



Assemblée générale

Distr. limitée
24 mars 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Seizième session
New York, 26-29 mai 2009

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics . . .	1-43	2
F. Dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation du marché (article 11-1 d) de la Loi type de 1994 et projet d'article 22-1 e) du texte révisé de la Loi type)	1-6	2
G. Dispositions relatives à la prolongation de la période de validité des offres et de la validité des garanties de soumission (article 31-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 30-2 a) du texte révisé de la Loi type)	7-14	3
H. Notification des fournisseurs ou entrepreneurs par une entité adjudicatrice de ses décisions et des motifs de celles-ci	15-43	5



II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics (*suite*)

F. Dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation du marché (article 11-1 d) de la Loi type de 1994 et projet d'article 22-1 e) du texte révisé de la Loi type)

1. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions suivantes de l'article 11-1 d) de la Loi type de 1994:

“1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

...

d) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix ainsi que du marché;”

2. Lors de la quinzième session, on s'est demandé si les termes “s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice” étaient appropriés dans le contexte du prix car il était peu probable que de tels éléments d'information ne soient pas connus de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail a convenu que ces dispositions devraient être révisées pour plus de clarté (A/CN.9/668, par. 154).

3. Comme on l'a par ailleurs souligné au cours de la quinzième session, le commentaire accompagnant le Guide expliquait l'importance de la formule “S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice” compte tenu de la nature spécifique de certains marchés. Le Guide indique en effet que:

“La raison pour laquelle on limite la divulgation des informations requises au titre de l'article 11-1 d) aux informations connues de l'entité adjudicatrice est qu'il peut exister des procédures de passation des marchés dans lesquelles toutes les propositions n'auront pas été complètement élaborées ou mises au point par leurs auteurs, en particulier lorsque certaines n'atteignent pas le stade final de la procédure de passation d'un marché. La référence, dans le présent paragraphe, à un “mode de détermination du prix” vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les offres, les propositions ou les prix contiennent une formule permettant de déterminer le prix, et non un prix proprement dit.

4. L'historique de ces dispositions montre qu'elles ont fait l'objet de discussions au cours de la négociation du texte de 1994. En effet, le membre de phrase qui, à l'époque, précisait “lorsqu'ils sont connus de l'entité adjudicatrice” mais qui a été légèrement modifié pour spécifier “s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice” lors de l'adoption du texte de 1994, a été incorporé dans le texte en réponse à la préoccupation selon laquelle les dispositions, telles qu'elles avaient auparavant été

libellées, étaient axées sur les marchés de biens ou de travaux et n'étaient pas adaptées aux marchés de services, en particulier du fait que le prix de l'offre se voyait accorder une prééminence qu'il n'aurait peut-être pas nécessairement dans le cas d'un marché de services (A/CN.9/389, par. 33 et 92, et A/CN.9/392, par. 44 et 117 et annexe, article 11).

5. Lorsque le projet de texte a été examiné par la Commission, en 1994, on s'est demandé ce que signifiait la formule "lorsqu'ils sont connus de l'entité adjudicatrice". On a expliqué que cette précision se référait, par exemple, aux cas où l'entité adjudicatrice ne connaîtrait pas le prix avant que le fournisseur ou l'entrepreneur n'ait été évalué sur la base de ses qualifications, comme dans le "système de la double enveloppe", qui n'exigeait pas l'ouverture de "l'enveloppe contenant l'offre de prix" déposée par les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions avaient été rejetées pour des raisons techniques (A/49/17, par. 31). Le commentaire connexe figurant dans le Guide explique que la référence aux éléments d'information "connus" de l'entité adjudicatrice devrait se concentrer sur les cas où le prix de certaines propositions ne serait pas divulgué avant la conclusion des procédures de passation de marchés

6. Compte tenu de l'examen approfondi dont ont fait l'objet ces dispositions au sein du Groupe de travail et de la Commission lorsque le texte a été élaboré et adopté en 1994, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de conserver les dispositions de la Loi type telles qu'actuellement libellées. Le Guide pourrait peut-être expliquer que puisque l'établissement du procès-verbal des procédures de passation de marchés est un exercice évolutif propre à chaque procédure de passation de marchés, les éléments d'information requis seraient joints au procès-verbal dès qu'ils seraient connus de l'entité adjudicatrice. Le Guide pourrait par ailleurs expliquer que le membre de phrase "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" n'a pas pour objet de diminuer en quoi que ce soit l'obligation qui incombe à l'entité adjudicatrice de veiller à ce que le procès-verbal de la procédure de passation du marché soit complet à tous égards.

G. Dispositions relatives à la prolongation de la période de validité des offres et de la validité des garanties de soumission (article 31-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 30-2 a) du texte révisé de la Loi type)

7. À sa quinzième session, le Groupe de travail a été saisi d'une proposition visant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 a) du projet d'article 31 (projet d'article 30 du projet révisé de la Loi type), jugée superflue. L'auteur de cette proposition a également souhaité examiner plus avant l'origine de cette disposition et les raisons sous-tendant son inclusion dans la Loi type. Le Groupe de travail a reporté l'examen de ce projet d'article à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 175 et 176).

8. Les dispositions en question sont libellées comme suit:

"2-a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son

offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;

9. Les dispositions reproduites ci-dessus ont été incorporées dans le premier projet de Loi type établi par le Secrétariat, à l'exception du dernier membre de la phrase, à savoir "et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée" (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 25-2 a)). Cette formule a été ajoutée suite à la décision du Groupe de travail du nouvel ordre économique international d'indiquer clairement qu'un entrepreneur ou un fournisseur qui n'accepte pas de prolonger la période de validité de son offre ne pourra participer à la procédure de passation des marchés que durant la période de validité de sa soumission (A/CN.9/331, par. 124).

10. Un observateur participant aux travaux de la quinzième session du Groupe de travail a expliqué que la disposition en question a souvent été invoquée dans les projets financés par la Banque mondiale et qu'elle se réfère aux situations où l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure d'évaluer toutes les demandes à temps et est donc contrainte de prolonger la période de validité des offres. Dans de tels cas, a-t-on noté, les fournisseurs pourraient, mais ne devraient pas y être contraints, prolonger la période de validité de leur offre et un refus de leur part ne devrait pas invalider leur garantie de soumission (A/CN.9/668, par. 175).

11. De plus, le Secrétariat a expliqué de la manière suivante au Groupe de travail du nouvel ordre économique international les raisons justifiant, selon lui, l'incorporation de ces dispositions:

"Lorsque l'appel d'offres n'aboutit pas ou que le marché ne peut pas être conclu pendant la période de validité prévue pour les offres, l'entité adjudicatrice doit demander une prorogation de cette période. Dans de nombreux pays, les textes stipulent que les soumissionnaires ne continuent d'être liés par leurs offres après l'expiration de la période de validité que s'ils l'acceptent. Dans d'autres pays, toutefois, l'entité adjudicatrice peut prolonger la période de validité en avisant les soumissionnaires avant l'expiration de la période initiale. Bien que cette approche offre une plus grande sécurité pour les entités adjudicatrices, elle peut entraîner une majoration du prix des offres (...). Aussi, si l'on se soucie de l'économie et de l'efficacité du système des marchés, peut-il être préférable de fixer une période de validité réaliste et de stipuler que les soumissionnaires ne seront plus liés par leur offre après l'expiration de cette période, sauf s'ils l'acceptent." (A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 141)

On court le risque d'un renchérissement des offres car les soumissionnaires devront majorer leurs prix pour couvrir les dépenses et les risques qu'ils encourent pendant une telle période (par exemple, le coût de la garantie de soumission, l'obligation qu'ils ont d'affecter leurs ressources au projet, les risques d'une hausse du coût de la construction ou de la fabrication)." (A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 140)

L'alinéa a) du paragraphe 2 permet à l'entité adjudicatrice de demander une prolongation de cette période lorsque, par exemple, l'appel d'offres n'aboutit pas et que le marché ne peut être conclu durant le délai fixé. Il faudrait cependant éviter ces prolongations, qui peuvent faire perdre des offres avantageuses et gêner le bon déroulement de l'appel d'offres. L'entité

adjudicatrice devrait, à cette fin, essayer de fixer, dans la documentation relative au marché, un délai aussi réaliste que possible.” (A/CN.9/WG.V/WP.25, paragraphe 3 du commentaire du projet d’article 25)”

12. Lorsque le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a examiné le premier projet de texte et de commentaire devant figurer dans le Guide, il a été convenu qu’il convenait de décourager les demandes de prolongation de la période de validité des offres en stipulant que les prolongations ne sont accordées que dans des circonstances exceptionnelles. À ce propos, on a fait mention d’une pratique regrettable à laquelle ont parfois recours les entités adjudicatrices et qui consiste à exercer des pressions sur les entrepreneurs et les fournisseurs pour qu’ils prolongent la durée de validité des offres en menaçant de faire jouer la garantie de soumission fournie par ces derniers (A/CN.9/331, par. 124). La décision adoptée par le Groupe de travail lors de cette session était conforme aux vues exprimées précédemment par le Groupe de travail selon lesquelles la Loi type devrait dissuader l’entité adjudicatrice de prolonger exagérément la période de validité (A/CN.9/315, par. 76).

13. Ces décisions ont été confirmées lors des phases ultérieures de négociation et au moment de l’adoption des dispositions pertinentes.

14. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l’historique de ces dispositions explique l’avantage apporté par le maintien des dispositions actuelles dans la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être également estimer que le maintien de ces dispositions est conforme à l’intention première des auteurs du texte, à savoir décourager les demandes de prolongation de la période de validité des offres. Il voudra peut-être en outre expliquer dans la version révisée du Guide que ces dispositions visent en particulier à éviter que les entités adjudicatrices exercent des pressions sur les entrepreneurs et les fournisseurs pour qu’ils prolongent la durée de validité des offres en menaçant de faire jouer la garantie de soumission fournie par ces derniers (voir le paragraphe 12 ci-dessus).

H. Notification des fournisseurs ou entrepreneurs par une entité adjudicatrice de ses décisions et des motifs de celles-ci

1. Notification obligatoire des décisions de l’entité adjudicatrice

15. En vertu de la Loi type de 1994, les fournisseurs ou les entrepreneurs doivent être informés:

a) Du rejet par l’entité adjudicatrice de toutes les offres ou propositions (article 12-3 de la Loi type, correspondant au projet révisé d’article 16-3)¹. En outre, l’alinéa f) de l’article 11-1 du texte de 1994, correspondant à l’alinéa g) du projet révisé d’article 22-1, dispose que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit contenir la décision de l’entité adjudicatrice. En vertu d’autres dispositions de l’article 11, cette partie du procès-verbal est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs (ci-après “les fournisseurs ou

¹ Voir les paragraphes 12 et 19 à 30 du présent document au sujet des débats suscités par l’obligation pour l’entité adjudicatrice de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dont l’offre a été rejetée les raisons qui l’ont amenée à conclure qu’il y avait motif à rejet.

entrepreneurs”) qui ont soumis des offres ou qui ont présenté une demande de présélection, après que la procédure de passation de marchés a pris fin;

b) Du rejet par l’entité adjudicatrice d’une offre dont le fournisseur ou l’entrepreneur a proposé des incitations (article 15 de la Loi type, correspondant au projet révisé d’article 18-2). À cet égard, le texte de 1994 prévoit également que l’entité adjudicatrice doit exposer les motifs de sa décision. En outre, l’article 11-1 h), correspondant au projet révisé d’article 22-1 i), précise que la déclaration de rejet doit indiquer les motifs du non-aboutissement de la procédure. En vertu d’autres dispositions de l’article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée, à leur demande et à tout moment, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés;

c) De la décision de l’entité adjudicatrice de présélectionner un fournisseur ou entrepreneur; l’entité adjudicatrice doit également indiquer si elle juge satisfaisantes les justifications produites par chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications (article 7, paragraphes 6 et 8, correspondant aux projets révisés des articles 22-9 et 10-8 d))². En outre, l’article 11-1 c) du texte de 1994, qui correspond à la version révisée du projet d’article 22-1 d), requiert que certains renseignements relatifs aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs figurent dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d’une autre disposition de l’article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, à leur demande, après que la procédure de passation de marchés a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

d) De l’éclaircissement et de la modification des dossiers d’appel d’offres (articles 28, 40, 46-4, 48-5, 49-2 et 50-1, correspondant aux projets révisés des articles 28, 38, 39, 40 et 36) . En outre, l’article 11-1 m), correspondant au projet révisé d’article 22-1 m), dispose que doit figurer dans le procès-verbal un résumé des demandes d’éclaircissements concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation ainsi qu’un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation. En vertu d’autres dispositions de l’article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée, à leur demande et à tout moment, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés après que la procédure de passation de marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

e) Des corrections dans les offres soumises (article 34-1 b), correspondant au projet révisé d’article 32-1 b). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l’entité adjudicatrice devrait en outre être tenue de faire figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché des informations sur les corrections. L’article 11 du texte de 1994 ne contient aucune disposition contraignante à cet égard;

² Le Groupe de travail voudra peut-être amender ces dispositions afin que l’entité adjudicatrice soit également tenue de communiquer, à leur demande ou non, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n’ont pas été présélectionnés, les raisons qui l’ont amenée à conclure qu’il y avait motif à rejet.

f) De la décision de l'entité adjudicatrice durant la procédure de sélection avec négociations consécutives (article 44 de la Loi type; aucun article correspondant ne figure pour le moment dans le texte révisé de la Loi type).

16. En vertu de la Loi type de 1994, l'entité adjudicatrice répond promptement à la demande de tout fournisseur ou entrepreneur de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission remplit bien les conditions requises (article 32-1 d), correspondant au projet révisé d'article 14-1 d);

17. Le projet révisé de la Loi type prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent en outre être informés:

a) De la décision d'une entité adjudicatrice de rejeter une soumission anormalement basse (projet révisé d'article 17). Ce projet d'article requiert également la notification des motifs qui en sont à l'origine et que la décision et les motifs qui en sont à l'origine doivent être consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. Les modifications correspondantes ont été incorporées dans le projet d'article 22-1 i). En vertu d'autres dispositions du projet révisé d'article 22, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés, à leur demande, à tout moment;

b) De la notification par une entité adjudicatrice à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sa décision d'accepter la soumission à retenir (projet révisé d'article 19-2). Cet article précise également que l'avis doit contenir des informations sur le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir; le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de la soumission à retenir. Ces dispositions ont été incluses suite à l'introduction d'un délai d'attente;

c) De la décision d'une entité adjudicatrice dans le cadre d'enchères électroniques inversées (projets révisés d'articles 44 et 45) et d'accords-cadres (projets révisés d'articles 51, 53 et 55). Dans l'ensemble, les dispositions actuelles requièrent la notification des décisions de l'entité adjudicatrice mais pas l'exposé des motifs sur lesquelles elles sont fondées. Le Groupe de travail voudra peut-être renforcer ces dispositions, en exigeant, le cas échéant, que les fournisseurs ou entrepreneurs soient informés des raisons sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour parvenir à sa décision. Les modifications correspondantes de la version révisée du projet d'article 22 seraient présentées au Groupe de travail pour examen en temps voulu.

2. Communication des motifs de la décision de l'entité adjudicatrice à la demande des fournisseurs ou entrepreneurs concernés

18. En vertu de la Loi type de 1994, une entité adjudicatrice est tenue:

a) De communiquer sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet (article 7-7, correspondant au projet révisé d'article 15-10); et

b) De communiquer à tout fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande³, les motifs du rejet de toutes les offres ou propositions (article 12-1, correspondant au projet révisé d'article 16-1).

Disqualification

19. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de l'article 7-7 du texte de 1994 qui disposent que "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." La signification du dernier membre de cette phrase, à savoir, "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" a suscité des interrogations (A/CN.9/668, par. 107).

20. L'historique de ces dispositions révèle qu'elles ont été incorporées dans le texte de la Loi type de 1994 conformément à la décision adoptée par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international aux fins d'énoncer clairement et de souligner davantage la distinction entre les "motifs" de rejet des offres présélectionnées et "les raisons qui les explicitaient" (A/CN.9/343, par. 156).

21. À sa quinzième session, le Groupe de travail I (Passation de marchés) a décidé de remanier la formulation actuelle à la lumière des dispositions renforcées relatives au recours incluses dans la Loi type révisée, afin de permettre à l'entité adjudicatrice de réaliser un véritable compte-rendu et, si nécessaire, aux intéressés d'introduire un recours contre la décision. Il a également été convenu que le Guide devrait expliquer les raisons pour lesquelles ces dispositions du texte de 1994 ont été modifiées (A/CN.9/668, par. 107).

22. Conformément à la décision adoptée par le Groupe de travail, le membre de phrase "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" a été supprimé des dispositions correspondantes du projet d'article 15-10 du texte révisé de la Loi type. Les dispositions telles que modifiées dans le projet de Loi type se lisent donc comme suit: "L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet."

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si ces dispositions, telles qu'elles ont été modifiées, suffisent à assurer l'efficacité du compte-rendu.

24. Il convient de noter que les dispositions en question sont complétées par celles de l'article 11-1 c) de la Loi type, correspondant au projet d'article 22-1 d) du texte révisé de la Loi type. L'article 11-1 c) requiert que "des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont présenté des soumissions, des offres ou des propositions"

³ La Loi type ne précise pas dans ce cas à la demande de qui les motifs doivent être donnés. On peut déduire que référence est faite, dans ce contexte, à la demande de tout fournisseur ou entrepreneur intéressé, comme défini au paragraphe 15 a) de la présente note.

soient inclus dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché⁴. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal de la procédure de passation du marché doit être communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés après que la procédure de passation de marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt.

Rejet de toutes les offres

25. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de l'article 12-1 de la Loi type de 1994 selon lesquelles "l'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission, qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les soumissions, offres ou propositions mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs."

26. Lors de cette même session, on a proposé de supprimer l'incise "qui en fait la demande" du fait que l'entité adjudicatrice serait quoi qu'il en soit tenue de justifier sa décision de rejeter une offre dans tous les cas, même en l'absence d'une demande en ce sens d'un fournisseur ou entrepreneur (A/CN.9/668, par. 115).

27. On a également proposé de supprimer le dernier membre de phrase de cette disposition, "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs", au motif qu'il était superflu. On est dans l'ensemble convenu que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de fournir une quelconque justification de sa décision de rejeter toutes les offres mais qu'elle devrait informer les fournisseurs ou entrepreneurs concernés de sa décision et des motifs de celle-ci (A/CN.9/668, par. 114 et 115).

28. Aucune décision n'a été prise concernant le point de savoir si les dispositions en question devraient être révisées conformément à ces suggestions. Le Groupe de travail a reporté à une date ultérieure l'approbation du projet d'article tel qu'amendé à la quinzième session (A/CN.9/668, par. 115 et 116).

29. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions. Ses conclusions sont présentées ci-après.

30. Le premier projet du Secrétariat ne mentionnait que l'obligation de notifier les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre du rejet de toutes les offres (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 29-3). Cette obligation n'a pas suscité de préoccupation et a été maintenue tout au long de la négociation du texte de 1994 ainsi que lors de son adoption par la Commission. Cette obligation figure à l'article 12-3 de la Loi type.

31. Le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a décidé de compléter cette exigence en ajoutant que l'entité adjudicatrice est tenue de communiquer les motifs du rejet de toutes les soumissions à tout fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande. Il a été convenu que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de justifier les motifs de sa décision de rejet (A/CN.9/331, par. 181).

⁴ Ce libellé exclurait les renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont soumis une demande de présélection et qui, parce qu'ils n'ont pas été présélectionnés, ne sont pas habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marchés.

32. Le deuxième projet de texte présenté par le Secrétariat a été modifié en conséquence. Alors que l'expression "qui en fait la demande" n'a posé aucun problème au cours des phases ultérieures de négociation du texte de 1994 non plus que lors de son adoption par la Commission, en revanche, le membre de phrase "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" a posé problème.

33. Lorsque le Groupe de travail a examiné le deuxième projet du Secrétariat, on a fait valoir que cette dernière formule pourrait faire difficulté dans les pays où les tribunaux sont compétents pour examiner les décisions administratives et donc pour approfondir les motifs avancés pour les justifier. De plus, a-t-on observé, il pourrait se présenter des cas où il serait approprié d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs qui l'ont amenée à rejeter toutes les offres. On a fait valoir en outre que la démarche retenue au moyen de cette formule pourrait compromettre la faculté des parties lésées de demander réparation. L'opinion prédominante, cependant, a été que les termes en question devraient être conservés. On a déclaré dans ce sens qu'une entité adjudicatrice devait être libre de ne pas conclure un marché, par exemple, pour des motifs économiques, sociaux ou politiques, et qu'elle ne devait pas être tenue de justifier sa décision. Il suffisait qu'elle en donne les raisons et il ne devait donc pas y avoir d'action en réparation contre l'entité adjudicatrice en cas de rejet de toutes les offres. Compte tenu de ces éléments, le Groupe de travail a décidé de conserver le membre de phrase en question et d'adopter le paragraphe dans le libellé proposé (A/CN.9/356, par. 47 et 48). Ce libellé n'a pas suscité de problème lors des phases ultérieures de négociation du texte de 1994 non plus que lors de son adoption par la Commission.

34. Partant, même s'il semble que les vues des auteurs du texte de 1994 et des membres du Groupe de travail concordent, au sens où tous considèrent que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de justifier sa décision de rejeter toutes les offres en en donnant les raisons. Cependant, les auteurs de la Loi type n'ont pas considéré que la formule "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" était superflue et ont décidé de la conserver afin de signifier que les décisions pertinentes de l'entité adjudicatrice ne pouvaient pas être contestées par les fournisseurs ou entrepreneurs. Ces dispositions ont en outre été complétées par le paragraphe 2 de l'article 52 qui dispose que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres ne peut faire l'objet d'un recours.

35. Comme cela a déjà été souligné dans le paragraphe 32 ci-dessus, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international n'a pas non plus remis en cause la nécessité de maintenir les mots "à leur demande" dans cette disposition. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il devrait adopter une approche différente, à l'effet de dire que l'entité adjudicatrice sera toujours tenue de communiquer sa décision de rejeter toutes les offres, conformément aux dispositions de l'article 12-3 de la Loi type (correspondant au projet révisé d'article 16-3) ainsi que les raisons qui l'ont motivée.

36. Il convient de noter que les dispositions relatives au rejet de toutes les offres sont complétées par l'alinéa f) de l'article 11-1 de la Loi type, qui correspond à l'alinéa g) du projet révisé d'article 22-1. Ce dernier dispose que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit comprendre la déclaration motivée du rejet de toutes les offres. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée à toute personne qui le demande après que la procédure de passation de marchés a pris fin.

3. Dispositions additionnelles de la Loi type devant être examinées compte tenu des dispositions renforcées relatives au recours et aux voies de droit

37. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner sa décision de supprimer l'article 52-2 de la Loi type dans le contexte des autres dispositions de celle-ci. Le Groupe de travail se souviendra que l'article 52-2 du texte de 1994 dispose que plusieurs types de décisions prises par l'entité adjudicatrice ne peuvent faire l'objet d'un recours, dont le choix d'une méthode de passation des marchés, le choix d'une procédure de sélection, la limitation de la participation à la procédure de passation du marché sur la base de la nationalité, la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres et le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt pour la participation à une procédure de sollicitation.

38. L'article 52-2 a été incorporé à la Loi type suite à la décision du Groupe de travail du nouvel ordre économique international de limiter le droit de recours à la perte ou au préjudice réel ou potentiel subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait violé les obligations que lui imposent les dispositions de la Loi type (et notamment celles qui concernent les qualifications et la sélection de fournisseurs ou d'entrepreneurs) et de ne pas l'étendre aux cas où les pertes actuelles ou potentielles qui résulteraient d'une violation des dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire (A/CN.9/356, par. 156). On peut en déduire que dans l'ensemble, la Loi type contient des prescriptions minimales quant aux informations relatives à ses décisions que l'entité adjudicatrice doit communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir la partie H.I., *supra*). La Loi type contient encore moins d'exigences pour ce qui concerne la communication des motifs des décisions (voir les parties H.I. et 2. *supra*).

39. S'agissant du rejet d'une offre non conforme (paragraphe 2 et 3 de l'article 34 de la Loi type), l'historique de cet article montre que l'intention explicite des auteurs de la Loi type était d'exempter l'entité adjudicatrice de l'obligation de communiquer les informations pertinentes relatives à sa décision (et les raisons de celle-ci) aux fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre avait été rejetée. Le Groupe de travail a expliqué son approche en invoquant le fait que l'inclusion d'une telle obligation entraînerait "une charge supplémentaire injustifiée pour l'entité adjudicatrice au moment où celle-ci serait occupée à évaluer les offres" et risquerait de donner à entendre que l'entité adjudicatrice aurait à prendre une décision spécifique concernant chaque offre en fonction de chacun des critères énumérés à l'actuel article 34-3 de la Loi type. En conséquence, il a été décidé de ne pas exiger d'acte officiel de rejet (A/CN.9/359, par. 152).

40. S'agissant d'autres situations, comme en cas de disqualification prononcée par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 6 du texte de 1994 ou de renvoi d'une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres (article 30-6 e) du texte de 1994), l'historique des dispositions ne permet pas de savoir pourquoi, dans l'esprit des auteurs, l'entité adjudicatrice ne devait pas être tenue d'informer de sa décision les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre avait été rejetée (ni des motifs de sa décision). Il pourrait s'agir là d'une omission. Il convient de noter que l'article 11 de la Loi type n'exige pas que ces informations soient incluses par l'entité adjudicatrice dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

41. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, dans chacune des situations énumérées ci-dessous, les dispositions pertinentes de la Loi type devraient exiger la notification i) de la décision de l'entité adjudicatrice et ii) des raisons sur lesquelles celle-ci s'est fondée. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ces informations ne devraient être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés qu'à leur demande ou si elles pourraient l'être en l'absence d'une telle demande (dans les situations décrites aux alinéas a) à c) ci-après, les informations pertinentes ne pourraient être communiquées qu'à la demande des fournisseurs ou entrepreneurs concernés alors que dans d'autres situations, une telle demande ne serait pas concrètement nécessaire). Une autre alternative, dans certaines situations, pourrait consister à notifier l'avis (similaire à celui concernant l'offre à retenir) aux intéressés. Dans sa décision à cet égard, le Groupe de travail devrait veiller à ce que la Loi type traite de manière cohérente les situations similaires:

a) **Limitation de la participation à des procédures de passation de marché sur la base de la nationalité** (article 8-2 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 9-2). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 l) du texte de 1994 (correspondant au projet révisé d'article 22-1 n)) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de l'alinéa l) de l'article 11-1, l'entité adjudicatrice doit inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché une déclaration motivée du rejet de toutes les offres ou propositions. En vertu d'autres dispositions de l'article 11 (projet d'article 22), cette partie du procès-verbal devrait être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés à tout moment;

b) **Recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres**. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions de l'article 11-1 i) et j) (correspondant au projet révisé d'article 22-1 j) et l)) seraient, à elles seules, suffisantes. Les alinéas i) et j) de l'article 11-1 disposent que le procès-verbal de la procédure de passation du marché doit mentionner les motifs et les circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal devrait être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés à tout moment;

c) **Sollicitation directe de propositions**. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 k) sur la sollicitation directe de propositions (correspondant à l'article 22-1 j)) seraient, à elles seules, suffisantes;

d) **Disqualifications en dehors des procédures de présélection** (article 6 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 10). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 c) de la Loi type (correspondant au projet révisé d'article 22-1 d)) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de l'alinéa c) de l'article 11-1, les renseignements relatifs aux qualifications ou à l'insuffisance des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, doivent figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, à leur demande, après que la procédure de passation de

marché a pris fin. Seul un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de cette partie du procès-verbal soit faite plus tôt;

e) **Renvoi d'une offre reçue après la date limite de soumission** (article 30-6 de la Loi type, correspondant au projet révisé d'article 29-6). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'inclure les informations pertinentes dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. L'article 11 du texte de 1994 ne mentionne aucune exigence à cet égard;

f) **Rejet des offres non conformes** (article 34-2 et 3 du texte de 1994, correspondant au projet révisé d'article 32-2 et 3). Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'article 11-1 e) de la Loi type de 1994, correspondant au projet révisé d'article 22-1 f) requiert réellement que l'entité adjudicatrice fasse figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les éléments d'information portant sur la détermination de la conformité des offres. L'article 11-1 e) de la Loi type dispose que le procès-verbal doit contenir un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, termes qui ne sont utilisés dans l'article 34-4 de cette même Loi (correspondant au projet révisé d'article 32-4) que dans le contexte des offres qui ont été acceptées. L'intitulé de l'article 34 de la Loi type, "Examen, évaluation et comparaison des offres", sous-entend que le mot "examen" porte sur la détermination de la conformité des offres. Le Groupe de travail voudra peut-être, par conséquent, envisager explicitement que le procès-verbal contienne des éléments d'information sur la détermination de la conformité des offres;

g) **Procédure de sélection sans négociation** (article 42 du texte de 1994, correspondant au projet révisé d'article 35 sur le système de la double enveloppe). Les dispositions de la Loi type ne requièrent pas la notification des fournisseurs ou entrepreneurs exclus de la procédure de passation de marchés parce que leur offre n'a pas atteint ou dépassé la note ou le seuil fixé. Ceci diffère de l'article 44-d) de la Loi type (Procédures de sélection avec négociations consécutives), qui n'a pas d'équivalent dans le projet révisé de la Loi type, qui demande à l'entité adjudicatrice d'informer les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander s'il ne devrait pas être requis de l'entité adjudicatrice d'inclure ces éléments d'information dans le procès-verbal. L'article 11 de la Loi type ne contient aucune obligation à cet égard;

h) **Sollicitation de propositions, négociation avec appel à la concurrence et sollicitation de prix** (articles 48 à 50 de la Loi type; les dispositions correspondantes relatives à la sollicitation de prix font l'objet du projet révisé d'article 36; aucune disposition sur la sollicitation de propositions ou sur la négociation avec appel à la concurrence ne figure actuellement dans le projet de Loi type révisée). Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la réglementation de ces procédures serait renforcée dans la Loi type révisée par l'application des dispositions relatives à l'acceptation des offres conformes, y compris par l'introduction d'un délai d'attente;

i) **Recours porté devant l'entité adjudicatrice** (articles 53 et 56 de la Loi type, correspondant aux projets révisés des articles 57 et 60). En vertu de l'article 56-5 de la Loi type, toute décision prise par l'entité adjudicatrice de faire

aboutir la réclamation, de suspendre la procédure de passation du marché, ou de prolonger la suspension de la procédure ainsi que les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision doit être versée au dossier de la procédure de passation du marché mais ne contient aucune exigence de notification de ladite décision. Ces dispositions ont été incorporées dans le projet révisé d'article 60-3 aux fins d'examen par le Groupe de travail. Le Groupe de travail pourra peut-être se demander si ces dispositions seront suffisantes⁵; et

j) **Procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'ayant pas abouti à la conclusion d'un marché.** Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions de l'article 11-1 g) (correspondant au projet révisé d'article 22-1 h) seraient, à elles seules, suffisantes. En vertu de cet alinéa, si une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration indiquant les motifs du non-aboutissement de la procédure doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. En vertu d'autres dispositions de l'article 11, cette partie du procès-verbal doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, à leur demande, après que la procédure de passation de marché a pris fin.

42. Le Groupe de travail voudra peut-être également envisager d'ajouter dans le texte de la version révisée du Guide un paragraphe pour souligner l'intérêt, dans les cas appropriés, d'un compte-rendu des deux parties, à savoir entités adjudicatrices et fournisseurs ou entrepreneurs (comme cela existe dans certaines juridictions). Le Guide pourrait également mettre en exergue les préoccupations exprimées par les auteurs de la Loi type de 1994, à savoir que selon le stade auquel se trouve la procédure de passation d'un marché, des exigences étendues en matière de compte-rendu pourraient s'avérer lourdes pour l'entité adjudicatrice, notamment dans les procédures traditionnelles plus que dans les procédures électroniques. Les exigences relatives à l'efficacité du compte-rendu devraient cependant toujours être considérées en conjonction avec le droit des fournisseurs ou entrepreneurs concernés de faire appel des décisions de l'entité adjudicatrice au titre des dispositions renforcées de la Loi type révisée.

43. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans la Loi type révisée des dispositions concernant le délai dans lequel les avis doivent être notifiés. Par exemple, certaines dispositions du projet révisé de la Loi type exigent déjà que les décisions que l'entité adjudicatrice compte prendre doivent être promptement communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner au cas par cas, s'il serait approprié d'exiger dans tous les cas que les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été acceptée soient informés sans tarder après que la décision a été prise. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi envisager d'inclure dans le Guide un paragraphe reprenant la discussion sur l'importance du délai dans lequel certains avis devraient être notifiés pendant la période d'attente.

⁵ Il convient de noter que, contrairement à d'autres situations similaires, l'obligation de faire figurer cet élément d'information dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés n'est établie que dans les articles 53 et 56 et ne figure pas à l'article relatif au procès-verbal de la procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être supprimer cette incohérence dans la version révisée de la Loi type.