés futurs n'est pas ou est moins, limité. La durée d'existence de ces listes devrait être examinée en rapport avec les obligations de publicité de l'alinéa a).

27. Le paragraphe 9 proposé est également destiné à régir l'utilisation par une entité adjudicatrice des listes de fournisseurs établies et tenues à jour par des tiers, comme une autre entité adjudicatrice ou une autorité désignée dans un système centralisé. L'utilisation de ces listes serait autorisée dans le paragraphe proposé dès lors que leur établissement et leur mise à jour respecteraient les conditions qui y sont imposées. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des conditions supplémentaires devraient être imposées dans de telles circonstances, par exemple une entité adjudicatrice pourrait être obligée d'indiquer que d'autres organismes utiliseront la liste et les noms de ces organismes (voir A/CN.9/WG.I/WP.45, par. 20).

28. Si des dispositions sur les listes de fournisseurs sont insérées dans l'article 7, comme il est proposé, des modifications devront être apportées à l'article 6 de la Loi type, qui, selon l'article 7-1, s'applique à la procédure de présélection. Ces modifications, en particulier aux paragraphes 1 a) et b) (dans le chapeau) et 2 de l'article 6, viseraient à étendre le champ d'application de cet article d'une sélection et d'une présélection pour chaque marché à une présélection permanente. Ceci pourrait se faire par l'insertion, aux endroits appropriés, de références à une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés.

b) Guide pour l'incorporation

29. Le texte à insérer dans le Guide pourrait être rédigé de la manière suivante:

"1. Plusieurs types de listes contenant des informations sur les fournisseurs ou les entrepreneurs destinées à servir dans plusieurs passations de marchés (souvent appelées "listes de fournisseurs 'qualifiés' ou 'agréés'", ou encore "fichiers ou registres de fournisseurs") sont utilisées dans différents pays pour des objectifs divers. La plupart du temps, elles servent à la présélection des fournisseurs ou des entrepreneurs en vue de la participation aux passations des marchés qu'elles couvrent. Les moyens électroniques de communication et l'approvisionnement en ligne ont renforcé et diversifié leur utilisation et leur utilité.

2. L'utilisation de listes de fournisseurs, bien que présentant certains avantages, comme celui de réduire les coûts et la durée de sélection pour un marché donné, et étant, dans une certaine mesure, indispensable pour certaines techniques de passation, peut être profondément anticoncurrentielle et devrait être soigneusement structurée et contrôlée et, en particulier, soumise à des conditions garantissant la concurrence et la transparence. Les États adoptants devraient savoir que les listes font souvent l'objet de recours car les règles régissant leur fonctionnement sont jugées soit restrictives (limitant ainsi l'accès, la concurrence et la transparence) soit difficiles à mettre en œuvre et à respecter. Un problème fréquemment rencontré dans la mise à jour des listes est l'obsolescence des informations qu'elles contiennent qui ne font pas nécessairement toujours apparaître les changements de capacité chez les fournisseurs potentiels et dans d'autres données sur lesquelles l'inscription était fondée. En conséquence, les marchés pourraient être attribués à des fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications adéquates ou des

fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés pourraient être exclus. Un examen continu de la situation des fournisseurs inscrits sur la liste réduit un tel risque. Toutefois, lorsque la liste de fournisseurs est longue et que seuls quelques-uns seront qualifiés pour un marché donné, cet examen pourrait être onéreux, aussi bien pour les fournisseurs que pour l'entité adjudicatrice. Les États adoptants devraient également être conscients de l'éventuel effet de segmentation du marché produit par les listes de fournisseurs, par exemple les marchés d'une certaine valeur risquant d'être toujours attribués aux soumissionnaires ayant un niveau de classification correspondant sur la liste, effet accentué par différentes politiques socioéconomiques, et autres similaires des États (programmes de préférence, par exemple) applicables au fonctionnement des listes.

3. Le rapport coûts/avantages de l'utilisation des listes dépend de nombreux facteurs différents, comme la nature des marchés, les achats concernés, la formation et les compétences du personnel chargé de la passation des marchés et, d'une manière générale, le degré de transparence de l'administration publique dans un pays donné. Ce rapport variera non seulement pour chaque État adoptant, mais aussi en fonction des différentes entités adjudicatrices et des types de marchés. Les coûts l'emportent généralement sur les avantages lorsque les listes ont pour effet d'exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs des marchés qui sont soumis à un appel d'offres avec mise en concurrence après publicité. Les objectifs visés par l'introduction de listes de fournisseurs peuvent également être atteints plus efficacement et à moindre coût par d'autres moyens, par exemple par une présélection au cas par cas pour les marchés importants ou complexes, par une post-qualification d'un fournisseur retenu dans d'autres cas ou par des accords-cadres. D'un autre côté, pour les marchés d'une faible valeur, le fait d'avoir un système efficace et transparent de listes de fournisseurs peut présenter des avantages car il évite à l'entité de devoir sélectionner les fournisseurs pour chaque petit achat. Dans certains cas, les listes de fournisseurs peuvent être indispensables, par exemple, pour le fonctionnement, la sûreté et la sécurité de l'approvisionnement en ligne ou lorsqu'elles servent de base à des techniques d'achat électronique comme les catalogues électroniques ou les systèmes d'acquisition dynamiques.

4. Il est essentiel d'assurer une diffusion efficace et large des informations sur l'existence et le fonctionnement des listes de fournisseurs pour veiller à ce qu'elles n'aient pas d'impact négatif sur le degré de concurrence et qu'elles soient utilisées d'une manière transparente et non discriminatoire. Le fait de laisser les listes ouvertes pour en permettre l'accès aux nouveaux fournisseurs et faire en sorte que les nouvelles candidatures soient traitées rapidement évite toute exclusivité dans le fonctionnement des listes. Dans le contexte particulier des listes sur lesquelles les fournisseurs doivent obligatoirement s'inscrire afin de pouvoir participer à la passation du marché, il importe que les fournisseurs non inscrits soient pris en compte s'il y a suffisamment de temps pour mener à bien le processus d'inscription ou s'il est possible de repousser l'inscription à l'étape précédant l'attribution. Ces garanties sont particulièrement importantes pour les marchés publics transfrontaliers. La mise à jour régulière des listes, notamment le fait de s'assurer que les informations demeurent actuelles et que les inscrits qui ne sont plus qualifiés soient exclus, garantit un fonctionnement efficace de ces listes.

5. En conséquence, un certain nombre d'instruments régionaux et internationaux imposent des conditions aux fonctionnement des listes. Ils exigent notamment que la possibilité soit donnée à tous les fournisseurs: i) de prendre connaissance des listes et des critères, règles et procédures qui les régissent, ii) de demander leur inscription à tout moment, iii) d'être inscrits dans un délai raisonnablement court, iv) d'être avisés de toute décision concernant leur inscription, l'annulation d'une liste ou leur exclusion d'une liste et v) d'être sélectionnés de manière équitable pour participer aux passations des marchés couverts par la liste. De plus, ces instruments exigent que les conditions d'inscription soient objectives, non discriminatoires, transparentes, proportionnées et évaluées d'une manière objective, et que soit prévu un mécanisme de réexamen et de contestation officielle des obligations et procédures applicables.

6. Les conditions prévues par ces instruments devraient être considérées comme le minimum requis qu'un État adoptant devrait incorporer dans sa réglementation des marchés. Elles devraient s'appliquer à tous les types de listes (facultatives ou obligatoires, tenues de manière officielle ou pas) étant donné que, en pratique, la différence entre ces différents types est souvent floue: ce qui est censé être facultatif pourrait facilement devenir un registre obligatoire, ce qui est censé n'avoir qu'une valeur informative ou servir de liste de publipostage pourrait être utilisé pour la présélection des fournisseurs. Le danger principal se trouve dans l'utilisation de manière occulte de listes informelles pour la présélection des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels.

7. Avec l'approvisionnement en ligne, il devient plus facile de s'assurer que les listes de fournisseurs fonctionnent conformément aux normes internationalement acceptables. Plus d'informations sont mises à disposition du grand public, contribuant à la transparence de l'utilisation des listes. Celles-ci sont rendues plus accessibles aux fournisseurs, y compris à l'étranger, ce qui diminue les risques d'entrave à la concurrence et les pratiques d'exclusion. La mise à jour rapide et facile des informations sur la liste, y compris par auto-inscription, autoclassification ou autocertification – autrement dit par les fournisseurs eux-mêmes – et par des liens vers d'autres registres (permettant de contrôler le respect des obligations fiscales, en matière de licence et autres), assure de manière continue et à moindre frais la vérification et l'exactitude des inscriptions existantes ainsi que l'ajout de nouveaux fournisseurs. Néanmoins, des conditions appropriées comme celles décrites ci-dessus sont également nécessaires pour les listes de fournisseurs fonctionnant dans le domaine électronique. Par ailleurs, si elles comportent trop d'exigences, les listes électroniques pourraient aussi décourager la participation et limiter ainsi la concurrence.

8. Dans les procédures appel d'offres ouvert, seules les listes facultatives pourraient être utilisées comme moyen additionnel de sollicitation d'offres ou comme source d'information sur les fournisseurs lors de la phase de qualification. [L'insertion des remarques supplémentaires et le niveau de détail dépendront de la décision du Groupe de travail sur le traitement des listes de fournisseurs dans la Loi type et sur la question connexe de la publication d'un avis de constitution de la liste comme invitation à participer à la procédure de passation des marchés couverts par la liste.]"

Notes

[1] Voir A/CN.9/315, par. 36 et 37, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A.

[2] Cet article a été inséré dans la première version du projet à la suite d'un examen controversé de la question à la dixième session du Groupe de travail d'alors (Vienne, 17-25 octobre 1988). À cette session, il a été dit, d'un côté, que la loi type ne devrait pas traiter de la question des listes d'agrément puisque ces dernières n'étaient dans la pratique utilisées que lors de la passation de marchés nationaux et étaient parfois utilisées de façon abusive pour exclure certains entrepreneurs ou fournisseurs ou certains pays. D'un autre côté, l'avis qui a prévalu a été que les listes étaient utilisées dans les marchés internationaux et qu'elles devraient être traitées dans la loi type. Il a été noté qu'elles pourraient être utiles aux entités adjudicatrices en leur permettant de recenser les entrepreneurs et fournisseurs compétents de bonne réputation. On a objecté que l'entité adjudicatrice avait à sa disposition d'autres moyens, prêtant moins à abus, de recenser de tels entrepreneurs ou fournisseurs. Voir A/CN.9/315, par. 44, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A.

[3] Voir A/CN.9/WG.V/WP.24, article 13, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, B.

[4] Voir A/CN.9/WG.V/WP.25, par. 1 du commentaire sur l'article 13, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, C.

[5] Voir A/CN.9/331, par. 62, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A.

[6] Voir A/CN.9/WP.376, commentaires de l'Australie, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, D. Voir aussi: Arrowsmith S., "Harmonization of Public Procurement: an Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard", International and Comparative Law Quarterly, 2004, vol. 53, n° 1, p. 17 à 46.

[7] À l'origine, le projet comportait deux articles, 8 et 9, portant respectivement sur les conditions d'aptitude (exigences légales de base) et sur les qualifications pour un marché donné. Il a été décidé de les fusionner car ils traitaient essentiellement du même thème, à savoir l'évaluation par l'entité adjudicatrice de la capacité des entrepreneurs à exécuter le contrat. Pour l'historique de la rédaction de l'article 6, voir A/CN.9/315, par. 35 à 41, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A; A/CN.9/331, par. 45 à 54 et 66 à 71, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; A/CN.9/343, par. 93 à 110, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A; A/CN.9/359, par. 55 à 63, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C; A/CN.9/371, par. 54 à 62, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, A; A/CN.9/389, par. 28 et 29 et 84 à 89, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV:1994 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), deuxième partie, I, A; et A/CN.9/392, par. 32 à 37, reproduit dans ibid., C.