



Assemblée générale

Distr. limitée
21 janvier 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingtième session
New York, 14-18 mars 2011

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre VIII (Contestations et appels) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

...

CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS

Article [63]. Droit de contestation et d'appel

1. L'article [63] énonce le droit fondamental de contester un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché en cause, ainsi que le droit de faire appel, si nécessaire, d'une décision rendue au premier degré dans une procédure de contestation.
2. Le paragraphe 1 reconnaît le droit de contestation aux seuls fournisseurs et entrepreneurs (y compris aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels, notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés) mais non au public en général. Les sous-traitants sont également exclus du champ d'application du droit de contestation prévu dans la Loi type. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou les actes que l'entité adjudicatrice a pris dans une procédure de passation donnée et à éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé par des contestations fondées sur des questions de principe ou des questions théoriques. En outre, l'article [63] ne traite pas de la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur à introduire un recours ni de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice qu'il doit invoquer pour pouvoir introduire ce recours. Ces questions et d'autres, comme celle de savoir si des autorités publiques auraient le droit de former une contestation, doivent être résolues conformément aux règles juridiques applicables de l'État adoptant.
3. Le paragraphe 1 mentionne les demandes introduites en vertu des articles [65 et 66] auprès de l'entité adjudicatrice et de l'instance indépendante, respectivement, et celles présentées aux tribunaux judiciaires. Une contestation qui prend la forme d'un recours judiciaire peut être formée conformément aux procédures ou règles de compétence judiciaires applicables, ou en vertu de l'article [69] de la Loi type.
4. Le paragraphe 2 se limite aux appels de décisions rendues dans une procédure visée aux articles [65 et 66]. Les appels devant les tribunaux et dans une procédure judiciaire sont régis par les procédures et règles de compétence judiciaires applicables. Ce paragraphe n'évoque pas la question et les États adoptants voudront peut-être mentionner précisément les règles applicables lorsqu'ils transposent cette disposition dans leur législation interne.

Article [64]. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande en révision ou d'un appel

1. L'article a pour objet d'interdire la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel est pendant. Il est donc impossible d'annuler la contestation ou l'appel en question en présentant l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comme un fait accompli.
2. L'entité adjudicatrice ne peut conclure de marché (ni d'accord-cadre) lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen dans les délais prescrits ou lorsqu'une demande en révision ou un appel lui est notifié par une instance indépendante ou un tribunal. Le paragraphe 2 prévoit le maintien de l'interdiction pendant une brève période après qu'une décision sur la contestation ou l'appel a été prise et communiquée aux participants, pour permettre à toute partie non satisfaite d'interjeter appel devant une instance de degré supérieur. Les États adoptants voudront faire en sorte que cette période soit aussi brève que le permet leur système pour éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé.
3. L'interdiction n'est pas absolue: des considérations urgentes d'intérêt général peuvent amener à conclure qu'il serait préférable d'autoriser la poursuite de la procédure de passation et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, bien qu'une contestation ou un appel soient pendants. Une instance indépendante pourra par conséquent ordonner la poursuite de la procédure et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Le paragraphe 3 b) donne la possibilité aux États adoptants d'autoriser une instance indépendante à trancher la question sans que l'entité adjudicatrice n'en ait fait la demande. Cette option peut convenir dans les systèmes qui fonctionnent selon le modèle inquisitoire, mais conviendra peut-être moins dans d'autres États. En élaborant les règles de procédure et de fonctionnement de l'instance indépendante, les États voudront aussi veiller à établir des règles et procédures claires sur les preuves qu'une entité adjudicatrice devrait produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général et sur la manière dont les demandes visant à obtenir l'autorisation de poursuivre la procédure doivent être introduites (y compris la question de savoir si ce type de demande doit être introduite par l'entité adjudicatrice *ex parte* ou *inter partes*).
4. Il faut trouver un équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges en matière de passation et de disposer d'un mécanisme de contestation et d'appel efficace, et celle de prendre en compte les considérations urgentes d'intérêt général. Cet équilibre est surtout important dans les États adoptants dont le système judiciaire ne permet pas d'ordonner des mesures provisoires ni de conduire des procédures simplifiées. Le paragraphe 3 b) vise à assurer que toute décision tendant à autoriser la conclusion du marché ou de l'accord-cadre dans de telles circonstances puisse être elle-même contestée (en application des droits généraux conférés à l'article [63]). De son côté, l'entité adjudicatrice devrait aussi pouvoir demander au tribunal compétent de l'autoriser à conclure le marché ou l'accord-cadre en raison de considérations urgentes d'intérêt général lorsque l'instance indépendante a décidé de ne pas lever l'interdiction de conclure un tel marché ou accord-cadre.
5. À cet égard, le paragraphe 3 b) pose une exigence importante, en prévoyant que la décision de l'instance indépendante est promptement notifiée à tous les participants concernés, y compris l'entité adjudicatrice. Il exige la communication

de la décision et des motifs sur lesquels elle se fonde, ce qui est essentiel pour permettre toute action ultérieure (telle qu'un appel de la décision en question). De par la nature de la demande visée au paragraphe 3, il peut s'avérer nécessaire de protéger des informations confidentielles, dont la divulgation au public sera limitée par l'article [68], ce qui n'exempte toutefois pas l'instance indépendante de l'obligation de communiquer sa décision, dûment motivée, à tous les intéressés (tels qu'énumérés dans la disposition). Toute information confidentielle devra être exclue dans la mesure et de la manière prévues par la loi.

Article [65]. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice

1. L'article [65] prévoit qu'un fournisseur ou entrepreneur souhaitant contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice peut, en premier lieu, lui demander de réexaminer la décision ou l'acte en question. Cette demande est optionnelle, car son efficacité variera tant en fonction de la nature de la contestation que de la volonté de l'entité adjudicatrice de revoir les mesures qu'elle a prises dans le processus de passation. La procédure visée dans cet article doit être distinguée de la procédure de retour d'information [renvoi aux commentaires du Guide relatifs au retour d'information]. Les États adoptants estimeront peut-être qu'il est souhaitable de favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l'utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article, ce qui pourrait en outre renforcer l'efficacité et améliorer la relation à long terme entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, des décisions ou des procédures non conformes. Une telle approche peut éviter d'encombrer inutilement d'autres instances avec des demandes et des appels concernant des litiges que les parties auraient pu résoudre plus tôt par une procédure moins perturbatrice et moins coûteuse.

3. La demande de réexamen n'en est pas moins une procédure formelle, si bien qu'il importe d'en définir clairement la portée et les questions qui en découlent dès le début (ceci pour permettre un examen efficace et éviter que d'autres questions ne soient soulevées pendant la procédure). La demande doit par conséquent être écrite. La Loi type n'énonce pas de règles concernant les preuves à produire: le demandeur souhaitera présenter ses meilleurs arguments pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie, mais la manière de procéder variera d'un cas à l'autre. Comme il est noté plus haut, des règlements et règles de procédure devraient traiter de la collecte de preuves si nécessaire. Une approche générale qui consisterait à permettre la production des preuves après la présentation d'une demande ira peut-être à l'encontre du but recherché, qui est d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle agisse rapidement à compter de sa saisine (comme le prévoit le paragraphe 3). C'est pourquoi ces règles et règlements devraient encourager les demandeurs à produire rapidement toutes les preuves disponibles.

4. Les deux délais prévus au paragraphe 2 visent, de manière générale, à assurer que les demandes soient déposées promptement pour ne pas retarder et perturber inutilement la procédure de passation et éviter d'avoir à annuler des actes ou des décisions à une étape ultérieure. Cet article porte essentiellement sur deux types de contestations: premièrement, celles concernant les conditions de sollicitation, ainsi que la préqualification ou la présélection, qui doivent être formées avant la date limite de présentation des soumissions pour les raisons mentionnées ci-dessus. Dans

ce contexte, l'expression "conditions de sollicitation" englobe toutes les questions soulevées par la procédure de passation avant la date limite de présentation des soumissions (y compris celles soulevées par la préqualification ou la présélection, qui sont mentionnées séparément dans l'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. Les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif visé à l'article [15]. La formule "avant la date limite de présentation des soumissions" se veut très générale pour permettre aux États adoptants de définir dans les règlements applicables un délai de saisine précis et court avant cette date limite (il sera peut-être nécessaire de prévoir différents délais pour différentes méthodes de passation: pour des enchères électroniques inversées, il devrait normalement être plus court que pour des méthodes impliquant un dialogue ou des négociations). Cette approche vise à empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) ne soient présentées juste avant la date limite de présentation des soumissions.

5. Le deuxième type de contestations sera probablement lié d'une manière ou d'une autre à l'attribution ou à la proposition d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre). Le principal objectif ici est que la contestation soit traitée avant que l'exécution du marché (ou le fonctionnement de l'accord-cadre) ne vienne compliquer davantage les choses. En général, les contestations découlent de l'examen et de l'évaluation des soumissions, d'une étape du processus de passation qui peut aussi comprendre l'évaluation des qualifications des fournisseurs (mais non une préqualification). Elles doivent être présentées avant la fin du délai d'attente, s'il s'applique, ou avant l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre), selon le cas. Dans le texte, il est fait référence à l'entrée en vigueur du marché, plutôt qu'à l'expédition de l'avis d'acceptation, pour tenir compte des situations dans lesquelles la signature d'un marché écrit ou l'approbation d'une autre autorité sont exigés pour qu'un marché entre en vigueur (possibilités envisagées à l'article [21] et dans les articles de la Loi type qui décrivent la teneur du dossier de sollicitation).

6. Les dispositions ne mentionnent pas la compétence de l'entité adjudicatrice pour examiner un recours contre la décision d'abandonner la passation. Si une telle décision ne diffère pas, en principe, des autres décisions prises dans le processus de passation, la Commission a estimé qu'elle soulevait des questions telles qu'il était préférable d'en confier l'examen aux tribunaux.

7. Le texte prévoit qu'une demande de réexamen ne peut être présentée à l'entité adjudicatrice qu'avant l'entrée en vigueur du marché: en effet, après l'entrée en

vigueur, les mesures correctives que celle-ci pourra utilement exiger sont limitées. Ce dernier cas relèverait plutôt d'un recours quasi judiciaire ou judiciaire¹.

8. Si une demande est présentée hors délai, l'entité adjudicatrice n'est pas compétente et devrait la rejeter conformément au paragraphe 3 a) de l'article. Lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et que l'approbation d'une autre autorité est exigée pour qu'un marché entre en vigueur, une contestation introduite après ce délai, mais avant l'approbation, est tardive.

9. L'interaction entre les articles [65 et 64] signifie qu'une fois la demande de réexamen présentée, aucun marché ne pourra être attribué (ni aucun accord-cadre conclu), à moins que l'entité adjudicatrice ne demande une exception en raison de considérations urgentes d'intérêt général et que sa demande ne soit acceptée par l'instance indépendante conformément à l'article [64-3] ou par les tribunaux.

10. Le paragraphe 3 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne plusieurs mesures. Premièrement, dès qu'elle est saisie d'une demande, elle doit publier un avis la concernant. Le texte ne fixe aucun délai pour cette publication. Le temps nécessaire dépendra de la manière dont l'avis sera publié et de la disponibilité du support qui sera utilisé à cette fin. Dans l'environnement électronique, par exemple, le lieu de publication le plus approprié sera le site Web où a été publié l'avis initial concernant la passation. Le but est que tous les participants au processus de passation (dont l'entité adjudicatrice peut connaître ou non les coordonnées) soient informés de la présentation de la demande.

11. L'entité adjudicatrice non seulement doit publier un avis concernant la demande, mais est également tenue, dans les trois jours ouvrables à compter de sa saisine, de notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation qui lui sont connus (c'est-à-dire dont les coordonnées lui ont été communiquées). En notifiant l'essentiel du contenu de la demande, l'entité adjudicatrice évite d'avoir à divulguer des informations qui peuvent être confidentielles et à examiner l'intégralité de la demande pour en supprimer les informations confidentielles.

12. Les dispositions relatives à la publication et à la notification visent à informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une demande a été présentée à propos de la procédure de passation à laquelle ils ont participé ou participent, et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu de l'article [67], notamment en demandant la levée d'une suspension qui a été appliquée, ou prendre d'autres

¹ Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il conviendrait d'examiner des questions supplémentaires. Le texte restreint la compétence de l'entité adjudicatrice aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du marché, pour ne pas lui conférer des pouvoirs excessifs mais aussi pour tenir compte de l'approche de la Loi type, qui ne s'occupe pas de l'administration des marchés, si bien que les pouvoirs de l'entité cessent naturellement lorsque le marché entre en vigueur. Une autre approche pourrait être décrite dans le Guide, prévoyant par exemple que, en l'absence d'instance indépendante, les États adoptants voudront peut-être prolonger les délais en se fondant sur les dispositions équivalentes de l'article [66] (faute de quoi seuls pourraient être saisis les tribunaux). Ce point peut être jugé important, car l'entité adjudicatrice possède les connaissances les plus détaillées et sera peut-être la mieux placée pour décider en cas de contestation. D'un autre côté, le délai d'attente et d'autres moyens assurent l'intégrité du processus.

mesures qui peuvent être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours est envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les contestations soient formulées et que les informations soient portées à son attention dès que possible.

13. Dans le même délai (soit trois jours ouvrables à compter de sa saisine), l'entité adjudicatrice doit prendre d'autres mesures, à savoir procéder à l'examen initial de la demande et en notifier les résultats au demandeur et aux autres personnes concernées. Elle doit d'abord décider si elle examinera la demande plus en détail. Le paragraphe 3 a) mentionne les types de situation où elle peut décider de ne pas le faire. Elle se posera notamment la question de savoir si la demande a été présentée dans les délais fixés; si le demandeur a ou non qualité pour agir (comme il est noté au paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article [63] ci-avant, les sous-traitants et les membres du public, contrairement aux fournisseurs potentiels, n'ont pas qualité pour agir); si la demande repose sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la loi et des règlements applicables; ou si elle est infondée ou abusive. Ces questions peuvent être particulièrement importantes dans les systèmes où les mécanismes de recours sont récents et où les fournisseurs ne connaissent peut-être pas encore bien l'étendue de leurs droits de recours. Il est important que l'entité puisse rejeter rapidement une demande, afin de perturber le moins possible le processus de passation et de réduire au maximum les coûts pour toutes les personnes concernées.

14. La décision de rejet peut être contestée en vertu de l'article [63] car, comme il est noté au paragraphe 3 a) de l'article [65], ce rejet vaut décision concernant la demande. Elle permet également de mettre fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai indiqué à l'article [64], à moins qu'une nouvelle contestation ne soit introduite ou qu'il ne soit fait appel du rejet. Pour permettre l'introduction en temps voulu d'une nouvelle contestation ou d'un appel, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice notifie au demandeur sa décision de rejet et les raisons de cette dernière dans les trois jours à compter de sa saisine.

15. Si l'entité adjudicatrice décide d'examiner plus avant la demande, elle doit déterminer s'il faut suspendre la procédure de passation de marché et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Cette suspension vise à préserver les intérêts du demandeur dans l'attente de l'issue de la procédure. L'approche suivie en ce qui concerne la suspension, qui consiste à autoriser l'entité adjudicatrice à trancher en la matière, vise à trouver un équilibre entre le droit du fournisseur ou de l'entrepreneur de voir sa demande examinée et la nécessité pour l'entité de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que le processus de passation du marché ne soit indûment perturbé et retardé.

16. En définissant les pouvoirs conférés à l'entité adjudicatrice en matière de suspension, la Commission a tenu compte du fait qu'une suspension automatique serait une solution peu pratique et rigide et qu'elle risquait de permettre aux fournisseurs de présenter des demandes abusives qui retarderaient inutilement la procédure de passation de marché et pourraient nuire gravement à cette dernière. Cette possibilité permettrait aux fournisseurs de faire pression sur l'entité adjudicatrice pour qu'elle prenne des mesures qui pourraient, quoique involontairement, favoriser indûment le fournisseur concerné. La suspension

automatique pourrait avoir un autre inconvénient, à savoir entraîner une hausse des contestations en général, ce qui perturberait et retarderait le processus de passation.

17. En l'absence de suspension, en revanche, un demandeur n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures provisoires. La possibilité d'une suspension augmente les chances de traitement des demandes à un niveau inférieur, sans intervention judiciaire, ce qui favorise un règlement des litiges plus économique et plus efficace.

18. Pour cette raison, l'entité adjudicatrice est libre de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Elle prend cette décision en tenant compte tant de la nature de la contestation que du moment où elle est présentée ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Par exemple, une demande de réexamen de certaines conditions de la sollicitation présentée au début de la procédure ne sera peut-être pas de nature à exiger une suspension, même si elle nécessite en fin de compte des mesures correctives mineures; une demande portant sur d'autres conditions exigera peut-être une suspension, lorsqu'il est possible que les mesures correctives entraînent l'annulation de certaines décisions prises et une perte d'argent; à l'autre extrémité, une demande portant sur ces mêmes conditions introduite quelques jours avant la date limite de présentation des soumissions exigerait des mesures très différentes et une suspension serait probablement indiquée. Il incombera au fournisseur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu.

19. Bien que l'article [64] interdise l'entrée en vigueur d'un marché jusqu'à ce qu'une décision relative à la demande ait été prise, il peut aussi être nécessaire de suspendre la procédure de passation, notamment dans les situations visées au paragraphe précédent. En d'autres termes, la suspension de la procédure de passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction énoncée à l'article [64]: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure.

20. Une autre approche possible, en particulier si l'entité adjudicatrice manque d'expérience dans le domaine des procédures de contestation, si les décisions dans la procédure de passation concernée ont été prises par une autre instance, ou si l'on souhaite favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant vivement les demandeurs à saisir l'entité adjudicatrice en premier lieu, consisterait à réglementer l'exercice par cette dernière de son pouvoir de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Les États adoptants qui souhaitent retenir une telle approche voudront peut-être reformuler les dispositions du paragraphe 3 en s'inspirant des paragraphes 3 à 7 de l'article [66].

21. L'objectif général étant de favoriser le règlement efficace des litiges, les dispositions sur la suspension ont également pour objet d'obliger l'entité adjudicatrice à se prononcer rapidement sur l'application ou non d'une suspension. C'est pourquoi elle dispose d'un bref délai, de trois jours ouvrables, pour décider si la procédure de passation doit être suspendue, et pendant combien de temps, et pour notifier sa décision au demandeur et à tous les participants au processus de passation. En cas de suspension, elle n'a pas besoin de motiver sa décision, car ce n'est pas le genre de décisions qu'un demandeur voudra contester. Les mesures de transparence constituent le principal rempart contre une décision de non-suspension

abusive: premièrement, le paragraphe 3 c) ii) exige, en cas de non-suspension de la procédure, que l'entité adjudicatrice indique au demandeur les raisons de sa décision, et deuxièmement, elle doit verser au procès-verbal toutes les décisions prises en relation avec la suspension et les raisons qui les motivent. Ces mesures de protection visent à assurer que la décision de l'entité adjudicatrice puisse elle-même être contestée et examinée (par exemple par l'instance indépendante prévue à l'article [66], ou par les tribunaux).

22. Lorsqu'une entité adjudicatrice n'accorde pas de suspension, le demandeur peut estimer que cette décision laisse augurer de l'issue de son action et que, par conséquent, il vaudrait mieux retirer sa demande auprès de l'entité et engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal (plutôt que de faire appel de la décision de non-suspension auprès de cette instance), comme l'y autorise le paragraphe 4. Une entité adjudicatrice peut estimer que cette possibilité décourage l'examen des demandes avec le sérieux requis par le système. Toutefois, l'introduction d'une demande devant une autre instance ou l'intervention d'un autre organisme de contrôle, qui s'ensuivra probablement, devrait montrer qu'une telle approche est peu judicieuse. Le paragraphe 4 prévoit par ailleurs que, si l'entité adjudicatrice ne respecte pas le délai de notification de trois jours, le demandeur peut engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal, mesure qui vise aussi à décourager toute manœuvre dilatoire de la part de l'entité. Une fois une telle procédure engagée, cette dernière n'est plus compétente pour connaître de la demande.

23. Les paragraphes 5 à 7 régissent les mesures que l'entité adjudicatrice prend en ce qui concerne la demande qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Le paragraphe 5 lui confère une marge d'appréciation importante pour se prononcer sur la demande. Elle peut prendre les mesures correctives suivantes: rectifier la procédure de passation pour la rendre conforme à la législation relative à la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre règle applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission donnée et qu'il ressort qu'une autre soumission aurait dû être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur initialement choisi, et accepter l'autre soumission; ou abandonner la procédure de passation et engager une nouvelle procédure.

24. L'entité adjudicatrice doit rendre sa décision et la communiquer au demandeur et à tous les participants à la procédure de contestation et à la procédure de passation de marché suivant les modalités exigées par le paragraphe 6. L'État adoptant est invité à indiquer le nombre approprié de jours ouvrables dans lesquels la décision doit être rendue. Ce délai devrait concilier la nécessité d'un examen approfondi des questions soulevées et celle d'un règlement rapide de la demande de réexamen, pour permettre la poursuite de la procédure de passation.

25. S'il n'est pas possible de trancher rapidement, un recours quasi judiciaire ou judiciaire sera peut-être préférable. C'est pourquoi, si la décision n'est pas communiquée en temps voulu, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision, le paragraphe 7 l'autorise à engager une procédure en révision ou un appel en vertu de l'article [66] ou une procédure devant le tribunal, selon qu'il convient.

26. Le paragraphe 8 prévoit des mécanismes de transparence supplémentaires. Toutes les décisions de l'entité adjudicatrice doivent être écrites, indiquer la ou les

mesures prises et préciser les raisons qui les motivent, à la fois pour améliorer la compréhension et, partant, contribuer à prévenir de nouveaux litiges, et pour faciliter toute autre contestation ou tout appel ultérieur. Bien que, dans certains systèmes, le silence de l'entité adjudicatrice puisse être interprété comme un rejet de la demande, les dispositions exigent une décision écrite à titre de bonne pratique. La demande et toutes les décisions doivent également être versées au procès-verbal. Il découle de cette disposition que ces documents (sous réserve des restrictions en matière de confidentialité prévues à l'article [24]) seront mis à la disposition du public conformément aux dispositions de l'article [24].

27. Si l'État adoptant prévoit que certains actes de l'entité adjudicatrice doivent être soumis à la décision d'une autorité de tutelle [renvoyer au commentaire approprié], il devra veiller à inclure dans cet article une disposition appropriée pour permettre à l'autorité concernée de recevoir une demande de réexamen et toutes les informations relatives à la procédure de contestation en question.

Article [66]. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante

1. L'article 66 régit les procédures de révision et d'appel devant une instance indépendante. La Loi type entend faire en sorte que l'État adoptant confère l'ensemble des pouvoirs énoncés dans cet article tout en admettant des dérogations, qui sont décrites dans les notes de bas de page. Ces pouvoirs doivent former un tout pour garantir l'efficacité du système.

2. Une note de bas de page accompagnant l'article 66 indique que les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif ou quasi judiciaire contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (article [69]) en sus du système d'examen par les pairs établi à l'article [65], à condition que les États adoptants prévoient un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit conformément aux exigences de la Convention contre la corruption. Les États où les tribunaux judiciaires assurent déjà efficacement la fonction d'instance indépendante de recours n'auront probablement guère avantage à introduire une voie supplémentaire de recours; le système d'examen par les pairs au sein de l'entité adjudicatrice peut néanmoins être utile pour faciliter le règlement rapide des litiges.

3. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un recours administratif ou quasi judiciaire et un recours judiciaire, soit la procédure judiciaire peut être engagée alors que la procédure quasi judiciaire est toujours en cours ou inversement, soit elle ne peut l'être qu'après épuisement des autres voies de recours. Il se peut que certains des États concernés aient déjà établi des règles sur ces questions qui guideront les parties à une procédure de recours. Dans le cas contraire, les États souhaiteront peut-être établir ces règles par voie législative ou réglementaire. La Loi type, qui ne régit pas les procédures judiciaires, n'aborde pas la question. À cet égard, elle ne vise pas à encourager l'introduction de demandes multiples. Ses dispositions ont pour objet de permettre aux États adoptants de régler la question en suivant leur tradition juridique.

4. L'État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de recours administratif ou quasi judiciaire devra déterminer à quelle instance il conviendrait de confier cette fonction: à savoir soit une instance existante soit une nouvelle

instance qu'il créera. Il peut s'agir, par exemple, d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics, un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés (par exemple, l'organe qui exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration (le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers)), ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés.

5. Il importe que l'instance de recours soit, comme son nom l'indique, indépendante de l'entité adjudicatrice et protégée de toute pression politique. En ce sens, un organe administratif qui, dans la Loi type incorporée par l'État, a compétence pour approuver certains actes, décisions ou procédures de l'entité adjudicatrice, ou pour donner à cette dernière un avis sur les procédures, ne sera pas indépendant. Les États souhaiteront en outre examiner, en particulier, si l'instance devrait comprendre ou être constituée d'experts externes indépendants des pouvoirs publics. L'indépendance est également importante pour des raisons pratiques: si la décision de l'instance de recours n'est pas prise en toute indépendance, elle risque d'être contestée devant les tribunaux judiciaires, ce qui perturbera le processus de passation pour un long moment.

6. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à conférer une large compétence à l'instance indépendante. Le fournisseur peut saisir initialement cette instance d'une demande en révision. En outre, s'il n'est pas satisfait d'une décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article [65], il a la possibilité de faire appel de cette décision ou d'engager une nouvelle procédure devant l'instance indépendante; il peut prendre l'une ou l'autre mesure dans les cas où l'entité adjudicatrice ne rend pas sa décision comme l'exige l'article [65-3, 6 ou 8]. Ce paragraphe est donc une des dispositions clefs visant à donner effet à la Convention contre la corruption, qui exige un système de recours efficace, comprenant un mécanisme d'appel.

7. Le paragraphe 2 fixe les délais pour la formation des demandes en révision et des appels. Son alinéa a) traite des recours relatifs aux conditions de la sollicitation et à d'autres questions se posant avant la présentation des soumissions et prévoit le même délai que celui qui s'applique à la procédure de recours devant l'entité adjudicatrice et sur lequel le paragraphe [4] du commentaire accompagnant l'article [65] ci-dessus donne des précisions.

8. Le paragraphe 2 b) i) prévoit que les demandes en révision des autres décisions ou actes pris dans la procédure de passation sont présentées avant la fin du délai d'attente prescrit à l'article [21-2], si un tel délai a été appliqué. Le paragraphe 2 b) ii) dispose que, à défaut de délai d'attente (soit que l'autorité adjudicatrice soit autorisée par l'article [21-3] à ne pas l'appliquer soit qu'elle n'ait pas respecté l'obligation de l'appliquer), les demandes doivent être présentées dans un nombre déterminé de jours ouvrables à compter du moment où le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance des circonstances qui motivent sa demande. Pour éviter que ne se prolonge indéfiniment la période pendant laquelle des demandes en révision pourront être formées dans ces cas, les dispositions fixent également un délai maximum absolu – à savoir un nombre déterminé de jours après l'entrée en vigueur du marché. Il est nécessaire de fixer un tel délai définitif pour établir un équilibre entre le droit des fournisseurs de faire respecter l'intégrité du processus et la nécessité pour le marché de continuer à être exécuté sans interruption. Il est

également reconnu que la plupart des États fixent un délai de prescription en matière civile. Le délai maximum absolu peut être exprimé en semaines ou en mois, plutôt qu'en jours ouvrables, si cette solution convient mieux. Les États adoptants sont invités à déterminer ces deux délais en tenant compte de leurs propres besoins.

9. En ce qui concerne le premier délai visé au paragraphe 2 b) ii), le texte de la Loi type de 1994 prévoit 20 jours et l'[AMP révisé] un minimum de 10 jours. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de ces dispositions lorsqu'ils détermineront le délai qui conviendrait pour leur législation interne. Pour ce qui est du second délai visé dans ce paragraphe 2 b) ii), l'avis d'attribution du marché devant être publié conformément à l'article [22] attirera probablement l'attention du demandeur sur les circonstances en question dans de nombreux cas, mais pas nécessairement dans tous. Par exemple, les raisons qui motivent la non-application d'un délai d'attente peuvent aussi justifier qu'il soit fait exception à l'obligation de publier l'avis d'attribution, notamment lorsque la confidentialité est invoquée pour protéger des intérêts nationaux essentiels de l'État. Il a donc été décidé de ne pas prendre la publication de l'avis d'attribution du marché comme point de départ pour le calcul du délai maximum car l'avis ne sera pas toujours publié, mais de se référer plutôt à l'entrée en vigueur du marché.

10. Comme à l'article [65], les dispositions ne parlent pas de la compétence de l'instance indépendante pour examiner les recours contre les décisions d'abandon de la passation. En effet, la Commission a décidé, comme l'indique le paragraphe [6] du commentaire relatif à l'article [65], que ces recours relevaient de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires.

11. Le paragraphe 2 c) autorise un fournisseur à demander à l'instance indépendante d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article [21-2] au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Les États adoptants devront définir le délai absolu de présentation de ces demandes tardives, lequel devrait être aligné sur le délai définitif devant être établi au paragraphe 2 b) ii). Il revient à l'instance indépendante de décider si des considérations importantes d'intérêt général se posent effectivement et justifient l'examen de ces demandes. S'agissant du type de questions qui devraient autoriser un tel examen après la fin du délai d'attente, les États adoptants noteront peut-être que la plus fréquente est la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption. L'État adoptant voudra établir des règles ou des directives sur ces points. L'élément discrétionnaire de cette disposition n'interdit pas complètement à l'instance indépendante d'examiner ce type de demande. Ces demandes peuvent également être soumises directement aux tribunaux judiciaires sous réserve de respecter le délai de prescription normal dans l'État concerné. Cette disposition est importante en particulier lorsque les garanties normales de transparence prévues dans la Loi type ne s'appliquent pas.

12. Le paragraphe 2 d) fixe le délai pour soumettre les appels contre une décision rendue par l'entité adjudicatrice ou les demandes en révision motivées par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article [65]. Lorsqu'ils fixeront ce délai, les États adoptants devront là encore déterminer le nombre de jours ouvrables applicable à compter du moment où le fournisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances motivant son appel ou sa demande en révision. Les États souhaiteront faire en sorte de bien aligner tous les délais

qu'ils devront déterminer, tant dans le chapitre VIII qu'en ce qui concerne le délai d'attente prévu à l'article [21-2].

13. Les paragraphes 3 et 4 concernent les questions de suspension. Les principales considérations de principe soulevées par les suspensions sont examinées aux [paragraphes [15 à 21] du commentaire se rapportant à l'article [65]] et valent également ici.

14. Le paragraphe 3 délimite le pouvoir discrétionnaire général qui devra être accordé à l'instance indépendante pour ordonner la suspension de la procédure de passation. Ce pouvoir est soumis à l'obligation de suspendre la procédure de passation dans les cas énumérés au paragraphe 4. Dans tous les autres cas qui ne sont pas visés au paragraphe 4, l'instance indépendante peut ordonner la suspension aussi longtemps qu'elle le juge nécessaire pour protéger les intérêts du fournisseur qui a présenté la demande en révision ou l'appel; elle peut également lever ou prolonger toute suspension accordée; et peut exercer ces pouvoirs à tout moment durant la procédure de recours dont elle est saisie. Étant donné que, dans certains États, l'instance indépendante disposera peut-être de pouvoirs limités concernant les marchés ou les accords-cadres qui sont entrés en vigueur, les dispositions de l'alinéa b) (comme toutes les autres dispositions de l'article qui se réfèrent aux marchés ou aux accords-cadres entrés en vigueur) sont accompagnées d'une note de bas de page indiquant qu'elles sont facultatives.

15. Le paragraphe 4 mentionne deux cas dans lesquels la procédure de passation de marché doit être généralement suspendue. On considère que ces deux situations font peser une menace particulièrement grave sur l'intégrité du processus de passation.

16. Dans le paragraphe 4 a), l'instance indépendante doit ordonner la suspension de la procédure de passation pour une durée de 10 jours ouvrables lorsque la demande en révision ou l'appel est reçu avant la date limite de présentation des soumissions. Cette disposition vise dans une large mesure à permettre l'examen de ces recours avant la réception des soumissions, moment où il est plus facile de prendre des mesures correctives. Dans ces cas, l'instance indépendante peut souhaiter prendre des mesures telles que la prorogation de la date limite de présentation des soumissions, et d'autres mesures correctives concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection.

17. Le paragraphe 4 b) régit les cas où aucun délai d'attente n'a été appliqué et où le recours est reçu après la date limite de présentation des soumissions. Le texte ne fixe aucune durée, car il se peut que celle-ci varie en fonction des circonstances. Le recours pouvant être reçu après l'entrée en vigueur du marché, l'instance indépendante se voit accorder le pouvoir facultatif de suspendre l'exécution du marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas.

18. Dans chaque cas visé par les paragraphes 3 et 4, la suspension est présumée mais non automatique, en ce que l'instance indépendante peut décider que des considérations urgentes d'intérêt général justifient la poursuite du marché ou de l'accord-cadre. Il s'agit là du même critère que celui qui s'applique à l'article [64-3] (dans lequel l'entité adjudicatrice peut demander la levée de l'interdiction de conclure le marché ou l'accord-cadre). Les États adoptants devraient veiller à ce que des orientations appropriées soient fournies sur les circonstances pouvant justifier une telle décision. Ces circonstances pourraient notamment être les suivantes:

catastrophes naturelles, urgences et situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées risquent de subir un préjudice disproportionné. Les règles procédurales applicables à l'instance indépendante pourraient autoriser cette dernière à se renseigner auprès de l'entité adjudicatrice si elle doit rendre sa décision de suspension avant que l'entité ne lui remette l'intégralité des documents se rapportant à la procédure de passation de marché (comme l'exige le paragraphe 8 de cet article).

19. En tout état de cause, l'instance indépendante devrait songer qu'une suspension pourrait en définitive se révéler moins néfaste pour le processus de passation car elle éviterait d'avoir à anéantir certaines mesures prises durant ce processus si une décision de l'entité adjudicatrice devait être infirmée ou corrigée. Il faudrait en outre assurer un degré adéquat d'incitation à former des recours, la possibilité d'une suspension étant dans ce cas un aspect important.

20. Afin de limiter l'effet potentiellement perturbateur d'une demande en révision ou d'un appel, les paragraphes 5 et 6 visent ensemble à obliger l'instance indépendante à entreprendre un examen initial de la demande ou de l'appel formé, examen qui est semblable à celui prévu au paragraphe 3 de l'article [65], sur lequel des précisions sont fournies dans le commentaire se rapportant à ce paragraphe (paragraphes [13 à 22] du commentaire relatif à l'article [65]). Cet examen initial permet à l'instance indépendante d'évaluer la demande rapidement pour déterminer de prime abord si elle devrait l'examiner plus en détail.

21. Le paragraphe 5 exige de l'instance indépendante qu'elle notifie rapidement la demande en révision ou l'appel, ainsi que l'essentiel de son contenu, à l'entité adjudicatrice et à tous les participants à la procédure de passation de marché dont elle connaît l'identité. Elle n'est pas tenue d'aviser d'autres entités dont les intérêts pourraient être affectés par la demande ou l'appel (par exemple d'autres entités publiques) mais doit publier un avis concernant cette demande ou cet appel de sorte que ces entités puissent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts si cela est nécessaire. Comme on l'a vu pour la procédure de recours devant l'entité adjudicatrice, ces mesures pourraient consister à intervenir dans la procédure de recours en vertu de l'article [67], à demander la levée de toute suspension qui a été appliquée et à prendre d'autres dispositions prévues dans les règlements ou les règles de procédure applicables.

22. L'instance indépendante doit également se prononcer sur la suspension et aviser toutes les personnes concernées de sa décision (en indiquant le cas échéant la durée de la suspension). En cas de non-suspension, elle doit également communiquer les raisons de sa décision au demandeur ou à l'appelant (de manière à faciliter tout appel contre cette décision) ainsi qu'à l'entité adjudicatrice.

23. Le pouvoir de rejeter la demande en révision ou l'appel prévu au paragraphe 6 est similaire à celui conféré à l'entité adjudicatrice par l'article [65], comme il est indiqué au paragraphe [13] du commentaire relatif à cet article. Les mêmes exigences de transparence concernant la notification de la décision motivée s'appliquent comme à l'article [65].

24. Comme dans le cas des demandes de réexamen soumises à l'entité adjudicatrice, l'instance indépendante doit, au paragraphe 7, notifier les mesures prises en application des paragraphes 5 et 6 dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu la demande en révision ou l'appel. L'effet de ces notifications

variera en fonction des décisions notifiées. On notera cependant que l'instance indépendante peut exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle suspende la procédure de passation de marché.

25. Le paragraphe 8 prévoit que l'entité adjudicatrice doit fournir à l'instance indépendante tous les documents se rapportant à la procédure de passation de marché, sous réserve des règles de confidentialité prévues aux articles [23 et 24], en particulier des interdictions de divulgation de certaines informations, que les autorités compétentes mentionnées par les États adoptants dans ces dispositions peuvent néanmoins lever. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir des règles ou des directives de sorte que ni la procédure de passation ni la procédure de révision ou d'appel ne soient trop perturbées, en mettant en place des moyens sûrs et efficaces de transmettre lesdits documents.

26. Le paragraphe 9 énumère les mesures que l'instance indépendante peut prononcer dans le cadre de la Loi type en réponse à une demande en révision ou à un appel qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Il admet que des différences existent entre les systèmes juridiques nationaux en ce qui concerne la nature des mesures que les instances de recours quasi judiciaires sont habilitées à ordonner. Lorsqu'ils incorporent la Loi type, les États sont encouragés à adopter l'ensemble des pouvoirs qui, dans leur système juridique, peuvent être accordés à une instance indépendante de recours, de sorte à mettre en place un système de recours efficace comme l'exige la Convention contre la corruption. Les dispositions ont pour but de permettre à l'instance de prendre une décision appropriée sur une demande ou un appel (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, de rejeter la demande). Dans ce contexte, toute suspension en cours d'application au moment où l'instance se prononce sur la demande ou sur l'appel doit également être levée ou prorogée si elle le juge nécessaire.

27. Certaines dispositions apparaissent entre parenthèses dans ce paragraphe lorsqu'elles sont facultatives et qu'elles peuvent être modifiées en fonction de la situation de l'État adoptant concerné. Par exemple, les alinéas c) et e) autorisent l'instance indépendante à annuler les actes et décisions de l'entité adjudicatrice, y compris l'attribution d'un marché. Le terme "annuler" employé dans ces dispositions n'emporte aucune conséquence particulière (il n'est pas nécessaire de considérer que la décision ou l'acte en question est privé d'effet) de sorte que l'État adoptant puisse lui-même prévoir les conséquences appropriées compte tenu de sa tradition juridique. Les notes de bas de page qui accompagnent ces alinéas ainsi que l'alinéa d) indiquent toutefois que lorsque l'instance indépendante ne peut être habilitée à annuler un marché ou à substituer sa propre décision à celle de l'entité adjudicatrice, une autre possibilité serait de lui permettre de casser la décision de l'entité adjudicatrice de sorte que cette dernière soit obligée de prendre une autre décision en tenant compte de la décision de l'instance indépendante.

28. Les mesures correctives devraient être considérées comme les mesures les plus importantes et les plus souhaitables, ce qui est le cas dans l'AMP. Le règlement rapide des litiges par des mesures correctives réduit la nécessité d'une réparation pécuniaire, laquelle peut néanmoins en partie remédier à la situation dans un cas donné, par exemple lorsque le marché est entré en vigueur mais qu'il ne serait pas bon d'en empêcher l'exécution. Un système qui ne prévoirait aucun dédommagement (en dehors des frais de saisine) ne permettra donc pas de remédier à toutes les situations, si bien que la question de la réparation pécuniaire devrait être

prise en compte dans l'objectif plus vaste de mise en place d'un système de recours efficace.

29. Le paragraphe 9 h) prévoit par conséquent un dédommagement et propose deux possibilités à l'État adoptant. Dans la première possibilité, c'est-à-dire si le texte entre parenthèses est conservé, un dédommagement peut être exigé pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale lors de la procédure de passation du marché. Ces dépenses n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de la non-acceptation d'une offre, d'une proposition ou d'un prix du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant le recours. Dans la seconde possibilité, les types de pertes susceptibles de donner lieu à réparation (si les dispositions sont incorporées sans le texte entre parenthèses) sont plus nombreux et pourraient inclure les pertes futures, ainsi que le manque à gagner, le cas échéant. Les États adoptants souhaiteront examiner comment leur système juridique traite le préjudice purement économique afin que le calcul du dédommagement soit cohérent dans l'ensemble du système (par exemple, il faudrait déterminer si le dédommagement devrait porter sur le fait que le fournisseur a été privé d'une chance de remporter le marché et dans quelle mesure le demandeur devrait être tenu de prouver qu'il aurait gagné ce marché pour pouvoir prétendre à un dédommagement). La possibilité d'un dédommagement risquant d'encourager les demandes infondées et de perturber le processus de passation, il serait utile, lorsque le système de recours quasi judiciaire en est à ses débuts, d'assurer un degré adéquat d'incitation à présenter des demandes tout en revoyant le mécanisme à mesure que le système mûrit. L'État adoptant voudra peut-être aussi contrôler le risque d'abus si le pouvoir d'octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes².

30. Le paragraphe 10 fixe le délai maximum dans lequel l'instance indépendante doit se prononcer sur la demande en révision ou l'appel qu'elle a examiné en détail. Il exige également que cette décision soit rapidement notifiée à toutes les personnes concernées. Avec le paragraphe 11, lequel exige que toutes les décisions prises par l'instance indépendante pendant la procédure de révision ou d'appel soient écrites, complètes, motivées et versées au procès-verbal de la procédure de passation, le paragraphe 10 pose une règle de transparence importante, qui vise également à offrir des voies de contestation et d'appel efficaces et à permettre aux fournisseurs lésés d'engager d'autres actions devant les tribunaux judiciaires si nécessaire. Les paragraphes 10 et 11 sont semblables aux paragraphes 6 et 8 de l'article [65]; les points examinés aux paragraphes [24] et [26] du commentaire relatif à l'article [65] valent également ici.

31. L'examen des preuves et les modalités de cet examen (par exemple, avec tenue ou non d'une audience) sont des facteurs importants qui déterminent la durée nécessaire de la procédure administrative ou quasi judiciaire et dépendront de la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Si l'État adoptant n'a pas déjà prévu de règles détaillées pour les procédures de recours administratif ou quasi judiciaire, il peut les établir dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des

² Le Groupe de travail a exprimé le souhait que le Guide examine la quantification des dépenses. Il voudra peut-être communiquer au Secrétariat les paramètres de cet examen.

marchés pour y traiter notamment de la conduite de la procédure de recours, des modalités de présentation des demandes et des questions de preuve.

Article [67]. Droits des participants à une procédure de contestation ou d'appel

1. Le paragraphe 1, en se référant à tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché de même qu'à toute autorité publique dont les intérêts pourraient être affectés par la demande ou l'appel, établit un large droit de participation à la procédure de contestation ou d'appel, qui ne se limite pas au seul demandeur ou au seul appelant. Ce droit de participation vise à établir un juste équilibre entre la nécessité d'un recours efficace et celle de ne pas trop perturber le processus, ainsi qu'on l'a vu pour le droit général de recours décrit dans le commentaire relatif à l'article [64] ci-dessus. Il peut être exercé à condition que le fournisseur ou l'entrepreneur, ou un autre participant potentiel, soit en mesure de démontrer que la contestation ou l'appel peut affecter ses intérêts.

2. Dans ce contexte, les "participants à une procédure de contestation ou d'appel" peuvent varier, en fonction du moment où est formé le recours et de l'objet de ce recours. Il peut même s'agir d'autres entités publiques, par exemple des entités du secteur public qui entendent utiliser un accord-cadre ou toute autorité de tutelle ayant participé à la passation en cause. Par fournisseurs ou entrepreneurs "participant à la procédure de passation de marché", il faut entendre tous ceux qui restent en compétition pendant la procédure, mais non ceux qui ont été éliminés lors de la préqualification ou d'une étape similaire au début de la procédure, sauf si la contestation ou l'appel vise la décision ou l'acte pris par l'entité adjudicatrice lors de cette étape.

3. Le paragraphe 2 consacre le droit de l'entité adjudicatrice de participer à la procédure de contestation ou d'appel devant une instance indépendante.

4. Le paragraphe 3 énonce les droits fondamentaux des participants à la procédure de contestation ou d'appel. Le plus important d'entre eux est le droit d'être entendu, d'avoir accès à l'ensemble de la procédure et de présenter des preuves. Ces droits sont conférés à ceux qui se trouvent mentionnés aux paragraphes 1 et 2 de l'article mais non à quiconque assisterait à une audience publique (par exemple des journalistes). L'instance indépendante peut donner accès au dossier de la procédure de contestation ou d'appel (qui, selon l'article [66-8], contient le procès-verbal de la procédure de passation de marché). Les participants à la procédure devront démontrer en quoi les documents auxquels ils demandent l'accès présentent un intérêt pour eux: cette mesure permet à l'instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d'empêcher les tentatives de pêche aux informations. L'accès au dossier est également soumis aux règles de confidentialité énoncées à l'article [68]. Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que, dans chaque procédure, les questions soient examinées au niveau de détail approprié et avec rapidité.

Article [68]. Confidentialité dans une procédure de contestation ou d'appel

L'article a été inclus dans le chapitre VIII pour appliquer les principes de confidentialité énoncés dans l'article 23 aux procédures de contestation et d'appel, et en particulier aux procédures de révision et d'appel devant l'instance indépendante (auxquelles ne s'applique pas l'article [23]).

Article [69]. Recours judiciaire

[1. Il faudra compléter cette section. On trouvera ici les passages du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994 qui sont consacrés à un article équivalent, ainsi que les commentaires du Groupe de travail sur la portée du recours judiciaire et une note de bas de page accompagnant l'article 69 du projet de Loi type révisée.

2. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994 contient le commentaire suivant sur l'article 57 intitulé "Recours judiciaire":

"L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à confirmer ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 52. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 53 et 54, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 53 ou 54, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. L'approche minimale de l'article 57 a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire."

3. Les commentaires du Groupe de travail sur les dispositions de la Loi type révisée concernant le recours judiciaire figurent dans la note 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8. On peut les résumer comme suit:

"La Loi type ne cherche pas à empiéter sur les prérogatives des tribunaux, qui sont régis ou devraient l'être par un ensemble de règles distinct dans les États adoptants. Elle ne cherche pas non plus à restreindre les pouvoirs plus larges que la législation des États adoptants peut conférer aux tribunaux, par exemple le pouvoir d'accorder réparation pour tout préjudice éventuel ou des mesures provisoires, y compris dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé, si le système juridique le permet.

La Loi type ne traitant pas du recours judiciaire mais se limitant à en poser le cadre et à encourager les États adoptants à habiliter les tribunaux judiciaires à prononcer toutes les mesures qui s'offrent à l'instance de recours quasi judiciaire, l'article 66 n'aborde pas la question de la suspension ordonnée par un tribunal, qui peut être prévue par la loi applicable."

4. La note de bas de page accompagnant l'article [69] de la Loi type révisée est la suivante:

"Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou un mécanisme d'appel administratif, ou encore les deux, en fonction de leur système juridique. Les États qui prévoient uniquement une voie de recours judiciaire contre les décisions de l'entité adjudicatrice devraient 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. Pour être efficace, un système de recours judiciaire doit faire en sorte en particulier: i) que les délais de recours ou d'appel contre les décisions de l'entité adjudicatrice ou de l'instance indépendante, selon le cas, soient adaptés au contexte de la passation de marché et notamment que les dispositions de la présente Loi sur le délai d'attente soient prises en compte; ii) que le ou les tribunaux compétents aux fins de l'article 63 puissent prendre une ou plusieurs des mesures prévues à l'article 66-9 de la présente Loi et prononcer les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires pour un recours efficace, y compris une mesure de suspension de la procédure de passation, de l'exécution du marché ou du fonctionnement de l'accord-cadre, selon le cas; et iii) que les garanties minimales prévues aux articles 67 et 68 de la présente Loi concernant la participation à la procédure de contestation ou d'appel, la présentation des preuves et la protection des informations confidentielles dans le contexte de la passation soient en place.”]
