



Assemblée générale

Distr. limitée
23 septembre 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-neuvième session
Vienne, 1^{er}-5 novembre 2010

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type

Note du secrétariat

Additif

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VIII (Recours), qui comprend les articles 61 à 66 de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.



CHAPITRE VIII. RECOURS¹

Article 61. Droit de recours

- 1) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison du non-respect allégué des dispositions de la présente Loi peut présenter une réclamation aux fins d'introduire un recours contre ce non-respect conformément aux articles [62 à 66] de la présente Loi ou aux autres dispositions de la loi applicable du présent État.
- 2) Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue par une instance de recours dans le cadre d'une procédure de recours menée en application du paragraphe 1) du présent article ou engager une procédure si celle-ci ne rend pas une décision dans les délais prescrits ni ne suspend la procédure de passation du marché conformément à l'article [65-1] de la présente Loi².

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

- 1) Le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours présente une réclamation écrite à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle³.
- 2) Les réclamations sont présentées dans les délais suivants:
 - a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation⁴, de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de

¹ Le commentaire du Guide relatif au chapitre VIII notera que ce chapitre contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir l'efficacité des recours et encouragera les États adoptants à en incorporer toutes les dispositions si leur système juridique le leur permet (A/CN.9/690, par. 68). Il fera également référence aux dispositions applicables de la Convention des Nations Unies contre la corruption et examinera l'importance d'autres branches du droit et d'autres instances lorsqu'un recours est déclenché, par exemple, du fait d'un acte de fraude ou de corruption (y compris la nécessité d'alerter les autorités concernées pour que des mesures appropriées soient prises) À cet égard, il renverra au commentaire accompagnant les dispositions de l'article [19] (A/CN.9/690, par. 93).

² Le deuxième paragraphe a été ajouté conformément au paragraphe 69 b) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera qu'outre les fournisseurs et entrepreneurs, plusieurs autorités publiques auraient le droit d'engager un recours en vertu du chapitre VIII (A/CN.9/690, par. 67).

³ Les premiers mots du chapeau ont été supprimés conformément au paragraphe 69 a) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que des règlements ou d'autres orientations devraient préciser quels moyens de preuve il convient d'apporter à l'appui de la réclamation.

⁴ Le Guide expliquera que l'expression "conditions de la sollicitation" vise à englober toutes les questions soulevées par la procédure de passation avant la date limite de présentation des soumissions (autres que celles relatives à la préqualification et à la présélection, mentionnées séparément dans cet alinéa), telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché, prévue à l'article 8. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Le Guide expliquera en outre que les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif publié en application de l'article 14 (A/CN.9/690, par. 69 c)).

préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée:

i) Avant la fin du délai d'attente visé à l'article [20-2] de la présente Loi⁵;
ou

ii) Si aucun délai d'attente n'est appliqué dans les circonstances décrites à l'article [20-3] de la présente Loi, dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai)⁶ à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition que l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, l'autorité de tutelle ne doive pas se saisir d'une réclamation ou continuer d'en tenir compte après l'entrée en vigueur du marché ou la décision d'abandonner la procédure de passation de marché, selon le cas⁷.

3) À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, rend une décision écrite dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai)⁸ qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

⁵ Disposition modifiée conformément au paragraphe 69 f) du document A/CN.9/690.

⁶ Le Guide notera qu'on laisse à l'État adoptant le soin de fixer ce délai, tout comme le délai d'attente, et qu'il lui appartient de s'assurer que tous les délais pertinents laissés à sa décision sont alignés dans l'ensemble du texte (A/CN.9/690, par. 86). Il appellera aussi l'attention de l'État adoptant sur les délais indiqués dans les versions 1994 et 2006 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, qui l'aideront à préciser le nombre de jours requis.

⁷ Des avis différents ont été exprimés lors de la dix-huitième session du Groupe de travail quant à savoir si cet article devrait permettre la présentation de réclamations après l'entrée en vigueur du marché. Le Groupe de travail n'a pas achevé l'examen de cette question, ni de la proposition d'inclure une disposition qui empêcherait les fournisseurs de compromettre l'entrée en vigueur du marché en présentant une réclamation juste avant la signature de celui-ci (A/CN.9/690, par. 69 d) et e)). Il voudra peut-être considérer que le libellé "ne doit pas se saisir d'une réclamation ou continuer d'en tenir compte" utilisé dans cet alinéa est suffisamment souple pour répondre à ces deux préoccupations. Pour réduire les risques d'un abus de la latitude laissée à l'entité adjudicatrice par un libellé aussi souple, le Guide devra renvoyer aux dispositions de l'article 65-1 sur la suspension automatique de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'il est peu probable que des réclamations concernant la procédure de passation de marché soient présentées à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle après l'entrée en vigueur du marché; il est plus probable qu'elles soient présentées directement à l'instance administrative de recours ou au tribunal, compte tenu du fait que ces organes auront très certainement le pouvoir d'infirmer l'attribution du marché (art. 63-3 f) du présent projet confère ce pouvoir à l'instance administrative de recours). Le pouvoir de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle à cet égard peut varier selon les pays.

⁸ Disposition modifiée conformément au paragraphe 69 g) du document A/CN.9/690.

4) Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 3 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation⁹ pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [63 ou 66]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, n'est plus compétente pour connaître de la réclamation¹⁰.

5) L'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, communique sa décision à tous les participants à la procédure de recours conformément à l'article 64-5¹¹.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante^{*, 12}

1) Un fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours présente une réclamation écrite ou un recours écrit à ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance administrative indépendante) dans les délais suivants¹³:

⁹ Les mots "ou l'entité adjudicatrice", venant du texte de 1994 (voir art. 53-5), ont été supprimés dans le projet actuel. Bien qu'ils visent à couvrir l'éventualité d'un recours de l'entité adjudicatrice contre une décision défavorable de l'autorité de tutelle, le secrétariat est d'avis que les questions touchant la possibilité d'un recours par l'entité adjudicatrice sortent du champ d'application de ce chapitre et de la Loi type.

¹⁰ Le Guide établira une distinction claire entre les procédures de recours prévues dans cet article et les procédures de retour d'information.

¹¹ Le Guide expliquera que l'expression "participants à la procédure de recours" peut désigner un groupe de participants différent selon le moment de la procédure et l'objet de la réclamation. À cet égard, il renverra aux dispositions de l'article 64-1 et 2.

* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 66) à condition que l'État adoptant possède un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. [Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou administratif en fonction de leur système juridique].

¹² Le Guide précisera le sens du terme "instance administrative indépendante", en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes et indépendants du gouvernement. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risquait de nuire à la procédure de passation, car les décisions pourraient être contestées devant un tribunal, ce qui retarderait encore les choses. Le Guide notera que la Loi type pose le principe de l'indépendance de l'instance administrative de recours sans prescrire toutefois les modalités selon lesquelles cette indépendance serait garantie, étant entendu que les moyens de la faire varieraient d'un État à l'autre en fonction de leur situation interne (A/CN.9/690, par. 71 o)).

¹³ Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 a) et 69 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que dans certains États le recours judiciaire peut aussi être disponible à tout niveau parallèlement à une procédure devant une instance administrative, comme le prévoit l'article [66]. Le Guide expliquera que des règlements ou d'autres orientations devraient préciser quels moyens de preuve il convient d'apporter à l'appui de la réclamation.

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée au plus tard ... (l'État adoptant précise le délai)¹⁴ après l'entrée en vigueur du marché ou la décision d'abandonner la passation, selon le cas, à condition que l'instance de recours ne doive pas connaître de cette réclamation¹⁵:

i) Si elle a été présentée après l'expiration du délai d'attente visé à l'article [20-2] de la présente Loi; ou si aucun délai d'attente n'a été appliqué, conformément à l'article [20-3] de la présente Loi;

ii) Si elle est présentée après un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où il aurait dû avoir connaissance de ces circonstances¹⁶.

c) Les recours sont présentés dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision visée à l'article [62-3] de la présente Loi a été rendue ou, si aucune décision n'est rendue ou si la procédure de passation de marché n'est pas suspendue conformément à l'article [65-1], une procédure est

¹⁴ Le Guide notera que le soin de définir ce délai, tout comme le délai d'attente, est laissé à l'État adoptant (A/CN.9/690, par. 86) et qu'en l'occurrence la période visée sera très probablement exprimée en mois ou en années et non en jours calendaires ou ouvrables, puisque cette disposition vise à fixer un maximum absolu (voir l'explication donnée à ce sujet dans la note de bas de page ci-après).

¹⁵ Disposition modifiée conformément aux paragraphes 69 d) à g), 85 et 86 du document A/CN.9/690.

¹⁶ Dispositions modifiées pour concilier les différents avis exprimés au sein du Groupe de travail et durant les consultations intersessions quant à savoir si le fournisseur devrait pouvoir présenter une réclamation après l'entrée en vigueur du marché, qu'un délai d'attente soit appliqué ou non. Ces dispositions permettraient aux fournisseurs de le faire mais fixeraient i) dans le chapeau, le délai maximal absolu passé lequel aucune réclamation ne sera examinée et ii) un délai supplémentaire d'une durée égale à celle du délai d'attente, si celui-ci est appliqué, ou déterminée par l'État adoptant s'il n'est pas appliqué. Elles laisseraient aussi à l'instance de recours le soin de décider si elle examine les réclamations présentées après l'expiration de ces délais supplémentaires. Elles visent également à couvrir les situations où la réclamation a été présentée dans les délais mais le marché est déjà entré en vigueur (par exemple, parce que la procédure de passation du marché n'a pas été suspendue ou qu'il a été décidé de lever la suspension). S'agissant des dispositions du sous-alinéa ii), le Guide renverra à l'article 20-3, qui prévoit les motifs d'exception à l'application du délai d'attente, notamment l'urgence. À cet égard, il soulignera que, dans de tels cas, la publication de l'avis d'attribution du marché visé à l'article 21 sera très probablement considérée comme le moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la réclamation a connaissance des circonstances motivant cette réclamation ou aurait dû en avoir connaissance, mais que ce ne sera pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, un motif d'urgence justifierait très probablement de déroger à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché pour des raisons de confidentialité (par exemple, protection d'intérêts essentiels de l'État). Pour cette raison, ces dispositions ne lient pas le moment considéré à la publication de l'avis d'attribution du marché mais adoptent une approche plus souple de façon à permettre le recours dans les cas où les garanties de transparence de la Loi type ne s'appliquent pas.

engagée dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après l'expiration du délai fixé pour rendre une telle décision ou décider une telle suspension¹⁷.

2) Dès qu'il est saisi d'une réclamation ou d'un recours, le ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance administrative indépendante) en notifie l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.

3) Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce et a pouvoir de prendre une ou plusieurs des mesures suivantes¹⁸:

a) Interdire à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

b) Exiger de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a pris une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

c) Infirmer¹⁹ en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas [ou une décision de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle concernant une réclamation présentée à ladite entité ou autorité]²⁰;

d) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, ou lui substituer sa propre décision [à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché] ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle²¹;

e) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

f) Infirmer l'attribution d'un marché ou de l'accord-cadre entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis de réformation de l'attribution²²;

¹⁷ Le Guide expliquera que l'article [65-1] fixe un délai de suspension très court puisqu'il s'agit d'agir promptement.

¹⁸ Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 b) et d) et 72 du document A/CN.9/690. Le Guide soulignera qu'il importe de veiller à ce que l'instance de recours puisse prendre chacune de ces mesures, combinées ou non, selon qu'il convient, pour garantir un système de recours administratif indépendant et efficace (A/CN.9/690, para. 73).

¹⁹ Le Guide expliquera que ce terme n'implique aucune conséquence particulière (il ne doit pas être considéré comme déclarant la décision sans effet), de sorte que l'État adoptant peut prévoir les conséquences appropriées en fonction de la tradition juridique du pays concerné (A/CN.9/690, par. 71 f) et 72).

²⁰ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'utilité du membre de phrase entre crochets, s'agissant de permettre un recours. La décision concernant une réclamation n'est pas nécessairement illégale (elle peut être erronée quand au fond mais avoir été prise conformément à la loi). Dans ce cas, elle ne relève pas du présent alinéa.

²¹ Le Guide expliquera que le texte entre crochets peut être omis dans les États adoptants où l'instance administrative de recours peut imposer sa propre décision concernant l'attribution du contrat.

²² Voir ci-dessus la note concernant le terme "infirmer" utilisé dans le projet actuel. À la dix-huitième session du Groupe de travail, il a été fait observer que toutes les autres mesures de réparation avaient un lien avec des étapes de la procédure de passation précédant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre et qu'elles étaient donc limitées dans le temps, alors

g) Rejeter la réclamation ou le recours²³; et

h) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle lors de la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou au recours, le cas échéant, ou à l'ensemble de ces coûts²⁴; et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée en l'espèce²⁵.

4) Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de [...] jours après la réception de la réclamation ou du recours une décision écrite au sujet de la réclamation ou du recours, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et les mesures prises.

5) Le [insérer le nom de l'instance administrative] communique sa décision à tous les participants à la procédure de recours conformément à l'article 64-5.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours visées aux articles [62 et 63]

1) Dès qu'elle reçoit une réclamation présentée en application de l'article [62 ou 63] de la présente Loi ou un recours présenté en application de l'article [63] de la présente Loi, l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation de marché²⁶ sur laquelle porte la réclamation

que la possibilité d'infirmer la décision d'attribuer le marché ou l'accord-cadre semblait ne pas être ainsi limitée (A/CN.9/690, par. 71 m)); Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les modifications apportées au paragraphe 1 de cet article concernant le délai maximal absolu de présentation des réclamations répondront à cette préoccupation.

²³ Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 c) et 72 du document A/CN.9/690.

²⁴ Le Guide expliquera qu'à l'inverse de la Loi type de 1994 la Loi type révisée préfère ne retenir qu'une solution pour ce qui est du dédommagement, ce qui permettra une procédure de recours administratif plus rapide et plus efficace. Il notera également que cette approche n'exclut pas la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel par voie judiciaire (ou devant des instances administratives de recours si le système juridique de l'État adoptant le permet, ou par une action engagée dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé) (A/CN.9/690, par. 71 j)).

²⁵ Disposition modifiée conformément au paragraphe 72 du document A/CN.9/690. Le Guide soulignera que la liste de mesures énoncées au paragraphe 3 constitue un ensemble minimal de mesures que l'instance administrative de recours devrait pouvoir prendre en fonction des circonstances pour garantir un recours administratif indépendant et efficace, et que l'État adoptant aura donc pour instruction d'incorporer l'ensemble de ces mesures à moins que, ce faisant, il ne viole sa Constitution ou ses autres lois. Le Guide précisera également que le dernier membre de phrase du paragraphe 3 vise à garantir un recours efficace (A/CN.9/690, par. 73).

²⁶ Le Guide expliquera que l'expression "qui participent à la procédure de passation du marché" peut désigner un groupe de participants différent selon le moment de la procédure et l'objet de la réclamation, et précisera que les fournisseurs disqualifiés à l'issue de la procédure de préqualification ne peuvent être autorisés à participer à une procédure de recours portant sur des étapes ultérieures de la passation du marché (par exemple, examen et évaluation des soumissions).

ou le recours, ainsi que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés, de la présentation de cette réclamation ou de ce recours et de son contenu.

2) Ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité publique ont le droit de participer à la procédure de recours. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité publique qui n'y participe pas ne peut formuler par la suite de réclamation ou de recours du même type²⁷.

3) Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation ou le recours, de se faire représenter et accompagner, de demander que la procédure soit publique²⁸ et de produire des preuves, y compris des témoins²⁹.

4) En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit à l'instance de recours, en temps voulu, tous les documents relatifs à la réclamation, y compris le procès-verbal de la procédure de passation de marché³⁰.

5) Une copie de la décision de l'instance de recours est communiquée, dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, dès que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont mises à la disposition du public.

6) Aucune information visée aux paragraphes 3 à 5 du présent article n'est divulguée et aucune procédure n'est publique si ces mesures vont à l'encontre de la protection d'intérêts essentiels de l'État³¹, sont contraires aux lois, en compromettent l'application, portent préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuisent à la concurrence loyale.

7) La décision prise par l'instance de recours et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché³².

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché, de l'accord-cadre ou du marché³³

1) Dès la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article [62 ou 63] de la présente Loi ou d'un recours en application de l'article [63]

²⁷ Disposition modifiée conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

²⁸ Texte conservé sans crochets conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690. Le Guide notera que ces dispositions doivent être lues conjointement avec celles du paragraphe 6) autorisant l'instance de recours à rejeter une demande aux fins de la tenue d'une procédure publique pour des raisons de confidentialité.

²⁹ Disposition modifiée conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

³⁰ Le Guide soulignera la nécessité de lignes directrices ou d'orientations pratiques concernant les délais.

³¹ Disposition alignée sur la partie pertinente des articles 22-1 et 23-4.

³² Le Guide soulignera la nécessité de lignes directrices ou d'orientations pratiques concernant les délais. Il expliquera l'importance de cette disposition pour ce qui est d'assurer la transparence et de veiller à ce que le procès-verbal de la passation soit complet.

³³ Cet article a été remanié conformément à ce que le Secrétariat a compris des décisions prises par le Groupe de travail au paragraphe 79 du document A/CN.9/690. Le Guide précisera que cet article ne prétend pas traiter de la question de la suspension ordonnée par un tribunal.

de la présente Loi, l'instance de recours suspend³⁴ la procédure de passation du marché, l'accord-cadre ou le marché pendant une période qu'elle détermine, sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article.

[supprimé]³⁵

2) L'instance de recours ne suspend pas la procédure de passation si elle décide que la réclamation ou le recours sont manifestement dénués de fondement³⁶.

3) L'instance de recours peut lever la suspension appliquée conformément au paragraphe 1 du présent article si elle décide que celle-ci entraînera ou a entraîné un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs, ou que des considérations urgentes d'intérêt général exigent que la passation de marché, le marché ou l'accord-cadre se poursuivent. La décision de l'instance de recours est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire³⁷.

4) Lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas l'instance de recours, elle peut demander par écrit à cette dernière de lever la suspension pour les motifs énoncés au paragraphe 3 du présent article³⁸.

5) L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours ou engage l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article [62 ou 63], selon le cas, et la période ultérieure suffisamment longue pour qu'un fournisseur ou entrepreneur puisse faire appel d'une décision de l'instance de recours³⁹.

6) a) La suspension et la durée de celle-ci ou la décision de l'instance de recours de ne pas suspendre la procédure de passation de marché, le marché ou l'accord-cadre, selon le cas, sont incluses dans l'avis de présentation de la réclamation ou du recours émis conformément à l'article [64-1] de la présente Loi et

³⁴ Le Guide expliquera les mesures à prendre pour que la suspension ait lieu en fonction de l'organe qui examine la réclamation. En particulier, il établira une distinction entre les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre si elle est l'instance de recours et celles qu'elle doit prendre (et peut prendre en outre) si elle est avisée de la suspension par l'instance de recours. Dans ce contexte, il sera fait référence à l'article 64-1.

³⁵ Les dispositions concernant la déclaration à soumettre par les fournisseurs ou entrepreneurs (A/CN.9/690, par. 79 b); voir aussi l'article 56-1 de la Loi type de 1994) ont été supprimées. De l'avis du Secrétariat, la réclamation ou le recours comportent leurs propres chances de succès et une déclaration n'est plus nécessaire, étant donné que la suspension est automatique.

³⁶ Disposition remaniée conformément au paragraphe 79 a) du document A/CN.9/690.

³⁷ Le Groupe de travail voudra peut-être noter un écart considérable par rapport à la solution retenue à l'article 56-4) de la Loi type de 1994, selon lequel, dans ce contexte, une certification de l'entité adjudicatrice est le seul motif suffisant pour ne pas appliquer la suspension. Il voudra peut-être aussi se rappeler la teneur du paragraphe 79 c) du document A/CN.9/690 et examiner s'il convient de conserver la dernière phrase, étant donné que "l'instance de recours" dont il est question dans cette disposition peut désigner tout aussi bien l'entité adjudicatrice, l'autorité de tutelle ou l'instance de recours, selon le cas.

³⁸ Le Guide expliquera que l'autorité de tutelle ou l'instance de recours peuvent prier l'entité adjudicatrice de fournir à l'instance de recours des pièces à l'appui de sa requête.

³⁹ Disposition modifiée conformément aux paragraphes 80 et 81 du document A/CN.9/690.

communiquées sans délai par l'instance de recours au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a présenté la réclamation ou le recours;

b) La décision concernant une prolongation de la suspension, indiquant la durée de cette prolongation, ou la décision de lever la suspension et toutes les autres décisions prises par l'instance de recours en application du présent article ainsi que leurs motifs sont communiqués sans délai à tous les participants à la procédure de recours.

7) La suspension, la durée de la suspension et toute décision prise par l'instance de recours conformément au présent article ainsi que leurs raisons et circonstances sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché⁴⁰.

⁴⁰ Texte conservé sans crochets conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

Article 66. Recours judiciaire^{*, 41}

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article [61]^{42, 43}.

* Les États qui ne prévoient de recours judiciaire que pour les décisions de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle sont priés de mettre en place un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Ce système de recours judiciaire efficace garantira en particulier: i) que les délais de présentation des réclamations ou des demandes de recours judiciaire contre les décisions de l'entité adjudicatrice, l'autorité de tutelle ou l'instance administrative, selon le cas, sont adaptés au contexte de la passation de marché et qu'en particulier les dispositions de la présente Loi concernant le délai d'attente sont prises en compte; ii) que le ou les tribunaux compétents pour connaître des actions intentées en application de l'article [61] peuvent prendre toutes les mesures envisagées à l'article [63-3] de la présente Loi, combinées ou non, et ordonner les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires pour garantir un recours effectif, y compris la suspension de la procédure de passation de marché ou de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas; et iii) que les garanties minimales concernant la participation à la procédure de recours, la présentation de preuves et la présentation des informations confidentielles dans le contexte de la passation de marché, envisagées à l'article [64] de la présente Loi, sont en place.

⁴¹ Une note de bas de page a été ajoutée à cet article conformément aux paragraphes 90 à 92 du document A/CN.9/690. Le Secrétariat croit comprendre que cette note demeurera dans le texte de la Loi type.

⁴² Cet article a été modifié conformément aux modifications apportées à l'article 61. En particulier, le passage fondé sur le texte de la Loi type de 1994, qui se lisait "et des recours judiciaires intentés contre les décisions rendues par les instances de recours – ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit en vertu de l'article [62 ou 63]", a été supprimé car il était devenu superflu, compte tenu des dispositions similaires ajoutées à l'article 61.

⁴³ Le Guide soulignera, en particulier en ce qui concerne la note de bas de page accompagnant cet article, que la Loi type n'entend pas s'immiscer dans les prérogatives des tribunaux, qui sont régies ou censées l'être par un ensemble de lois distinctes dans les États adoptants. Il soulignera en outre que la Loi type ne vise jamais à restreindre les pouvoirs plus étendus dont les tribunaux jouissent très probablement en vertu de la législation des États adoptants. À cet égard, il sera fait expressément référence au pouvoir d'accorder réparation pour les préjudices éventuels ou d'ordonner des mesures provisoires (A/CN.9/690, par. 90). Dans ce contexte, le Guide renverra aux dispositions de l'article 63-3 h) concernant les questions du dédommagement des dépenses engagées par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours, le cas échéant. Il soulignera que même si ces dispositions excluent la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel pendant le recours administratif, une action en ce sens peut être engagée au tribunal, notamment dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé, si le système juridique de l'État adoptant le permet (A/CN.9/690, par. 71 j)). Le Guide renverra également aux dispositions de l'article 65 sur la suspension et rappellera que cet article ne vise pas la suspension ordonnée par un tribunal.