



Assemblée générale

Distr. limitée
14 février 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingt et unième session
New York, 16-20 avril 2012**

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 (Procédures de contestation) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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

Deuxième partie. Commentaire par article

...

CHAPITRE VIII. PROCÉDURES DE CONTESTATION [**hyperlien**]

A. Introduction

Résumé analytique

1. Une caractéristique essentielle d'un système de passation des marchés transparent est l'existence de mécanismes permettant de contrôler et si nécessaire d'imposer l'application des règles qu'il énonce. Il peut s'agir de procédures de contestation, dans lesquelles les fournisseurs et entrepreneurs se voient accorder le droit de contester les décisions et les actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes à la législation applicable à la passation des marchés, d'audits et d'enquêtes, et de poursuites en cas d'infractions pénales. Les procédures de contestation figurent dans le chapitre VIII de la Loi type; les autres mécanismes font intervenir des questions de contrôle des prises de décisions administratives dépassant le cadre de la passation des marchés et ne sont donc pas prévus dans la Loi type.
2. Un mécanisme de contestation efficace contribue à faire de la Loi type un instrument qui permet dans une large mesure à ses propres utilisateurs d'en suivre et d'en imposer l'application, car il offre des voies de droit aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type dans chaque procédure de passation. Il contribue également à renforcer la confiance du public en l'ensemble du système de passation des marchés. Enfin, il remplit une fonction de dissuasion: par sa présence, il décourage les actes ou décisions délibérément contraires à la loi. Pour ces raisons, un mécanisme de contestation efficace est indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de passation des marchés et peut favoriser la confiance dans ce système.
3. De plus, l'article 9-1 d) de la Convention des Nations Unies contre la corruption [**hyperlien/référence**] exige que les systèmes de passation des marchés prévoient un mécanisme de recours efficace, appelé système de recours interne et comprenant un système d'appel, afin de garantir l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures visées au paragraphe 1 de ce même article. Afin que les exigences de la Convention soient prises en considération dans la Loi type, la CNUDCI exige dans cette dernière que les États adoptants

prévoient tous les droits et toutes les procédures nécessaires (tant en première instance qu'en appel) pour un mécanisme de contestation efficace. De même, la Loi type a été conçue pour correspondre autant que possible à la conception des procédures de contestation de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce [[**hyperlien/référence**](#)], en appliquant sa conception générale au contexte international de la Loi type.

4. Le chapitre VIII de la Loi type contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir un processus de contestation efficace. Les États adoptants sont encouragés à incorporer toutes les dispositions du chapitre dans la mesure où leur système juridique le permet. Elles comprennent un droit général de contestation (et d'appel d'une décision dans une procédure de contestation), et la possibilité de demander le réexamen par l'entité adjudicatrice d'une décision prise au cours de la passation de marché, une révision par une instance indépendante et un recours auprès d'un tribunal. Cependant, la Loi type n'impose pas de structure précise pour ce système, comme il est expliqué au/à la [** ci-après \[\[**hyperlien**\]\(#\)\]](#). En outre, il existe divers mécanismes destinés à assurer l'efficacité de la procédure. La Loi type vise à réduire la nécessité de contestations au moyen des procédures qu'elle prévoit pour chaque processus de passation des marchés. Ainsi, l'article 15 [[**hyperlien**](#)] prévoit un mécanisme de clarification et de modification du dossier de sollicitation de manière à réduire les risques de contestation des conditions fixées dans ce dossier; le mécanisme de clarification prévu à l'article 16 vise à réduire les risques de contestation des décisions concernant les qualifications, la conformité et l'évaluation des soumissions.

5. D'autres branches du droit et d'autres instances de l'État adoptant peuvent avoir une incidence sur le mécanisme de contestation envisagé au chapitre VIII si, par exemple, une contestation est déclenchée par des allégations de fraude ou de corruption ou des infractions au droit de la concurrence. Dans de tels cas, il convient de fournir des orientations appropriées aux entités adjudicatrices et aux fournisseurs, demandant notamment que ces informations soient mises à la disposition du public, afin que les autorités concernées soient sensibilisées et que les mesures nécessaires soient prises.

2. Incorporation: Questions de politique générale

6. Les dispositions de la Convention contre la corruption et de la Loi type se fondent sur l'idée que la législation sur les procédures de recours doit être rédigée d'une manière qui respecte la tradition juridique de l'État adoptant concerné. On reconnaît ainsi qu'il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures permettant de contester les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques (on parle de fonction de révision). Dans certains États, de tels mécanismes et procédures ont été mis en place spécialement pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres, ces litiges sont soumis aux mécanismes et procédures généraux de révision des actes administratifs. La manière de faire respecter les règles de passation varie toutefois selon les États: certains disposent depuis longtemps d'un système de révision devant des autorités et des tribunaux spécialisés; d'autres ne disposent d'aucun texte législatif général concernant ce type de révision (à part ceux qu'exigent les obligations internationales et sous réserve des procédures de révision judiciaire). Certains systèmes prévoient que les infractions à la législation sur la passation des

marchés commises par des organes de l'État sont portées devant un tribunal administratif et passibles de sanctions administratives. D'autres prévoient à la fois l'examen administratif, ou indépendant, et l'examen judiciaire des décisions en matière de passation de marchés par les tribunaux ordinaires (assortis d'une procédure pénale spéciale pour les violations des lois sur la passation des marchés commises par les entités adjudicatrices).

7. Compte tenu de ce qui précède, et afin que les dispositions puissent être intégrées aux cadres conceptuels et structurels très différents des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique du monde entier, le chapitre VIII énonce les principes et les procédures principales à suivre pour mettre en place un système de contestation efficace. Conformément à la conception générale de la Loi type en tant que texte-cadre, ces principes et procédures sont censés être complétés par des règlements et des règles procédurales détaillées pour que les mécanismes de contestation fonctionnent de manière efficace, rapide et économique.

8. De manière générale, un mécanisme est efficace s'il permet d'intervenir sans délai; de suspendre ou d'annuler la procédure de passation de marché et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendante; de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible (par exemple après l'attribution du marché); et d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines. Un mécanisme efficace doit comporter au moins un organe pouvant examiner la contestation en première instance et un autre pouvant l'examiner en deuxième instance.

9. Les dispositions de la Loi type exigent des États adoptants qu'ils mettent en place un mécanisme efficace comportant l'ensemble de ces éléments, d'une manière convenant à leur tradition juridique. Elles prévoient tout d'abord que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit de contester les actes et décisions de l'entité adjudicatrice: il n'existe aucun acte ni décision pris dans une procédure de passation qui ne puissent être soumis à ce mécanisme. Pour ce qui est de l'organe qui doit connaître de la contestation (en première instance), la Loi type prévoit trois possibilités.

10. En premier lieu, l'article 66 [\[**hyperlien**\]](#) dispose que la contestation peut être formée devant l'entité adjudicatrice elle-même, à condition que le marché n'ait pas encore été attribué. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, décisions ou procédures non conformes.

11. Il importe de noter que cette possibilité ouverte aux fournisseurs ou entrepreneurs ne constitue pas une première étape obligatoire du processus de contestation. Ce système vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse, évitant ainsi 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 onéreuse. Il est hautement souhaitable qu'un mécanisme de contestation concernant la passation de marchés permette un recours rapide sans demander trop de temps ni d'argent, et le fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits de la procédure de passation concernée, qu'elle contrôle cette procédure, qu'elle soit disposée à rectifier des

erreurs de procédure dont elle n'avait peut-être pas connaissance et qu'elle puisse le faire contribue à rendre ce recours possible. Cette possibilité est importante pour le fournisseur qui engage une contestation mais aussi pour perturber le moins possible l'ensemble du processus de passation. Un système volontaire de ce type peut aussi réduire la crainte de voir une action légale compromettre les relations d'affaires futures, crainte qui, a-t-on constaté, entraîne une réticence à engager une contestation. D'un autre côté, on constate parfois aussi que l'entité adjudicatrice ignore tout simplement la demande de réexamen, qui n'a alors d'autre effet que de retarder la demande en révision auprès d'une autre instance. Les États adoptants sont donc encouragés à incorporer ce système, compte tenu des avantages qu'il peut présenter, mais aussi à prendre des mesures pour veiller à ce qu'il fonctionne en pratique (les questions d'application et d'utilisation sont examinées dans la section qui suit).

12. La deuxième possibilité est de confier à un tiers indépendant la révision de la décision ou de l'acte de l'entité adjudicatrice que le fournisseur estime contraire à la loi. Cette révision indépendante peut se dérouler comme une procédure administrative. Il a une portée plus large que le système d'examen par les pairs mentionné plus haut car les contestations peuvent être soumises après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). L'instance indépendante saisie de la contestation peut prononcer diverses mesures, et le commentaire concernant les dispositions concernées indique les mesures qui ne sont peut-être généralement pas prévues dans certains systèmes juridiques. Ces mesures sont considérées comme étant une caractéristique importante du système envisagé dans la Loi type, et les États adoptants sont donc encouragés à les adopter, sous réserve d'assurer la compatibilité entre le mécanisme d'examen par une instance indépendante et les mécanismes équivalents devant leurs tribunaux. La longueur du règlement des litiges dans une procédure judiciaire traditionnelle et les avantages pouvant découler de l'acquisition de compétences spécialisées par les instances indépendantes sont également des raisons de mettre en place un système d'examen par une instance indépendante.

13. La troisième possibilité est de former un appel devant un tribunal compétent. La Loi type ne prévoit pas de règles pour ce genre de procédure, qui sera régie par la loi nationale applicable. Les États adoptants qui prévoient uniquement l'examen judiciaire des décisions de l'entité adjudicatrice doivent mettre en place pour les procédures en première instance et en appel un système efficace garantissant l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marchés édictées dans la Loi type, afin de se conformer aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption [\[**hyperlien**\]](#).

14. Pour ce qui est de l'organe qui doit connaître de l'appel, les États adoptants peuvent décider qu'il s'agira uniquement du tribunal, ou que ce sera l'instance indépendante, ou les deux, en fonction du système juridique concerné. Si l'État adoptant souhaite prévoir une possibilité d'appel devant l'instance indépendante en vertu de l'article 67 [\[**hyperlien**\]](#), cet article devra être adapté de manière à conférer à celle-ci une compétence en appel: tel qu'il figure dans la Loi type, l'article 67 ne lui confère qu'une compétence en première instance.

15. Les États adoptants voudront peut-être aussi se servir des dispositions de la Loi type pour évaluer l'efficacité des mécanismes de contestation déjà en place chez

eux. S'il existe déjà un système d'examen judiciaire efficace, la création d'une nouvelle instance indépendante ne présentera probablement guère d'intérêt. D'un autre côté, s'il existe une instance indépendante efficace, il sera tout aussi peu intéressant d'encourager les tribunaux à se spécialiser en passation de marchés. Il convient de souligner qu'il importe de disposer de personnes dotées de compétences spécialisées dans toute instance qui sera saisie des contestations, compte tenu du caractère exigeant des décisions à prendre et des procédures détaillées que prévoit la Loi type.

16. À cet égard, les États adoptants sont encouragés à examiner le champ d'action de toutes les instances existantes pour s'assurer que le système mis en place garantit bien l'exercice efficace des voies de droit (y compris en appel), comme l'exige la Convention contre la corruption [\[**hyperlien**\]](#) et conformément à ce qu'il est admis de considérer comme une pratique optimale.

17. Le chapitre VIII ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à d'autres modes de règlement, puisque l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés, et en raison de la nature de la procédure de contestation, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Celle-ci n'entend cependant pas suggérer que l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur ne peuvent soumettre à l'arbitrage un différend lié aux procédures qu'elle prévoit, si les circonstances s'y prêtent, notamment si ce différend survient durant la phase d'administration des contrats du cycle des marchés publics.

3. Questions d'application et d'utilisation

18. Une caractéristique essentielle d'un mécanisme de contestation efficace est qu'il réalise un juste équilibre entre d'une part la nécessité de préserver les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs et l'intégrité du processus de passation du marché et d'autre part la nécessité de perturber le moins possible ce processus (compte tenu en particulier de la règle énoncée à l'article 65 [\[**hyperlien**\]](#), qui interdit l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre tant qu'une contestation reste non résolue (sous réserve d'exceptions limitées)). Les dispositions limitent le droit de contestation aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris les fournisseurs et entrepreneurs potentiels qui, par exemple, ont été disqualifiés), fixent des délais pour le dépôt des demandes et des appels et pour le règlement des affaires, et prévoient le pouvoir discrétionnaire de décider dans certaines circonstances si la procédure de passation peut être suspendue. Les règles et règlements ou autres orientations devraient préciser ces aspects des dispositions et réaliser un juste équilibre entre les intérêts des fournisseurs et les besoins de l'entité adjudicatrice. Le pouvoir de suspendre la procédure de passation (qui s'ajoute à l'interdiction visée à l'article 65, mentionnée plus haut) est primordiale à cet égard; les circonstances dans lesquelles une suspension peut ou non être indiquée sont examinées ci-après aux paragraphes ******.

19. Un deuxième moyen de contribuer au règlement efficace des litiges et de ne pas trop perturber le processus de passation est d'encourager la résolution prompte et ponctuelle des questions et des litiges et de permettre le traitement des contestations avant qu'il ne soit nécessaire d'annuler certaines étapes de la procédure de passation, en particulier l'entrée en vigueur du marché (ou, le cas

échéant, la conclusion d'un accord-cadre). La Loi type contient plusieurs dispositions à cette fin: premièrement, les procédures de demande de réexamen devant l'entité adjudicatrice, deuxièmement, les délais fixés pour le dépôt des demandes et troisièmement, les délais fixés pour rendre une décision.

20. Un autre élément en ce sens est le délai d'attente prévu à l'article 22-2 [\[**hyperlien**\]](#). Le but de ce délai est d'imposer qu'il s'écoule une brève période entre l'identification de la soumission à retenir et l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre), de sorte que toute contestation concernant cette attribution puisse être traitée avant que le marché ne soit conclu et qu'il ne devienne compliqué et coûteux de régler le problème, comme il est expliqué plus haut dans le commentaire sur cet article [\[**hyperlien**\]](#).

21. Les règles et procédures prévues au chapitre VIII sont également censées être suffisamment souples pour pouvoir être adaptées à tout système juridique et administratif sans compromettre la teneur du mécanisme de contestation ni son efficacité. Par exemple, certains aspects importants de la procédure de contestation, tels que l'instance devant être saisie d'une demande ou d'un appel et les mesures pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques conceptuelles et structurelles fondamentales du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays; l'État adoptant donc devra adapter les dispositions du chapitre VIII à cet égard.

22. Les États adoptant l'option de la demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice sont invités à prendre des mesures pour bien faire connaître et comprendre les avantages de ce mécanisme et ses modalités de fonctionnement (comprenant des procédures formelles, comme il est expliqué dans le commentaire sur l'article 66 [\[**hyperlien**\]](#)), afin qu'il puisse être utilisé efficacement. À cet égard, il y a souvent confusion entre la demande de réexamen et le retour d'information. L'objectif du retour d'information est d'expliquer la décision de l'entité adjudicatrice au fournisseur ou entrepreneur concerné, de sorte que les motifs en soient clairs et qu'il apparaisse clairement que les dispositions de la loi ont été respectées, ou qu'une erreur puisse être rectifiée. Il s'agit donc d'un mécanisme informel d'appui aux procédures, encouragé par la CNUDCI si les circonstances s'y prêtent, mais non prévu expressément dans la Loi type (on trouvera plus haut, à la section ****** du commentaire général [\[**hyperlien**\]](#), un examen plus approfondi du retour d'information). Afin d'éviter cette confusion, il convient de souligner les principales différences de ces deux procédures en termes d'objectifs, de déroulement et de résultats possibles. En outre, les États adoptants devraient contrôler et superviser la suite donnée aux demandes soumises, de manière à garantir que celles-ci sont traitées avec sérieux et que les avantages potentiels sont obtenus.

23. Il convient également de souligner dans les orientations destinées aux utilisateurs que la demande de réexamen n'est plus possible après l'entrée en vigueur du marché. La raison de cette restriction est qu'à ce stade, les mesures correctives que pourrait prendre l'entité adjudicatrice sont limitées: ses pouvoirs cessent lorsque le marché entre en vigueur. Cette restriction de sa compétence aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du marché vise aussi à éviter de lui donner trop de pouvoirs, et tient compte du fait que la Loi type ne porte pas sur la phase d'administration des marchés. La contestation relève alors d'organes indépendants ou judiciaires, c'est-à-dire de l'instance indépendante ou du tribunal. Le respect des

dispositions de l'article 22 sur la notification et le délai d'attente [\[**hyperlien**\]](#) devrait aussi contribuer à limiter le risque de litiges postérieurs à l'entrée en vigueur du marché.

24. S'agissant de la révision par une instance indépendante visée à l'article 67 [\[**hyperlien**\]](#), la structure du système devra refléter la tradition juridique de l'État adoptant. Certains systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques devant une instance administrative exerçant sur eux une autorité ou un contrôle hiérarchique. Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours, la question de savoir quelles instances doivent exercer cette fonction pour les actes de l'un ou l'autre organe ou de l'une ou l'autre entité dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Ce type d'instance ne serait pas indépendant au sens où l'exige la Loi type. Dans le contexte du chapitre VIII, la notion d'indépendance désigne l'indépendance vis-à-vis de l'entité adjudicatrice et non des pouvoirs publics en général, et la protection contre les pressions politiques. Pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à l'examen administratif hiérarchique, visées au paragraphe précédent, un organe administratif qui, dans la Loi type telle qu'elle est adoptée par l'État, a compétence pour approuver certains actes, décisions ou procédures de l'entité adjudicatrice ou lui donner un avis sur des procédures, ne remplit pas la condition d'indépendance. Les États souhaiteront en outre examiner en particulier si l'instance indépendante devrait comprendre ou être constituée d'experts externes indépendants des pouvoirs publics. L'indépendance a également une importance pratique: si la prise de décision en révision n'est pas suffisamment indépendante, elle risque d'être contestée devant les tribunaux, ce qui provoquera une longue perturbation du processus de passation.

25. Les États adoptants sont donc encouragés, dans le cadre de leurs systèmes nationaux, à donner à l'instance indépendante le plus possible d'autonomie et d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, afin d'éviter toute influence politique et d'assurer la rigueur des décisions qu'elle prend. La nécessité d'un mécanisme indépendant est particulièrement cruciale dans les systèmes où on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'entité adjudicatrice réexamine toujours de manière impartiale et efficace ses propres actes et décisions.

26. L'État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de révision par une instance indépendante devra déterminer à quelle instance il convient de confier cette fonction, qu'il s'agisse d'une instance existante ou d'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, d'un organe dont la compétence ne se limite pas aux questions de passation de marchés (par exemple, l'organe exerçant une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration publique (le champ de la révision ne devant toutefois pas se limiter à la supervision et au contrôle financiers)), ou d'un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges touchant la passation des marchés.

27. Il conviendra également de fournir des indications sur les procédures de l'instance indépendante, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire sur l'article 67 [\[**hyperlien**\]](#). Une attention particulière devrait être accordée à la question de la preuve, de la confidentialité et des audiences, de sorte que l'ensemble des parties aux procédures aient pleinement connaissance de leurs droits et

obligations à cet égard, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble des procédures et de permettre un recours efficace contre la décision d'une instance indépendante. Enfin, on voudra peut-être permettre à des représentants de la société civile ou à d'autres tiers d'observer les procédures de contestation. Si c'est le cas, à moins que d'autres lois ne le permettent déjà, les règles, règlements ou orientations devront prévoir un mécanisme en ce sens, conformément à la tradition juridique de l'État concerné. Ces questions sortent du champ d'application de la Loi type et du Guide, tout comme d'autres questions examinées dans cette introduction sur le chapitre VIII de la Loi type. Il y a donc un risque de dispersion des informations, et l'organisme chargé des marchés publics ou entité similaire visé à la section ** du commentaire général aura un rôle crucial à jouer afin que le lecteur soit informé des lieux où se trouvent ces informations [**hyperlien**].

28. Une question fondamentale qui se pose à propos des procédures de contestation en général est celle de savoir si la procédure doit être suspendue en cas de contestation. L'article 65 [**hyperlien**] interdit l'entrée en vigueur du marché jusqu'à ce que la demande ait été traitée, mais la suspension de la procédure de passation peut aussi être nécessaire si en l'absence de celle-ci un fournisseur ou entrepreneur présentant une réclamation peut ne pas avoir le temps de demander et d'obtenir des mesures provisoires. La suspension de la procédure de passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction visée à l'article 65: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure. La possibilité d'une suspension augmente également les chances que les demandes soient traitées à un niveau inférieur, sans intervention judiciaire, ce qui favorise un règlement des litiges plus économique et plus efficace. L'entité adjudicatrice saisie d'une demande de réexamen de la décision ou de l'acte qu'elle a pris et l'instance indépendante saisie d'une demande en révision doivent donc décider s'il y a lieu de suspendre la procédure de passation.

29. En ce qui concerne la décision de l'entité adjudicatrice concernant une demande de réexamen, la CNUDCI a tenu compte du fait qu'une suspension automatique serait une solution laborieuse et rigide et qu'elle risquait de donner aux fournisseurs l'occasion de présenter des demandes abusives qui retarderaient inutilement la procédure de passation de marché et pourraient nuire gravement à celle-ci. Les fournisseurs auraient alors la possibilité 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: entraîner une augmentation des mécanismes de contestation en général, ce qui aurait pour effet de perturber et de retarder le processus de passation.

30. L'article 66 [**hyperlien**] donne donc à l'entité adjudicatrice le pouvoir de décider si la procédure de passation de marché doit ou non être suspendue. Elle prend cette décision en tenant compte de la nature de la contestation et du moment où elle est présentée, ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Par exemple, une contestation portant sur certaines conditions de la sollicitation et 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 peut justifier une suspension, s'il est possible que les mesures correctives entraînent l'annulation de mesures prises et une perte d'argent; à l'inverse, une contestation portant sur ces mêmes

conditions introduite quelques jours avant la date limite de présentation des soumissions nécessiterait 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.

31. Cette façon de procéder laisse un important pouvoir discrétionnaire à l'entité adjudicatrice dont la décision est contestée. Les États adoptants se préoccupent peut-être de réduire les risques d'abus de ce pouvoir discrétionnaire. Une autre solution, en particulier si l'entité adjudicatrice manque d'expérience des procédures de contestation, si les décisions concernant la procédure de passation ont été prises par une autre instance ou si on souhaite favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant vivement les demandeurs à saisir en premier lieu l'entité adjudicatrice, consisterait à régler l'exercice par cette dernière de son pouvoir de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Si une telle solution est souhaitée, une réglementation plus normative peut être envisagée.

32. Les dispositions prévoyant une suspension dans les demandes en révision auprès d'une instance indépendante sont plus directives en ce qu'il y a deux situations dans lesquelles les procédures de passation de marchés doivent être suspendues (sauf si l'instance indépendante estime que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite du marché ou de l'accord-cadre, comme l'explique le commentaire sur l'article 67 [\[**hyperlien**\]](#)). On considère que ces deux situations présentent un risque particulièrement sérieux pour l'intégrité de la procédure de passation. La première est celle où la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions (auquel cas elle renvoie probablement aux conditions de la passation de marché ou à l'exclusion d'un fournisseur lors de la procédure de préqualification). La deuxième est celle où aucun délai d'attente n'a été appliqué et la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions (auquel cas la suspension permettra peut-être d'empêcher une attribution potentiellement abusive). La raison d'être d'une suspension est la nécessité d'empêcher d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou l'entité adjudicatrice de continuer de suivre une voie non conforme au risque de provoquer une perte de temps et probablement d'argent¹. Dans les autres situations, la suspension est discrétionnaire, comme plus haut dans le cas des demandes de réexamen.

33. Quelle que soit la solution retenue, les règlements, règles et orientations expliquant les considérations de politique générale seront primordiales pour assurer une bonne prise de décision en matière de suspension.

34. En ce qui concerne la possibilité de saisir un tribunal, de nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un examen judiciaire des actes pris par les organes administratifs et les entités publiques, soit en plus de la révision par une instance indépendante, décrite plus haut, soit au lieu de celle-ci. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un examen administratif et un examen judiciaire, ce dernier n'est possible qu'après épuisement des autres voies de recours. Dans

¹ Le Groupe de travail est prié de donner un avis sur la manière d'expliquer pourquoi ces considérations dans le cas de l'entité adjudicatrice ne s'appliquent pas ici.

d'autres, les deux voies de recours sont possibles en tant qu'options. Certains des États concernés auront peut-être déjà établi des règles qui guideront sur ces questions les parties à une procédure de contestation. Si ce n'est pas le cas, ils voudront peut-être les établir et prévoir l'approche souhaitée au moyen de leur législation ou de leur réglementation, comme le suggèrent d'autres règles et orientations. La Loi type, qui ne régit pas les procédures judiciaires, ne traite pas de cette question de succession des recours. En outre, il n'est pas recommandé d'engager des procédures parallèles.

35. La Loi type ne traite pas de questions de procédures judiciaires telles que le pouvoir d'accorder réparation pour pertes anticipées (telles que le manque à gagner) ou des mesures provisoires, notamment dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé. Cependant, la CNUDCI encourage la mise à disposition de toutes les voies de recours possibles devant l'instance indépendante avant qu'un tribunal ne soit saisi.

36. Les contestations ne peuvent remédier aux violations des règles et des procédures qu'à l'initiative des fournisseurs eux-mêmes, aussi les autres mécanismes de contrôle décrits plus haut dans le résumé analytique doivent-ils être en place pour traiter a) ces violations lorsque le fournisseur choisit de ne pas engager d'action et b) les questions systémiques. Les fournisseurs peuvent avoir de nombreuses raisons de ne pas engager d'action: lorsque le marché est de faible valeur, les fournisseurs importants peuvent considérer que les pertes ne justifient pas les coûts engagés; les petits fournisseurs peuvent estimer ne pas avoir le temps et l'argent nécessaires à un recours; et tous les fournisseurs peuvent hésiter à contester des décisions discrétionnaires en raison du risque élevé d'échec et par crainte qu'une contestation ne compromette leurs relations futures avec l'entité adjudicatrice.