



Assemblée générale

Distr. générale
29 avril 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-troisième session
New York, 21 juin-9 juillet 2010

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-huitième session (New York, 12-16 avril 2010)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-9	2
II. Organisation de la session	10-15	4
III. Délibérations et décisions	16	5
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	17-155	5
A. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5)	17-37	5
B. Chapitre VI. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6)	38-51	9
C. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.7)	52-65	12
D. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 26 et 27, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.8)	66-93	16
E. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.73/ Add.1 et 2)	94-145	26
F. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et méthodes de sollicitation, et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.3)	146-155	35
V. Questions diverses	156-157	36

V.10-53192 (F) 260510 270510



Merci de recycler 

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses sessions suivantes d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné les thèmes liés à l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, notamment l’échange de communications par voie électronique et le recours aux moyens électroniques pour la soumission et l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de cette utilisation; b) les aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, notamment la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode autonome, les critères de leur utilisation, les types de passation à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, notamment leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième sessions (Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type révisée, pour des raisons qui seraient exposées dans le *Guide pour l’incorporation*. À sa quatorzième session, il a en outre examiné dans le détail la question des voies de droit et de l’exécution, ainsi que celle des conflits d’intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de loi type révisée et, bien qu’un certain

nombre de points soient restés en suspens, dont le chapitre IV dans son intégralité, il s'est entendu sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009), le Groupe de travail a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du projet de texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste du projet de loi type révisée. Le Secrétariat a également été chargé de revoir les projets de dispositions du chapitre premier.

7. À sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009), le Groupe de travail a achevé la lecture des chapitres I à IV du projet de loi type révisée contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 à 4, et a ensuite examiné les dispositions du chapitre V figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5. Il a réglé la plupart des questions de fond restées en suspens dans les dispositions examinées et a demandé au Secrétariat d'en réviser certaines pour tenir compte des délibérations de la session.

8. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés et a de nouveau appuyé la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi que l'inclusion dans cette dernière de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en actualisant la Loi type et le *Guide*, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté un calendrier pour les délibérations de ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement le projet afin que la Loi type révisée, et son *Guide pour l'incorporation*, puissent être finalisés et adoptés dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

9. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées mais que quelques questions restaient en suspens. Elle a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions de textes sur ces questions pour que le Groupe de travail les examine. Elle a noté que le projet de loi type révisée n'était pas prêt pour qu'elle puisse l'adopter à cette session. On a souligné, toujours à cette session, qu'il importait d'achever le texte de la Loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-huitième session à New York, du 12 au 16 avril 2010. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Canada, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Iran (République islamique d'), Liban, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

11. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Belgique, Croatie, Koweït, Panama, Philippines, République démocratique du Congo, Suède et Turquie. Y a également assisté un observateur de la Palestine.

12. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque interaméricaine de développement (BID), Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA) et International Law Institute (ILI).

13. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteur: M. Seung Woo SON (République de Corée)

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.72);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8).

15. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.

¹ Élu à titre personnel.

4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

16. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5)

Article 42. Appel d'offres en deux étapes

17. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait été révisé compte tenu des modifications convenues à sa dix-septième session.

18. En réponse à la question de savoir si les références à la notion de "comparaison" des propositions devraient être conservées aux côtés de la notion d'"évaluation" dans le paragraphe 4 f) de l'article et dans d'autres dispositions semblables de la Loi type, il a été admis que la notion d'"évaluation" englobait nécessairement celle de "comparaison". Il a donc été convenu de supprimer toutes les références à la "comparaison" des soumissions dans l'ensemble du texte.

19. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue

20. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait été révisé compte tenu des modifications convenues à sa dix-septième session. Il a rappelé qu'il n'avait pu, à cette session, examiner l'article dans son intégralité faute de temps.

21. En réponse à la question de savoir si la méthode devrait être utilisée uniquement pour la passation des marchés de services, le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, la Loi type révisée devrait proposer divers "outils" au choix et que toutes les méthodes de passation devraient pouvoir être utilisées dans tous les types de passations, quel que soit l'objet du marché, sous réserve des conditions d'utilisation énoncées au chapitre II.

22. Le Groupe de travail est convenu:

a) D'insérer, au paragraphe 2 h), une disposition (inspirée du libellé de l'article 32) prévoyant que le prix exigé, le cas échéant, pour la fourniture de la

demande de propositions ne devrait refléter que le coût de distribution de la demande aux fournisseurs;

b) De supprimer les mots entre crochets dans le paragraphe 2 i) et j) et dans d'autres dispositions équivalentes de la Loi type. Il a également été convenu que le *Guide* devrait traiter du contexte dans lequel s'inscrivaient les dispositions ainsi supprimées;

c) De supprimer les mots entre crochets au paragraphe 5 n), considérés comme trop détaillés pour la Loi type et trop restrictifs dans certaines situations. Il a été dit que le *Guide* devrait donner des précisions sur le contenu des dispositions supprimées;

d) De conserver le paragraphe 9 dans sa formulation actuelle et de donner, dans le *Guide*, des précisions sur le sens de ses dispositions, en expliquant notamment qu'elles visaient à empêcher l'entité adjudicatrice de procéder aux modifications décrites (mais n'empêcheraient pas les fournisseurs de modifier leurs propositions à l'issue du dialogue). Une autre suggestion tendant à remplacer le texte proposé par un libellé qui incorporerait la définition de "modification substantielle", figurant à l'article 2 i), a suscité des objections. Il a été estimé qu'un tel libellé ne conviendrait pas à l'article 43, en particulier du fait que la définition faisait référence à la conformité et au classement des soumissions. Il a été proposé de reprendre, dans le *Guide*, le contenu de la note de bas de page 10 du document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5.

23. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives

24. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa dix-septième session, plusieurs commentaires avaient été formulés sur certaines dispositions de l'article mais que ce dernier n'avait pu être examiné en détail faute de temps.

25. On a appuyé l'idée de mentionner dans la Loi type même, par exemple dans son article 27, ou dans le *Guide* comme le faisait le texte de 1994, que cette méthode de passation ne convenait que pour les services de consultant (en d'autres termes les services à caractère intellectuel). De l'avis d'autres délégations toutefois, le fait de limiter, dans la Loi type, l'utilisation de cette méthode à ce type de services irait à l'encontre de l'approche consistant à proposer plusieurs "outils" au choix, approche qu'il avait été convenu de suivre pour réviser la Loi type. En conséquence, on a appuyé l'insertion dans le *Guide* d'un passage indiquant que cette méthode était appropriée en particulier, et recommandée par des donateurs multilatéraux uniquement, pour la passation des marchés de services de consultant. De cette manière, a-t-on dit, les dispositions de la Loi type gagneraient en souplesse et seraient davantage appliquées sur le long terme, aspect jugé nécessaire compte tenu de l'évolution rapide de la nature de l'objet du marché et de la manière dont les passations étaient conduites.

26. On a cependant émis des doutes sur l'opportunité d'une telle solution face à l'expérience accumulée dans le monde, d'où ressortait la nécessité d'établir une distinction entre la façon dont les services de consultant/à caractère intellectuel étaient acquis et celle dont la passation d'autres types de marchés était conduite.

Cette expérience, a-t-on dit, montrait que les négociations consécutives étaient appropriées uniquement pour ces formes spécialisées de services. D'un autre côté, a-t-on déclaré, si cette méthode était limitée à un seul type de marché, il faudrait alors se demander si le recours à d'autres méthodes devait être limité de la même manière, question qu'il ne serait pas souhaitable de rouvrir. Après discussion, il a été convenu que le texte ne limiterait pas l'utilisation de la méthode mais que le *Guide* devrait en exposer l'historique et l'usage. Les utilisateurs pourraient alors restreindre le recours à cette méthode dans la pratique s'ils le souhaitaient.

27. En ce qui concerne l'alinéa a) du paragraphe 2, il a été demandé s'il serait souhaitable ou approprié de limiter les négociations aux questions de prix, du fait surtout que cette méthode serait utilisée principalement pour des services de consultant, dans lesquels les aspects qualitatifs étaient essentiels. Il a donc été proposé de supprimer les mots figurant entre crochets dans cet alinéa. Cette proposition a recueilli un certain soutien, à condition que le renvoi à l'article 43-9 figurant dans le paragraphe 1 soit remplacé par une disposition interdisant toute modification substantielle (tel que ce terme était défini à l'alinéa i) de l'article 2) des conditions de la passation du marché suite aux négociations. Cette solution, a-t-on expliqué, tout en laissant une certaine souplesse quant aux aspects à négocier, ne permettrait pas de modifier le classement des fournisseurs résultant de l'évaluation des aspects techniques et qualitatifs des propositions.

28. Selon l'avis contraire exprimé par certaines délégations et certains observateurs, les dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 2 avaient fait leur preuve et devaient être conservées. On s'est inquiété de l'égalité de traitement des fournisseurs si les dispositions permettaient de négocier des critères autres que le prix lorsque les fournisseurs participant ne se voyaient pas tous donner la possibilité de prendre part aux négociations. On a souligné à cet égard, d'une part, les différences entre cette méthode et la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 43 et, d'autre part, les similitudes et différences entre cette méthode et la demande de propositions sans négociation traitée à l'article 41.

29. Il a été rappelé que, lors de ses délibérations sur l'article 41, le Groupe de travail était convenu de parler des "aspects financiers de la proposition" plutôt que du prix. Il a été invité à examiner s'il conviendrait d'apporter la même modification à l'article 44. Il est convenu d'apporter ladite modification étant entendu que le *Guide* expliquerait ce qu'il faudrait entendre par "aspects financiers" et préciserait en particulier qu'aucun aspect de la proposition qui avait été examiné pour déterminer la conformité des propositions et évaluer leurs caractéristiques qualitatives et techniques ne devrait ensuite pouvoir faire l'objet de négociations. Il est également convenu de supprimer, dans le paragraphe 1, le renvoi à l'article 43-9 et d'insérer une disposition interdisant toute "modification substantielle" (tel que ce terme était défini à l'alinéa i) de l'article 2) de la passation du marché pendant les négociations consécutives.

30. Le maintien du paragraphe 5 dans sa rédaction actuelle a été appuyé étant entendu que le *Guide* expliquerait que le mot "terminées" (employé dans ce paragraphe) et les mots "met fin" (figurant au paragraphe 3) signifiaient que le prix final proposé par un fournisseur avait été rejeté et que ce dernier n'était donc pas admis à participer à la suite de la procédure de passation. Ces mots, a-on-également expliqué, signifiaient que si l'entité adjudicatrice mettait fin aux négociations avec un ou plusieurs fournisseurs conformément à l'article 44-3 et 5, elle ne pouvait pas

leur attribuer de marché. Selon un autre point de vue, cette approche serait trop stricte car l'entité adjudicatrice ne saurait quelle était en fait la meilleure offre qu'à l'issue de la procédure et, s'il ne devait pas lui être permis de rouvrir les négociations, elle devrait néanmoins être autorisée à accepter la meilleure offre (et à attribuer le marché au fournisseur qui l'avait proposée). Selon l'avis qui a prévalu cependant, l'entité ne devrait pas pouvoir attribuer le marché à un fournisseur si elle avait mis fin aux négociations avec lui.

31. En ce qui concerne la note de bas de page 31, on a appuyé l'idée d'envisager la possibilité d'une présélection dans cette méthode de passation. Il a été convenu de prévoir des dispositions dans ce sens.

32. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence

33. En raison du chevauchement observé entre les articles 43 et 45, il a été suggéré de supprimer le second. Selon un autre avis, étant donné les conditions d'utilisation énoncées dans le nouvel article 27 *bis* proposé (qui limitait cette méthode aux situations d'urgence et à la passation de marchés pour des motifs de défense nationale et d'autres motifs similaires), il fallait conserver l'article 45 comme variante à la sollicitation d'une source unique, mais non comme variante à la procédure de demande de propositions. Le Groupe de travail est convenu de conserver l'article 45 à la lumière de l'article 27 *bis* proposé. Il a demandé au Secrétariat de veiller à ce que le texte ne confonde pas les méthodes de passation utilisées dans des situations d'urgence et les autres types de passation fondés sur la négociation ou le dialogue.

34. L'avis a été exprimé qu'il fallait modifier l'article 27 *bis* même, en supprimant l'alinéa b) (qui autorisait l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence en cas d'événement catastrophique) car cette situation était couverte de manière adéquate par la sollicitation d'une source unique dans l'alinéa b) de l'article 29. Selon un autre avis, tant l'article 27 *bis* que l'alinéa b) de l'article 29 devaient s'appliquer aux événements catastrophiques, mais le second devait en plus préciser les cas où le recours à la sollicitation d'une source unique, plutôt qu'à la négociation avec appel à la concurrence, serait autorisé (en faisant la distinction entre l'urgence extrême et l'urgence). Il a été convenu de retenir cette dernière approche, qui serait étayée par un commentaire dans le *Guide*. Ce dernier rappellerait en outre à l'entité adjudicatrice l'obligation générale, énoncée à l'article 25-2, d'assurer une concurrence maximale lorsqu'elle choisissait une méthode de passation de marché.

35. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

36. L'avis a été exprimé qu'il fallait introduire dans cet article l'obligation de négocier durant la procédure de sollicitation d'une source unique. Selon un autre avis, la possibilité de négociations était inhérente à cette méthode (raison pour laquelle elle figurait au chapitre V). Le Secrétariat a été prié d'envisager de revoir les dispositions pour y mentionner la nécessité de négocier. Il a aussi été convenu

que le *Guide* devrait analyser plus en détail l'utilité pour l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela était possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs. Il a également été convenu que le *Guide* devrait en outre souligner que la sollicitation d'une source unique était la méthode à utiliser en dernier recours, une fois toutes les autres possibilités épuisées, et devrait encourager l'utilisation des accords-cadres pour anticiper les situations d'urgence.

37. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

B. Chapitre VI. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6)

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation de marchés

38. Le Groupe de travail a noté que cet article se fondait sur les précédents projets qu'il avait approuvés à ses sessions antérieures et qui avaient été restructurés pour établir une distinction claire entre les dispositions applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme méthode autonome de passation et celles applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation.

39. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Étant donné que l'adjectif "électronique" renvoyait au moyen à travers lequel une enchère inversée pouvait avoir lieu et non au contenu de l'enchère proprement dite, il a été proposé que le Secrétariat examine s'il conviendrait de remplacer le terme "enchère électronique inversée" par "enchère inversée menée par des moyens électroniques" ou par un terme analogue dans l'ensemble de la Loi type. À cet égard, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait déjà prise, selon laquelle seules les enchères en ligne devraient être autorisées, afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs;

b) Il a été proposé que les termes "enchère la plus avantageuse" et "meilleure enchère selon l'évaluation" soient employés pour désigner l'enchère à retenir (au lieu de "enchère la plus basse selon l'évaluation"). Conformément à sa décision d'employer le terme "offre la plus avantageuse" dans d'autres parties de la Loi type, le Groupe de travail a décidé de retenir le terme "enchère la plus avantageuse", étant entendu que le *Guide* devrait expliquer les raisons qui avaient motivé son choix;

c) Il a été proposé que les différences entre les enchères autonomes simples et complexes (à savoir les enchères fondées sur le prix et celles fondées sur le prix et d'autres critères) soient expliquées en détail dans le *Guide*. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

d) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 2, qui énuméraient le contenu de l'invitation à participer à la procédure de passation, soient abrégées moyennant un renvoi aux dispositions pertinentes figurant dans d'autres parties de

la Loi type, comme le projet d'article 33. Le Groupe de travail, rappelant que cette solution avait été examinée dans de précédents projets mais que les experts consultés par le Secrétariat l'avaient jugée d'un usage moins facile, a décidé de conserver tel quel le paragraphe 2;

e) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 2 qui faisaient double emploi avec celles figurant à l'article 49-1 soient remplacées par un renvoi à l'article 49. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

f) Il a été proposé que le commentaire du *Guide* relatif au paragraphe 2 l) renvoie au paragraphe 4 a). Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

g) Il a été proposé que les dispositions des sous-alinéas i) à iii) du paragraphe 2 n) soient transférées dans le *Guide*, comme il était suggéré dans la note de bas de page correspondante. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il a également rappelé la décision qu'il avait déjà prise au cours de la session de transférer également dans le *Guide* les dispositions entre crochets figurant au paragraphe 2 i) (voir par. 22 b) ci-dessus);

h) Il a été proposé que le paragraphe 2 u) soit supprimé et que le libellé de ce paragraphe utilisé dans d'autres articles de la Loi type soit réexaminé. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

i) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 5 a) soient libellées comme suit: "La procédure d'enchère peut être précédée d'un examen et, si nécessaire, d'une évaluation des enchères initiales lorsque le marché doit être attribué à l'enchère la plus avantageuse". Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il est convenu que le *Guide* expliquerait quand il conviendrait de procéder à un tel examen et à une telle évaluation;

40. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos de la manière appropriée.

Article 48. Exigences particulières régissant la sollicitation de participation à une procédure de passation comportant une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution d'un marché

41. Le Groupe de travail a noté que cet article se fondait sur les précédents projets qu'il avait approuvés à ses sessions antérieures et qui avaient été restructurés pour établir une distinction claire entre les dispositions applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme méthode autonome de passation et celles applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation.

42. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Abréger le titre de cet article et faire en sorte que les garanties pertinentes prévues à l'article 47 soient applicables *mutatis mutandis* aux enchères électroniques inversées utilisées en tant qu'étape d'autres méthodes de passation. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

b) Conserver le libellé figurant entre la première paire de crochets dans le chapeau du paragraphe 1. En réponse, on a exprimé la crainte que la disposition qui

en résulterait n'autorise les enchères électroniques inversées dans n'importe quelle méthode de passation. Il a été proposé que la disposition exclue le recours à ce type d'enchères dans les méthodes de passation où une telle utilisation serait manifestement inappropriée. Un vif soutien a été exprimé en faveur du maintien du libellé figurant dans la première paire de crochets, sans modification et sans crochets, compte tenu des pratiques en vigueur dans certains pays et de l'évolution des pratiques qui laissait entrevoir la possibilité d'utiliser les enchères électroniques inversées dans diverses méthodes de passation, et aussi parce que cette utilisation était nuancée par les mots "selon le cas". Le Groupe de travail a approuvé ce point de vue, étant entendu que le *Guide* donnerait des précisions sur les méthodes de passation dans lesquelles il conviendrait ou il ne conviendrait pas de tenir des enchères électroniques inversées, compte tenu des conditions d'utilisation de ce type d'enchères énoncées à l'article 28;

c) Remplacer la référence restrictive à une "formule mathématique" dans le paragraphe 1 a) par une référence plus générale à une méthode d'évaluation automatique, comprenant une telle formule, en s'inspirant du libellé similaire figurant dans l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

43. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos, de la manière appropriée.

Article 49. Inscription pour participer à l'enchère et délai pour tenir l'enchère

44. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait approuvé le projet d'article sans modification à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 222). Il a noté que certaines modifications avaient été nécessaires par la suite pour tenir compte des changements apportés à d'autres dispositions du projet de loi type révisé.

45. Le paragraphe 3, a-t-on dit, autorisait l'entité adjudicatrice à décider en toute subjectivité si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour participer à l'enchère était suffisant pour assurer une concurrence effective (et, partant, s'il fallait tenir ou non l'enchère). Il a été proposé de modifier la disposition en tenant compte de l'article 47-2 k), qui exigeait la divulgation préalable du nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin que celle-ci puisse se tenir. Il a donc été convenu de supprimer les mots "de l'avis de l'entité adjudicatrice" dans l'article 49-3.

46. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

47. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait approuvé le projet d'article sans modification à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 222). Il a noté que certaines modifications avaient été nécessaires par la suite pour tenir compte des changements apportés à d'autres dispositions du projet de loi type révisé.

48. Le Groupe de travail a noté que l'expression "enchère la plus avantageuse" serait employée dans l'article et a approuvé ce dernier.

Article 51. Exigences après la phase d'enchère

49. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé ce projet d'article sous réserve d'examiner ultérieurement l'emploi de l'expression "l'enchère la plus basse selon l'évaluation" (A/CN.9/668, par. 222).

50. Le Groupe de travail est convenu d'employer l'expression "enchère la plus avantageuse" dans l'article et de conserver "retient" de préférence à "peut retenir" dans les paragraphes 2 à 4, étant entendu que l'entité adjudicatrice aurait toujours la possibilité soit d'attribuer le marché à l'enchérisseur à retenir suivant, soit d'abandonner la passation. Le Groupe de travail est convenu que le *Guide* devrait donner des précisions sur les risques de collusion si l'entité adjudicatrice était obligée d'accepter l'enchère à retenir suivante sans avoir la possibilité d'abandonner la passation.

51. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

C. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.7)

52. Le Groupe de travail a été informé du projet de version révisée des directives de la Banque mondiale concernant la passation – par des emprunteurs de la Banque – de marchés de fournitures, de travaux et de services autres que des services de consultant financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA (mars 2010). Il a pris note des dispositions suivantes du projet concernant les accords-cadres:

"3.6 Un accord-cadre est un accord à long terme avec des fournisseurs, des entrepreneurs et des prestataires de services autres que des services de consultant qui fixe les conditions dans lesquelles des marchés spécifiques (commandes) peuvent être passés pendant toute la durée de l'accord. Les accords-cadres sont généralement fondés sur des prix qui sont soit convenus préalablement, soit déterminés au moment de la commande par une mise en concurrence ou par une procédure autorisant leur révision sans autre mise en concurrence*. Ils peuvent être autorisés en lieu et place des méthodes de consultation des fournisseurs et d'appels d'offres nationaux pour: a) les fournitures disponibles dans le commerce ou d'usage courant avec des spécifications standard; b) les services autres que les services de consultant de nature simple et non complexe dont pourrait avoir besoin le même organisme (ou plusieurs organismes) de l'Emprunteur à différents moments; ou c) les marchés de très faible valeur portant sur des travaux dans le cadre d'opérations d'urgence. L'Emprunteur expose à la Banque, aux fins d'un avis de "non-objection", les circonstances et les motifs qui justifient l'utilisation d'un accord-cadre, l'approche et le modèle particuliers adoptés, les procédures de sélection et d'attribution, et les conditions des marchés. Les accords-cadres devraient être limités à une durée maximum de trois ans. Les montants globaux maximum pour l'utilisation d'un accord-cadre sont indiqués dans le plan de passation des marchés compte tenu des risques, mais ne sont en aucun cas supérieurs aux seuils des appels d'offres nationaux, et sont convenus avec la Banque. Les accords-cadres respectent tous les principes directeurs et procédures relatifs aux appels d'offres nationaux figurant aux paragraphes 3.3

et 3.4, et notamment, mais non uniquement, ceux concernant la publicité, la concurrence équitable et ouverte, et les critères transparents d'évaluation et de sélection des offres. La publication de l'attribution de l'accord-cadre se fait suivant la procédure décrite au paragraphe 7 de l'Annexe 1.

* Les emprunteurs ont adopté différents modèles d'accords-cadres sous différents noms. Il existe trois modèles très couramment utilisés, fondés sur des méthodes de mise en concurrence fermée ou ouverte, en une ou deux étapes: i) "l'accord-cadre fermé", fondé sur des critères prédéfinis, y compris pour l'attribution de "commandes", signé avec un ou plusieurs fournisseurs/entrepreneurs et n'autorisant pas de nouveaux entrants pendant la durée de l'accord; ii) "l'accord-cadre fermé", qui interdit les nouveaux entrants mais qui se déroule en deux étapes: une première étape pour la sélection de plusieurs fournisseurs/entrepreneurs, et une deuxième étape pour l'attribution des commandes par une mise en concurrence des fournisseurs/entrepreneurs sélectionnés lors de la première étape; la commande est attribuée au candidat ayant remis l'offre évaluée la moins-disante sur la base du prix proposé et des conditions de livraison; et iii) "l'accord-cadre ouvert", qui se déroule également en deux étapes comme dans le modèle précédent, mais qui n'interdit pas la participation de nouveaux entrants.

53. Le Groupe de travail a noté que les directives n'avaient pas encore été approuvées, et qu'elles avaient été affichées sur le site Web de la Banque mondiale pour que des commentaires puissent être formulés. On s'est inquiété de ce que le projet proposé limitait les accords-cadres aux services autres que les services de consultant. Il a en outre été demandé pourquoi le projet limitait les accords-cadres aux opérations d'urgence dans le cas de marchés de travaux de très faible valeur.

Article 52. Attribution d'un accord-cadre fermé

54. L'article n'a suscité aucun commentaire. Le Groupe de travail l'a approuvé sans modification.

Article 53. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

55. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Il a été proposé que la référence à une ou plusieurs entités adjudicatrices soit conservée au paragraphe 1 et les crochets supprimés. Selon l'avis contraire, la notion de passation de marchés par de multiples entités ne présentait pas de différence qu'il s'agisse d'une procédure d'accord-cadre ou de toute autre procédure de passation. Il a donc été suggéré que les mots entre crochets soient supprimés et que le *Guide* explique que plusieurs entités adjudicatrices pouvaient être parties à un accord-cadre. L'autre solution proposée était d'aborder la question dans la définition du terme "entité adjudicatrice". Le Groupe de travail est convenu d'étudier plus avant cette question lors de l'examen de l'article 2 (Définitions);

b) Il a été proposé que l'alinéa a) du paragraphe 2 fasse référence non seulement au nombre d'années mais aussi au nombre de mois, étant donné que la durée de certains accords-cadres (en particulier ceux portant sur des biens tels que les produits informatiques, dont le prix pouvait fluctuer rapidement) pouvait se mesurer en mois et non en années. Le Groupe de travail est convenu de remplacer la fin de cet alinéa par les mots suivants, qui resteraient entre crochets: "[l'État adoptant spécifie un nombre maximum d'années ou de mois]";

c) Il a été proposé que l'adjectif "possible" soit conservé au paragraphe 2 d) ii) et dans d'autres dispositions similaires car l'autre adjectif proposé était trop restrictif. Selon l'avis contraire, l'adjectif "prévus" devait être employé car il encouragerait la planification de la passation des marchés. Si ce dernier adjectif a été jugé préférable, il a été dit que la fréquence avec laquelle les fournisseurs seraient invités à présenter des soumissions lors de la deuxième étape ne serait pas toujours prévisible et qu'il faudrait par conséquent tempérer les dispositions en insérant, au début, les mots "si nécessaire". On a fait observer que les informations sur la fréquence de la mise en concurrence lors de la deuxième étape ne liaient pas l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail est convenu de conserver l'adjectif "prévus" et de traiter dans le *Guide* les autres questions soulevées;

d) Il a été proposé que le terme "soumission la plus avantageuse" soit retenu au paragraphe 2 d) iii). Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il a rappelé la décision qu'il avait prise à sa dix-septième session et à sa session en cours (voir par. 39 b) plus haut), à savoir que le *Guide* expliquerait dans tous les cas pertinents pourquoi le Groupe de travail avait préféré le terme "offre/soumission/enchère la plus avantageuse" au terme "offre la plus basse selon l'évaluation", qui apparaissait dans la Loi type de 1994;

e) Il a été proposé que les dispositions du type prévu au paragraphe 3 b) figurent uniquement dans l'article relatif au procès-verbal de la procédure de passation (art. 23 du projet à l'étude). Il a été noté que le *Guide* renverrait à l'article 23 (où seraient regroupées les prescriptions concernant le procès-verbal) et on a donc recommandé une certaine souplesse quant à la mesure dans laquelle d'autres dispositions similaires seraient insérées dans ledit article. Selon un autre point de vue, les dispositions devaient être conservées dans l'article car elles prévoyaient une garantie procédurale importante, dont il ne serait peut-être pas tenu compte si elle figurait uniquement à l'article 23. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 3 b) dans sa rédaction actuelle tout en examinant cependant, au cas par cas, si des dispositions similaires devaient être conservées dans les autres articles de la Loi type;

f) Il a été proposé, au paragraphe 4, que l'adjectif "électronique" soit supprimé et que le mot "dispositif" soit remplacé par "moyen" ou par un terme similaire. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition et a rappelé qu'il avait précédemment décidé de traiter, en détail, dans le *Guide* les problèmes liés à l'utilisation de moyens électroniques de communication dans les procédures de passation de marchés, tels que les problèmes de sécurité.

56. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 54. Établissement d'un accord-cadre ouvert

57. En ce qui concerne le paragraphe 3 a), la suppression des mots entre crochets a bénéficié d'un certain soutien. D'autres délégations ont estimé que ces mots devaient être conservés et les crochets supprimés pour offrir une souplesse maximale, dont on a dit qu'elle pourrait être nécessaire par exemple dans les accords-cadres ouverts utilisés pour des passations transnationales. On a noté à l'appui de cette opinion les caractéristiques particulières des accords-cadres ouverts.

Selon une délégation, en particulier, non seulement de nouveaux fournisseurs mais également de nouvelles entités adjudicatrices pourraient se joindre à tout moment à l'accord-cadre. Ce point de vue n'a pas été partagé par d'autres délégations, qui ont estimé que si un État voire, peut-être, plusieurs autorisaient l'adjonction d'acheteurs durant le fonctionnement de l'accord-cadre, les dispositions dans leur rédaction actuelle partaient du principe que toutes les entités adjudicatrices seraient identifiées dès le début. On a souligné à cet égard que cette information était importante pour les fournisseurs au moment de décider de devenir parties à l'accord-cadre. Selon le point de vue opposé, la Loi type devrait envisager la possibilité que de nouvelles entités adjudicatrices se joignent à l'accord-cadre avec le consentement des fournisseurs qui y étaient déjà parties.

58. Selon une autre proposition, les dispositions en question pourraient être scindées de manière à faire une distinction entre l'entité adjudicatrice qui établissait l'accord-cadre ouvert et les autres entités adjudicatrices qui passaient des commandes sur le fondement de l'accord. Selon un point de vue exprimé, seule la première serait considérée comme étant l'entité adjudicatrice aux fins de la Loi type. Selon l'autre point de vue, qui a finalement prévalu, toute entité adjudicatrice passant une commande au titre de l'accord-cadre serait en fait considérée comme une entité adjudicatrice au regard de la Loi type. Ce principe était jugé essentiel pour que toutes les garanties s'offrant aux fournisseurs dans la Loi type s'appliquent aux relations entre ces derniers et une entité adjudicatrice passant commande. Le Groupe de travail est convenu d'examiner en temps utile la définition de l'entité adjudicatrice à l'article 2 pour vérifier que celle-ci prenait bien en compte les procédures d'accords-cadres. Il est également convenu que le paragraphe 3 a) devrait être révisé de sorte qu'il soit suffisamment souple pour permettre à plusieurs entités d'utiliser l'accord-cadre, que les fournisseurs soient suffisamment informés sur les modalités administratives de son fonctionnement, et que les parties à l'accord-cadre ainsi que les entités utilisatrices soient décrites de manière appropriée.

59. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 7 sans les crochets.

60. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos, de la manière appropriée.

Article 55. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

61. Notant qu'il faudrait modifier l'alinéa d) du paragraphe 1 en raison de la décision qu'il avait prise, précédemment au cours de la session, d'utiliser le mot "prévue" plutôt que "possible" dans des contextes similaires (voir par. 55 c) plus haut), le Groupe de travail a approuvé cet article.

Article 56. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

62. Notant qu'il faudrait peut-être modifier, le moment venu, les alinéas a) et c) du paragraphe 4 et qu'il faudrait supprimer le sous-alinéa ix) de l'alinéa b) de ce paragraphe, le Groupe de travail a approuvé cet article.

Article 57. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'un accord-cadre

63. On s'est demandé si l'emploi du terme "modification substantielle", tel qu'il était défini au projet d'article 2, était approprié dans un contexte où il était question de la "durée" de l'accord-cadre. Il a aussi été estimé que l'expression "pendant la durée d'un accord-cadre" ("during the operation of a framework agreement") était trop restrictive et que les dispositions devaient couvrir l'intégralité de la procédure d'accord-cadre de manière à ce que, en particulier, l'interdiction de toute modification substantielle s'applique au marché, ainsi qu'à la première étape de la procédure. On s'est interrogé sur les incidences que ces dispositions pourraient avoir sur d'autres méthodes de passation, et on s'est demandé plus particulièrement si l'absence de dispositions aussi explicites dans d'autres méthodes de passation impliquerait que les modifications substantielles étaient autorisées.

64. La proposition de supprimer les mots "de la passation de marché" dans cet article a suscité des réserves, car on jugeait ces mots essentiels pour indiquer qu'aucune modification substantielle de la passation de marché ne devait être permise. À cela, on a répondu que la définition du terme "modification substantielle" traitait déjà ce point et que le Groupe de travail examinerait cette définition en temps utile. Il a été fait remarquer en outre que le terme "passation de marché" faisait l'objet d'une définition et que l'emploi de ce terme, tel qu'il était défini à l'article 2, n'était pas approprié à l'article 57.

65. Le Groupe de travail est convenu de conserver cet article en supprimant les mots "de la passation de marché", et d'examiner la définition du terme "modification substantielle" en temps utile, en tenant compte du fait qu'il était envisagé de l'employer dans deux articles, à savoir les articles 44 et 57. (Pour l'examen de la définition du terme "modification substantielle", voir par. 96 à 99 plus bas.)

D. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 26 et 27, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.8)

Article 61. Droit de recours

66. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257). Il a noté que l'article avait par la suite été sensiblement révisé suite aux consultations menées par le Secrétariat avec les experts.

67. L'article n'a suscité aucun commentaire. Le Groupe de travail l'a approuvé sans modification. Il a noté qu'il serait souhaitable d'expliquer dans le *Guide* que, hormis les personnes mentionnées dans l'article, plusieurs autorités publiques auraient le droit d'engager un recours dans le cadre du chapitre VIII.

68. Pour ce qui est du chapitre dans son ensemble, il a été dit que les dispositions devraient viser à garantir une procédure de recours efficace et que le chapitre abordait de nombreuses questions qui sortaient du cadre d'une loi type sur la passation de marchés. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, le chapitre contenait un ensemble minimum de dispositions visant à garantir l'efficacité des recours et que le *Guide* devrait de ce fait encourager les États adoptants à en

incorporer toutes les dispositions si leur système juridique le permettait. Il a été pris note à cet égard de l'évolution des pratiques et des réformes actuelles concernant les mécanismes de recours dans la passation des marchés, qui visaient à garantir l'efficacité de ces mécanismes, et de la contribution que la Loi type révisée pourrait apporter dans ce domaine.

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

69. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

- a) Il faudrait supprimer le début du paragraphe 1 car il était superflu;
- b) La Loi type devrait prévoir un éventail plus large de possibilités en matière de recours, y compris celle d'introduire un recours judiciaire immédiat (auprès de la plus haute instance judiciaire plutôt que des instances inférieures) contre la décision d'une instance administrative de recours; il faudrait épuiser toutes les voies de recours administratif disponibles avant tout recours judiciaire; et il faudrait mentionner l'épuisement des recours internes. Pour ce qui est des deux derniers points, on a estimé qu'ils sortaient du cadre de la Loi type;
- c) Au paragraphe 2 a), les mots "conditions de la sollicitation" englobaient en fait aussi tout additif qui pourrait être publié à la suite d'un éclaircissement ou d'une modification, et le *Guide* devrait préciser ce point;
- d) Il faudrait supprimer la condition énoncée à la fin du paragraphe 2 b) ("à condition qu'aucune réclamation ne puisse être soumise après l'entrée en vigueur du marché"), car elle introduisait une limitation inutile. Il a été proposé que le *Guide* explique qu'une telle condition pouvait être utile dans certains pays où l'entité adjudicatrice ne pouvait pas annuler un marché mais qu'elle n'avait aucun intérêt dans les pays où l'entité adjudicatrice pouvait le faire;
- e) Si l'on supprimait cette condition, il faudrait compléter la disposition pour empêcher les fournisseurs de compromettre l'entrée en vigueur du marché en présentant une réclamation juste avant la signature du marché. Le Groupe de travail n'a pas fini d'examiner cette question;
- f) Le paragraphe 2 b) devrait établir, en ce qui concerne le délai de présentation d'une réclamation, un lien avec les dispositions relatives au délai d'attente et limiter la portée des réclamations pouvant être présentées sur son fondement, compte tenu en particulier du paragraphe 2 a);
- g) Il faudrait insérer les mots "l'État adoptant spécifie le nombre de jours souhaité" entre les crochets figurant au paragraphe 2 b);
- h) Les dispositions devraient prévoir la responsabilité des fournisseurs s'ils compromettaient intentionnellement l'entrée en vigueur ou l'exécution du marché. En réponse, l'avis a été exprimé que l'article 65 prévoyait déjà un moyen de traiter les réclamations non fondées.

70. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante

71. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Il faudrait supprimer le début du paragraphe 1;

b) Du fait que le chapeau du paragraphe 5 risquait d'être interprété comme permettant de conférer à l'instance administrative le pouvoir limité de n'accorder qu'une seule des réparations énumérées, le texte et le *Guide* devraient préciser que les dispositions visaient à faire en sorte que cette instance soit en mesure d'exercer tous les pouvoirs prévus afin de mettre en place un système de réparation efficace;

c) Les mots "sauf s'il déboute le requérant" devraient être supprimés du chapeau du paragraphe 5 et le rejet de la réclamation devrait être ajouté à la liste figurant dans ce même paragraphe;

d) Les alinéas a) à c) du paragraphe 5 devraient être supprimés car ils ne prévoyaient pas des "réparations" à proprement parler mais énonçaient plutôt des mesures que l'instance de recours prendrait habituellement durant la procédure de recours lorsqu'elle accorderait les réparations mentionnées aux alinéas d), e), g) et h). Selon l'avis opposé, il fallait conserver l'intégralité de la liste du paragraphe 5. On s'est inquiété de ce que certaines des réparations énumérées englobaient nécessairement les autres mesures figurant aussi dans la liste. En réponse, l'avis a été exprimé que l'instance administrative de recours n'accorderait pas toutes les réparations prévues mais seulement celles qui étaient appropriées en l'espèce et que son choix dépendrait de l'étape de la procédure de passation durant laquelle le recours était engagé. Il a été proposé de supprimer le mot "réparations" du chapeau du paragraphe 5, ou de le remplacer par une expression du type "mesures et réparations" (et de ne supprimer aucune des réparations énumérées dans le paragraphe). Une autre proposition du même ordre était de regrouper certaines des mesures énumérées dans ce paragraphe;

e) L'alinéa a) du paragraphe 5 devrait être fusionné avec le chapeau pour ne pas donner l'impression que la mesure qu'il énonçait se plaçait au même niveau que les autres réparations énumérées dans ce même paragraphe. À cet égard, on a exprimé la crainte en particulier que le pouvoir d'énoncer les règles ou les principes juridiques applicables ne constitue pas une réparation efficace. Selon le point de vue opposé, il fallait conserver l'alinéa a) et peut-être le développer car, dans certaines situations, l'énoncé des règles ou des principes juridiques applicables était probablement la seule mesure possible ou nécessaire pour une instance administrative de recours;

f) Il faudrait remplacer le mot "annuler" aux alinéas d) et h) du paragraphe 5 et dans toutes les autres dispositions où il apparaissait, par un autre terme qui ne sous-entende pas les conséquences qu'engendrerait la mesure prise. Le *Guide* devrait expliquer que le terme recouvrait tant les effets *ex nunc* que les effets *ex tunc*, selon qu'il convenait dans les circonstances de l'espèce et conformément au droit de l'État adoptant;

g) Il faudrait reconsidérer la mesure prévue à la fin de l'alinéa e) du paragraphe 5 (le fait que l'instance administrative de recours substitue sa propre décision à celle de l'entité adjudicatrice) car il n'était pas certain qu'elle soit utile et appropriée dans la pratique. On a exprimé la crainte que les dispositions, si elles étaient conservées, ne modifient la nature de l'instance administrative de recours, qui ne serait plus un simple organe de contrôle mais un organe de décision, et ne lui permettent de s'ingérer dans des décisions relatives à la passation de marché envisagée, qui devraient relever de la compétence exclusive de l'entité

adjudicatrice. Ces dispositions, a-t-on noté, exigeraient que l'instance administrative de recours maîtrise les questions liées à la passation des marchés et connaisse la passation envisagée, ce qui en réalité n'était pas habituellement le cas. On a répondu que, dans certains systèmes, il était fréquent de conférer un tel pouvoir à une instance administrative de recours. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver telles quelles les dispositions, étant entendu que divers types de décisions étaient prises durant la procédure de passation et que l'instance administrative de recours devrait être en mesure de substituer ses propres décisions aux décisions illégales de l'entité adjudicatrice pour lesquelles elle avait l'autorité et la capacité de le faire;

h) L'alinéa e) du paragraphe 5 devrait rétablir les mots figurant à la fin de l'alinéa d) du paragraphe 3 de l'article 54 de la Loi type de 1994, à savoir "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché". Ces mots, a-t-on dit, fixaient une limite appropriée qui empêchait l'instance administrative de recours de substituer, à la décision de l'entité adjudicatrice, sa propre décision concernant l'attribution d'un marché. Selon le point de vue opposé, il ne fallait pas imposer de limite absolue de cet ordre: si le système juridique de l'État adoptant autorisait l'instance administrative de recours à substituer à la décision de l'entité adjudicatrice sa propre décision sur l'attribution du marché, cette possibilité devrait être préservée. Le Groupe de travail a rappelé à ce sujet qu'il avait décidé à une précédente session de ne pas reprendre les mots en question dans la Loi type révisée (du fait qu'il était convenu de prévoir la possibilité pour une instance administrative de recours d'annuler le marché entré en vigueur).;

i) Les mots "confirmer une décision légale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle" devraient être ajoutés à l'alinéa e) du paragraphe 5;

j) Les deux options de l'alinéa f) du paragraphe 5 devraient être conservées comme dans la Loi type de 1994 (en rétablissant les deux options telles qu'elles étaient formulées dans le texte de 1994). En réponse à cette proposition, on a rappelé l'examen dont la réparation du préjudice éventuel avait fait l'objet au sein du Groupe de travail. Compte tenu des craintes qu'avait suscitées lors des précédentes sessions une disposition autorisant la réparation de ce type de préjudice, qui risquait notamment de compromettre la procédure de passation, il fallait, selon l'avis qui a prévalu, conserver les mots dans la première série de crochets à l'alinéa f) (et employer le verbe "est" plutôt que "peut être") et limiter la réparation au coût de la préparation de l'offre ou autre soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou encore à l'ensemble de ces coûts. Il a été noté que le *Guide* devrait expliquer que cette solution favoriserait un recours administratif rapide et efficace sans exclure toutefois la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel par voie judiciaire (ou devant des instances administratives de recours si le système juridique de l'État adoptant le permettait, ou par une action dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution avait commencé). Il a été noté que ce dernier point devrait être souligné dans le commentaire du *Guide* accompagnant l'alinéa f) et dans celui traitant de l'article 66 sur le recours judiciaire;

k) Il faudrait placer l'alinéa f) à la fin de la liste du paragraphe 5 pour montrer clairement que les dispositions s'appliquaient aux réclamations présentées avant l'entrée en vigueur du marché et à celles présentées après;

l) Il faudrait réexaminer la question de savoir s'il convenait d'inclure la mesure prévue à l'alinéa h) du paragraphe 5 dans une loi sur la passation de marchés. On a répondu que cette mesure pouvait être facultative. La proposition a suscité une opposition du fait que la liste énumérait des réparations possibles et que les dispositions étaient jugées essentielles dans un système de recours efficace. Le Groupe de travail a rappelé à cet égard qu'il avait décidé à sa précédente session de ne pas suivre l'approche de la Loi type de 1994, qui n'envisageait pas qu'une instance administrative de recours puisse annuler un marché entré en vigueur;

m) Il faudrait envisager d'imposer soit dans la Loi type, soit dans le *Guide* un délai dans lequel l'instance administrative pourrait le cas échéant annuler un marché. On a fait observer que toutes les autres mesures de réparation avaient un lien avec des étapes de la procédure de passation qui précédaient l'entrée en vigueur du marché et qu'elles étaient donc limitées dans le temps, alors que la possibilité d'annuler le marché semblait ne pas être ainsi limitée;

n) Le texte suivant devrait être ajouté à la fin de la liste du paragraphe 5: "et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée dans les circonstances de l'espèce";

o) Le terme "instance administrative indépendante de recours" et non simplement "instance administrative de recours" devrait être employé dans le chapitre. On s'est inquiété de ce que, à l'exception de la modification apportée au titre de l'article 63, aucune disposition n'avait été insérée dans le projet de loi type révisée qui garantisse l'indépendance de l'instance administrative de recours. Il a été proposé que les dispositions de l'article contiennent au moins des règles minimales qui assurent l'indépendance de cette instance (par exemple concernant sa composition, en ce sens que les membres de l'instance devraient être indépendants des organismes publics concernés). Selon un autre avis, qui a finalement prévalu, la Loi type devrait poser le principe de l'indépendance de l'instance administrative de recours sans prescrire toutefois les modalités pour garantir cette indépendance, étant entendu que les moyens de la garantir varieraient d'un État à l'autre selon sa situation interne et que le *Guide* traiterait ces questions.

72. Le Groupe de travail a décidé que certaines des propositions présentées ci-dessus devraient être incorporées dans le paragraphe 5, qui serait alors révisé comme suit:

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

a) [supprimé];

b) à d) [conservés tels quels, à l'exception du mot "annuler" à l'alinéa d), qui serait remplacé par un terme plus approprié, accompagné d'une note explicative dans le *Guide*];

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle [, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché], ou lui substituer sa propre décision, ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle; [en indiquant dans le *Guide* que le texte entre crochets

pourrait être omis dans les États adoptants où l'instance administrative de recours serait autorisée à substituer le marché];

f) [déplacé à la fin de la liste tel que révisé à la session en cours];

g) [conservé tel quel];

h) [conservé tel quel, à l'exception du mot "annuler", qui serait remplacé par un terme plus approprié, accompagné d'une note explicative dans le *Guide*];

i) Rejeter la réclamation;

j) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée, dans le cadre de la procédure de passation du marché, par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle et pour toute perte ou tout dommage subi, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou à l'ensemble de ces coûts;

et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée en l'espèce."

73. Il était entendu par le Groupe de travail que le *Guide* soulignerait le fait que le paragraphe 5 constituait un ensemble minimal de mesures devant pouvoir être prises par l'instance administrative de recours en fonction des circonstances, pour garantir un recours administratif indépendant et efficace. L'État adoptant serait par conséquent censé incorporer toutes les mesures énumérées à moins que, ce faisant, il ne viole sa Constitution ou ses autres lois. Le Groupe de travail a en outre noté que le *Guide* préciserait que le dernier membre de phrase ajouté aux dispositions du paragraphe 5 visait à garantir un recours efficace.

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

74. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 267 et 268) mais qu'il avait reporté à une date ultérieure l'examen des exceptions possibles aux dispositions sur la divulgation (A/CN.9/668, par. 131). Il a été noté que le comité de rédaction informel avait ensuite proposé, en juillet 2009, de placer les mots "et le droit de demander que la procédure soit publique" entre crochets dans le paragraphe 3 pour un examen ultérieur afin, en particulier, de tenir compte des préoccupations exprimées à propos des motifs de défense et de sécurité nationales et d'autres motifs justifiant des exceptions à l'information du public. Le Groupe de travail a noté que certaines dispositions de l'article avaient été de nouveau révisées à l'issue des consultations entre le Secrétariat et les experts, en particulier s'agissant des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, et suite aux délibérations de sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 267 b)).

75. Le Groupe de travail est convenu: a) d'employer le mot "réclamation" et non "demande" dans l'ensemble du chapitre pour assurer la cohérence; b) de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 3 en supprimant les crochets,

étant entendu que ces dispositions devraient être lues conjointement avec le paragraphe 6, qui permettrait à l'instance de recours de ne pas accorder le droit de demander que la procédure soit publique pour des raisons de confidentialité; c) de remplacer la fin du paragraphe 3 par "le droit de produire des preuves, y compris des témoins"; et d) de conserver le paragraphe 7 sans crochets, ce qui devrait assurer une transparence adéquate et garantir que le procès-verbal de la procédure de passation de marché soit complet. Il a été noté que l'article 23-1 r) devrait être aligné sur le paragraphe 7 et exiger que la décision, plutôt qu'un résumé de la décision, soit versée au procès-verbal de la procédure.

76. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché

77. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article, qui se fondait sur l'article 56 de la Loi type de 1994, sans modification (A/CN.9/668, par. 269).

Paragraphe 1

78. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Les dispositions du chapeau du paragraphe 1 devraient clairement indiquer à quelle instance de recours une réclamation était présentée, en s'inspirant de l'article 56-1 de la Loi type de 1994 (par des renvois aux articles appropriés sur le fondement desquels étaient présentées les réclamations). Il a été demandé si des renvois aux articles 62 et 63, sans renvoi à l'article 66, seraient suffisants;

b) Il faudrait supprimer la référence à une "réclamation futile" au paragraphe 1 a), jugée superflue dans la mesure où une réclamation qui remplissait la deuxième condition ne pouvait pas être futile. Selon un autre avis, la notion de "réclamation futile" ne devait pas être abandonnée car, dans la pratique, il pouvait y avoir des réclamations manifestement inappropriées qui devaient être immédiatement rejetées, auquel cas il ne serait pas nécessaire d'en examiner le contenu pour démontrer qu'elles ne pouvaient pas aboutir;

c) Il faudrait envisager, pour remplacer le mot "futile", un autre terme qui traduirait mieux le sens recherché et s'appliquerait aussi à une réclamation destinée à entraver le processus. Le Groupe de travail a décidé, à titre provisoire, d'employer le terme "réclamation manifestement dénuée de fondement";

d) Il faudrait reformuler comme suit l'alinéa a) du paragraphe 1:

"1. La présentation d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours:

a) Sous réserve que:

i) La réclamation comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage grave s'il n'y a pas suspension de la procédure;

- ii) La réclamation ne soit pas manifestement dénuée de fondement et qu'il soit, par conséquent, probable qu'elle aboutisse;
 - iii) L'octroi d'une suspension n'entraîne pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;”
- e) L'alinéa a) du paragraphe 1 pourrait aussi être reformulé comme suit:
- “1. La présentation d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours:
- a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas manifestement dénuée de fondement et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que:
 - i) Le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage grave s'il n'y a pas suspension de la procédure;
 - ii) La réclamation aboutira vraisemblablement; et
 - iii) L'octroi d'une suspension n'entraînerait pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;”
 - f) La question des déclarations frauduleuses pouvant être faites dans le cadre du paragraphe 1 a) devrait être régie par d'autres branches du droit.

79. On a exprimé des craintes au sujet des différentes formulations proposées ci-dessus pour le paragraphe 1 a), car elles ne changeaient rien au caractère superflu de la disposition évoqué plus haut: si la réclamation était à première vue manifestement dénuée de fondement, elle ne pouvait pas aboutir. À l'issue de la discussion qui a suivi, le Secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe 1 en tenant compte des principes suivants:

- a) La suspension ne serait pas automatique si la réclamation était à première vue manifestement dénuée de fondement;
- b) Si la réclamation n'était pas à première vue manifestement dénuée de fondement, elle devrait comporter une déclaration indiquant que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage grave si la procédure n'était pas suspendue et que la réclamation aboutirait vraisemblablement. Il incombait au fournisseur ou à l'entrepreneur de démontrer ou de prouver le contenu de cette déclaration;
- c) Si l'entité adjudicatrice voulait contester une suspension automatique ou avait l'intention de ne pas appliquer une suspension, dans les situations décrits au point b) ci-dessus, elle aurait la charge de prouver que la suspension entraînerait ou aurait entraîné un préjudice disproportionné pour elle-même ou pour d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou que les conditions visées à l'article 65-1 b) étaient réunies. Une réserve a également été émise quant à la possibilité pour l'entité adjudicatrice de contester une suspension automatique;
- d) Les dispositions devraient indiquer clairement à qui la déclaration et la preuve des conditions visées aux points a) à c) susmentionnés devaient être fournies.

Notes de bas de page 16 et 17

80. Pour ce qui était de la note 16, le Groupe de travail a été invité à examiner la question de savoir, d'une part, s'il devait y avoir une nouvelle suspension de courte durée pour permettre un appel une fois qu'il avait été statué sur la réclamation et, d'autre part, qui déterminait, et sur quel fondement, si la réclamation remplissait les conditions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1. Il a été suggéré que le paragraphe 2 traite ces questions.

81. L'idée que le contenu des notes 16 et 17 soit uniquement reflété dans le *Guide* a été appuyée. Il a également été proposé de déplacer le paragraphe 2 pour l'insérer dans le *Guide*. Le Groupe de travail n'a pas accepté cette proposition.

Paragraphe 4

82. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 4 en supprimant les crochets.

Article 56-2 de la Loi type de 1994

83. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quatorzième session, il avait décidé de ne pas intégrer les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée, en raison de l'adoption d'un délai d'attente (A/CN.9/664, par. 71). Il a aussi rappelé que le projet d'article 20-3 prévoyait qu'il pourrait ne pas y avoir de délai d'attente dans certaines conditions. Au vu de ces éléments, le Groupe de travail a examiné s'il fallait rétablir les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée. Si cette proposition a été appuyée, l'avis a aussi été exprimé que les dispositions en question devraient uniquement être applicables en l'absence d'un délai d'attente.

84. Le Groupe de travail a décidé de rétablir les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée, après le paragraphe 2 de l'article 65, sans faire référence à un délai d'attente.

Délais de présentation des réclamations

85. On s'est inquiété de ce que les délais de présentation des réclamations visés aux articles 62 et 63 (et, par conséquent, la période pendant laquelle il serait possible de suspendre le marché) étaient illimités. Le Groupe de travail a été invité à envisager de définir des délais raisonnables au terme desquels il ne devrait plus être possible de connaître d'une réclamation.

86. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler les dispositions concernées pour prévoir un délai de présentation des réclamations, délai qui déterminerait à son tour la période pendant laquelle il serait possible de suspendre le marché. On a proposé de faire courir le délai à partir de la date de publication de l'avis d'attribution, lorsque celle-ci était requise, ou de la date à laquelle l'avis d'attribution était communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs, en application de l'article 20-10. Il a aussi été proposé de laisser aux États adoptants le soin de définir le délai, comme cela avait été le cas pour le délai d'attente, et d'attirer leur attention sur la nécessité d'aligner tous les délais qui étaient laissés à leur appréciation dans l'ensemble de la Loi type. Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard l'examen des mêmes questions qui se posaient en cas d'échec d'une

procédure de passation (c'est-à-dire une procédure qui n'aboutissait pas à la conclusion d'un marché).

87. On s'est inquiété de ce que la Loi type ne précisait pas si les délais devaient être exprimés en jours calendaires ou en jours ouvrables. Le Secrétariat a été prié de l'indiquer clairement lorsqu'il reformulerait les dispositions concernées et d'expliquer dans le *Guide* que, pour de brefs délais, il faudrait utiliser les jours ouvrables.

88. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 66. Recours judiciaire

89. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article, fondé sur l'article 57 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 269).

90. Il a été proposé de développer cet article pour en accroître l'efficacité, en incorporant le contenu des articles 62 à 65, notamment les dispositions garantissant la régularité de la procédure et la transparence, celles sur les réparations possibles et celles sur la suspension de la procédure de passation ou la suspension de l'entrée en vigueur ou de l'exécution du marché. Des réserves ont été émises au sujet de cette proposition, au motif que ces questions seraient régies, ou étaient censées l'être, par un corps de règles distinct dans les États adoptants, de manière à ne pas compromettre l'indépendance de l'ordre judiciaire. On a aussi noté que certaines dispositions des articles 62 et 65 ne seraient pas appropriées ou applicables dans le contexte des recours judiciaires. Le Groupe de travail a souligné qu'il ne fallait pas restreindre involontairement les pouvoirs plus étendus des tribunaux (tels que celui d'accorder réparation pour les coûts éventuels ou d'octroyer des mesures provisoires). Une autre proposition consistait à reformuler l'article pour tenir compte des prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption². On s'est par ailleurs demandé s'il n'était pas préférable d'examiner les moyens de mettre en place un recours judiciaire efficace uniquement dans le *Guide*.

91. On a exprimé la crainte que certains pays ne reconnaissent pas les procédures des articles 63 à 65, comme l'indiquait une note relative à l'article 63, et qu'ils ne prévoient qu'un recours judiciaire. Il a été noté que, de ce fait, les garanties prévues dans ces articles ne seraient peut-être pas disponibles dans ces pays. On a souligné que, si les articles 61 à 65 n'étaient pas adoptés, ces garanties devraient être intégrées dans la procédure de recours judiciaire.

92. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'incorporer des dispositions supplémentaires dans le chapitre VIII, destinées aux pays qui n'adopteraient pas les articles 62 à 65, pour que les garanties évoquées ci-avant existent dans la procédure de recours judiciaire.

93. Il a été suggéré que le commentaire du *Guide* relatif au chapitre VIII fasse référence aux dispositions applicables de la Convention des Nations Unies contre la corruption. On a aussi noté que ce commentaire devrait examiner, en s'inspirant de la note 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.2, l'importance d'autres branches

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

du droit et d'autres instances lorsqu'un recours était déclenché, par exemple, du fait d'un acte de fraude ou de corruption (y compris la nécessité d'alerter les autorités concernées pour que des mesures appropriées soient prises).

E. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 et 2)

Préambule

94. On a exprimé la crainte que le libellé de l'alinéa b) concernant la nationalité ne laisse entendre que l'on favorisait de manière générale la concurrence nationale, plutôt qu'internationale. Il a par conséquent été proposé de supprimer les mots "en particulier, le cas échéant, leur participation" de cet alinéa. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

Titre et article 1

95. Le titre et l'article premier du projet n'ont suscité aucun commentaire.

Article 2. Définitions

"Modification substantielle"

96. On s'est inquiété de ce que la définition ne mentionnait pas l'un des principaux risques liés à une modification substantielle, à savoir que le groupe de fournisseurs potentiels soit affecté. On a proposé de revoir cette définition pour qu'elle fasse référence à une telle conséquence.

97. Il a été noté que, suite aux délibérations de la session en cours, la Loi type révisée interdirait toute modification substantielle dans le contexte de l'article 44 (négociations consécutives) et de l'article 57 (procédures d'accords-cadres). On s'est inquiété du fait qu'aucune interdiction de ce genre n'était envisagée dans l'article 14 (clarification et modification du dossier de sollicitation). Il a été demandé quelles conséquences pouvait avoir une modification substantielle de la passation si celle-ci intervenait lors de la modification du dossier de sollicitation. Le Groupe de travail a été invité à examiner les possibilités suivantes:

a) Interdire de façon générale toute modification substantielle durant la procédure de passation, interdiction qui s'appliquerait à toutes les méthodes de passation, à de rares exceptions près, comme la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 43). Il était entendu que, dans ces cas, une modification substantielle devait entraîner une nouvelle procédure de passation;

b) Autoriser les modifications substantielles, à condition qu'elles soient publiées ou diffusées de la même manière que la sollicitation initiale. On a noté qu'il fallait adopter une approche plus souple pour certaines méthodes de passation, comme la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 43).

98. Le Groupe de travail a admis qu'il serait difficile de formuler une définition des actes pouvant entraîner une modification substantielle qui convienne à toutes les situations où se justifiait l'interdiction de ce type de modification. Il a prié le Secrétariat de réviser la définition pour y indiquer qu'une modification substantielle s'entendait de la modification de n'importe quel aspect de la passation du marché

qui produisait les effets décrit à la fin de cette définition. Il faudrait en outre réviser l'article 14 et, au besoin, d'autres articles de la Loi type pour y prévoir l'obligation de rendre publique toute modification comme indiqué ci-dessus (ou exiger une nouvelle passation lorsque cela était nécessaire). Il a aussi été dit que les dispositions de l'article 14-2 devraient renvoyer à l'article 13 *bis*-3, afin que la date limite de soumission soit reportée de façon appropriée en cas d'additif modifiant la sollicitation émis par l'entité adjudicatrice.

99. Le Secrétariat a également été invité à envisager de mentionner dans le *Guide* qu'il y avait "modification substantielle" lorsque, pour des motifs de concurrence, d'efficacité, d'équité ou pour d'autres motifs, l'entité adjudicatrice devait rouvrir une passation car la nature du marché – les biens ou services devant être acquis par exemple – avait tellement changé que la mise en concurrence initiale n'avait pas permis aux soumissionnaires potentiels ou autres d'être équitablement informés de ses véritables besoins. Il a été rappelé que la question de la modification substantielle d'un marché n'avait pas été examinée et qu'elle devrait faire l'objet de délibérations futures.

"Documentation de préqualification"

100. Il a été convenu de conserver la définition sans les crochets.

"Passation de marché"

101. Le Secrétariat a été prié de revoir les mots "par un moyen quelconque".

"Entité adjudicatrice"

102. Il a été proposé de modifier la définition afin d'y prévoir la possibilité pour plusieurs entités adjudicatrices de devenir parties à un accord-cadre. Une autre proposition était de modifier la définition du terme "passation de marché public" pour y introduire cette possibilité. La question de la pluralité des entités adjudicatrices ne se posait pas, a-t-on estimé, uniquement dans le contexte des accords-cadres.

103. La modification à cette fin de la définition du terme "passation de marché public" a suscité des réserves. On a noté que cette définition avait pour principal objet de souligner que la Loi type s'appliquait aux marchés publics et non à la passation des marchés privés. Le Groupe de travail a décidé d'adopter la première proposition mentionnée au paragraphe 102 ci-dessus. Il a également été convenu de supprimer les mots "du présent État" dans la définition du terme "entité adjudicatrice" pour tenir compte des passations transnationales.

"Politiques socioéconomiques"

104. Des doutes ont été émis sur la nécessité d'une telle définition. On s'est inquiété de ce que sa formulation était si générale qu'elle permettait de considérer presque toutes les politiques comme des politiques socioéconomiques de l'État. Selon le point de vue opposé, il fallait conserver la définition car elle prévoyait une garantie importante obligeant à définir les politiques socioéconomiques dans la législation.

105. Il a été proposé de supprimer le passage entre crochets ainsi que les mots “et autres”. Cette proposition a été appuyée. Face à l’inquiétude suscitée par la suppression des mots “et autres”, il a été demandé quelles politiques autres qu’environnementales, sociales et économiques pouvaient être visées. Étant entendu que la définition visait non seulement les mesures dans le domaine environnemental, social ou économique mais aussi celles à caractère politique, et que leur application dans les passations de marchés devrait être permise, à condition que la règle de transparence exigeant qu’elles soient mentionnées dans la législation ou la réglementation soit respectée, les mots “et autres” devraient être conservés dans la définition selon l’avis qui a prévalu.

106. Le Groupe de travail est donc convenu de conserver la définition en supprimant le passage entre crochets et en maintenant les mots “et autres”. Il a été convenu d’expliquer dans le *Guide* que la définition, en faisant référence à “d’autres” politiques socioéconomiques, n’entendait pas que la liste de ces politiques était ouverte mais renvoyait plutôt aux politiques mentionnées dans la législation de l’État adoptant et à celles qui pouvaient découler de règles internationales, comme les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l’ONU.

107. Il a aussi été dit au Groupe de travail que la pratique de certains États montrait que plusieurs organes étaient normalement compétents pour adopter des politiques socioéconomiques. Le Secrétariat a été prié de revoir les commentaires dans la note de bas de page 16 (dont le contenu pourrait figurer dans le *Guide*) pour tenir compte de ces pratiques.

“Sollicitation”

“Sollicitation directe”

108. Les avis ont divergé à propos du maintien ou non, dans la définition, du mot “exceptionnelle”. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de le supprimer.

“Délai d’attente”

109. Il a été proposé de remplacer les mots “décision prévue” par “attribution prévue” et de supprimer le reste de la définition. Cette proposition a suscité des inquiétudes car elle ne tenait pas compte de la possibilité que l’entité adjudicatrice attribue le marché à la soumission à retenir suivante ou qu’elle abandonne la passation suivant les conditions énoncées dans la Loi type.

110. Le Secrétariat a été prié d’aligner la définition sur l’article 20-2 pour que le sens de cet article ressorte plus précisément.

“Soumission à retenir”

111. Il a été convenu de supprimer la définition.

Autres définitions

112. Aucun commentaire n’a été formulé au sujet des autres définitions de l’article.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

113. Il était entendu que le *Guide* expliquerait les références aux traités et leurs effets sur l'application de la Loi au niveau national. Il expliquerait en particulier que des règles plus strictes pourraient s'appliquer mais que les obligations internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties fondamentales de la Loi type.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

114. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 5. Publication des textes juridiques

115. On s'est inquiété des mots "et actualisées si nécessaire" figurant à la fin du paragraphe 2. Le Groupe de travail est convenu de supprimer ces mots.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

116. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 7. Communications dans la passation des marchés

117. Il a été proposé que le *Guide* explique: a) que, dans les passations mettant en jeu des informations classifiées, ces informations pourraient être insérées dans un appendice au dossier de sollicitation qui ne serait pas rendu public, contrairement au reste du dossier; et b) qu'on pourrait modifier les moyens de communication en publiant un additif au dossier de sollicitation initial.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

118. Les propositions suivantes ont été faites au sujet de l'alinéa a) du paragraphe 1:

a) L'alinéa devrait mentionner la "loi" et non les "règlements en matière de passation des marchés", car certains pays n'avaient peut-être pas adopté de tels règlements;

b) L'alinéa devrait être reformulé ou supprimé afin de ne pas prévoir le droit automatique de recourir à la passation de marché national lorsque la valeur du marché était peu élevée. On a exprimé l'avis qu'il était possible de limiter la concurrence en appliquant des politiques socioéconomiques, comme l'autorisait la Loi type, et que l'objectif ici était de permettre une plus grande efficacité dans la passation lorsque la concurrence internationale n'intervenait pas. L'avis a également été exprimé que les dispositions étaient en contradiction avec l'un des objectifs de la Loi type, à savoir promouvoir la concurrence internationale. À l'appui de cet avis, on a aussi déclaré que les dispositions aboutiraient à un traitement injuste ou inégal et auraient des incidences négatives en limitant le choix des possibilités et la liberté de participation;

c) L'alinéa devrait être conservé sous sa forme actuelle étant donné que de nombreux systèmes, y compris celui de la Banque mondiale, prévoyaient le recours à la passation de marchés nationaux, et que les efforts faits pour ouvrir les marchés

aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers n'avaient pas un caractère universel. Il a été ajouté que si les amendements proposés limitaient excessivement les dispositions, les États adoptants n'en tiendraient tout simplement pas compte;

d) L'alinéa devrait être reformulé afin d'établir un meilleur équilibre entre, d'une part, la promotion de la concurrence et, d'autre part, la reconnaissance du droit souverain d'utiliser le système de passation dans le but de promouvoir le développement local et les entreprises locales. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des principes directeurs qui avaient présidé à la rédaction des dispositions de l'article 8 était que l'État était libre d'utiliser la passation de marchés pour promouvoir ses politiques socioéconomiques et autres dans la mesure où celles-ci étaient rendues publiques et appliquées dans la transparence tout au cours du processus de passation;

e) L'alinéa devrait être conservé et le *Guide* devrait expliquer ce qu'on entendait par marché de faible valeur afin d'éviter que l'État adoptant ne fixe un seuil élevé pour soustraire à la concurrence internationale la plus grosse partie de ses passations. Il a été noté que le seuil fixé pour les marchés de faible valeur ne serait pas le même dans tous les États adoptants et qu'il serait impossible de définir un seuil unique pour tous ces États. Toutefois, le *Guide* devrait promouvoir une interprétation commune de la notion de faible valeur;

f) Les dispositions devraient être reformulées pour exiger à la fois la prise en considération de la faible valeur du marché et une absence prévisible d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers pour la passation en question, en s'inspirant à cet égard des dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994. Il a été rappelé que les dispositions du texte de 1994 signifiaient que, même si l'entité adjudicatrice soumettait la passation à la concurrence internationale, en l'absence d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, il n'y aurait pas de participation internationale;

g) Le fait de rétablir les dispositions de la Loi type de 1994 supprimerait l'interdiction générale faite aux étrangers de participer à la passation de marchés de faible valeur. L'avis a été exprimé que les fournisseurs étrangers devraient être autorisés à participer à ce type de passation s'ils choisissaient de le faire, mais (conformément à l'approche retenue dans la Loi type de 1994), l'entité adjudicatrice ne serait pas tenue d'appliquer certaines procédures intéressant uniquement la passation de marchés internationaux (par exemple, publication de la sollicitation dans un journal de grande diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international).

119. À propos des autres paragraphes du texte, les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Le paragraphe 1 b) devrait mentionner les politiques socioéconomiques de l'État. Selon l'avis opposé, ces dispositions, qui se fondaient sur les dispositions équivalentes de la Loi type de 1994, devraient être maintenues telles qu'elles étaient libellées;

b) Le paragraphe 2 devrait employer les mots "À moins qu'elle n'y soit tenue ou autorisée" afin de prévoir la possibilité de ne pas laisser des fournisseurs ou entrepreneurs participer à la procédure de passation suite à une mesure d'exclusion;

c) Le paragraphe 4 devrait être maintenu sans crochets;

120. Le Groupe de travail est convenu: i) de réviser l'alinéa a) du paragraphe 1 en s'inspirant du texte de l'article 23 de la Loi type de 1994; ii) de conserver l'alinéa b) tel qu'il était libellé; iii) de reformuler le paragraphe 2 dans le sens proposé; iv) de maintenir le paragraphe 4 sans crochets; et v) de reconsidérer la nécessité de donner une définition des politiques socioéconomiques.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

121. S'agissant du début du paragraphe 2 placé entre crochets, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il fallait rétablir le libellé de 1994. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de fusionner le libellé de 1994 et le texte actuel.

122. Le Groupe de travail a approuvé la proposition de supprimer du paragraphe 2 i) les mots "les normes éthiques et autres applicables" et de les mentionner en tant que condition distincte sans rapport avec l'aptitude à exécuter le marché.

123. Une proposition tendant à remplacer au paragraphe 4 les mots "est énoncée" par le verbe "renvoyer" n'a pas obtenu de soutien. Il a été pris note des raisons de cette proposition, en particulier que, dans certains pays, les conditions standards relatives aux qualifications figuraient dans les règlements en matière de passation des marchés, et la documentation de préqualification renvoyait alors auxdits règlements au lieu de reproduire ces conditions. On a toutefois fait observer que, pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement, la Loi type exigeait que toutes les conditions soient énoncées dans le dossier de sollicitation et la documentation de préqualification. Il a été proposé que le *Guide* indique qu'il serait satisfait aux exigences du paragraphe 4 si la documentation de préqualification ou le dossier de présélection renvoyaient aux conditions relatives aux qualifications qui se trouvaient énoncées dans des sources à la fois transparentes et facilement accessibles.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

124. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'envisager de reformuler, au paragraphe 2, la référence générale aux "obstacles" à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché. Il a en outre été convenu que le paragraphe 5 b) devrait parler de conditions normalisées.

125. Il a été proposé que le paragraphe 3 soit formulé sous forme d'obligation. En réponse, on a fait valoir qu'il ne serait pas nécessairement exigé que tous les éléments énumérés figurent dans la description de l'objet du marché. Il a été proposé d'indiquer dans le *Guide* que la description devait être suffisamment précise.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

126. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

127. Il était entendu que le *Guide* expliquerait que les estimations devaient être utilisées par l'entité adjudicatrice à des fins internes et ne devaient pas être divulguées aux fournisseurs.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

128. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 13 bis. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions

129. Le Groupe de travail est convenu d'indiquer dans le *Guide* que: i) le mécanisme de présentation des soumissions devrait être raisonnablement accessible aux fournisseurs; ii) les règlements en matière de passation des marchés devraient spécifier un délai minimum dans lequel devraient être présentées les soumissions pour chaque méthode de passation de marché (à cet égard, il a été fait référence aux dispositions de l'article XI-2 de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour les procédures ouvertes, qui exigeait un délai d'au moins 40 jours); iii) un tel délai devrait être suffisamment long en cas de passation de marchés internationaux complexes afin que les fournisseurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions; iv) les défaillances des systèmes de présentation électronique des soumissions et la répartition des risques devraient être traitées dans le *Guide* et les règlements en matière de passation des marchés.

Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation

130. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises pendant la session en cours concernant l'article 14 (voir par. 97 et 98 ci-dessus), en particulier qu'il faudrait insérer, dans le paragraphe 2, un renvoi au paragraphe 3 de l'article 13 *bis* et que l'article devrait aborder la question d'une modification substantielle dans le dossier de sollicitation.

Article 15. Garanties de soumission et article 16. Procédure de préqualification

131. Les articles ont été adoptés sous réserve de modifier les alinéas g) et h) de l'article 16-3 pour tenir compte des décisions antérieures du Groupe de travail concernant des dispositions similaires figurant à l'article 43 (voir par. 22 b) plus haut).

Article 17. Abandon de la passation de marché

132. Il a été proposé de faire référence, dans le paragraphe 1, à l'abandon pour un motif justifié et d'expliquer dans le *Guide* ce que pourraient être ces motifs, par exemple l'intérêt général. Le Groupe de travail a rappelé le long examen dont cette question avait fait l'objet à ses sessions antérieures, ainsi que la solution de compromis qui avait été retenue en conséquence dans le projet actuel, laquelle visait à laisser à l'entité adjudicatrice une certaine souplesse pour abandonner la passation, tout en prévoyant dans le paragraphe 3 sa responsabilité en cas d'abandon résultant de manœuvres irresponsables.

133. Il a été proposé de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 1 et de supprimer les crochets. Une autre proposition était de conserver les mots et d'ajouter le membre de phrase "ou après tel qu'expressément prévu par la Loi type." À cet égard, on s'est référé à l'article 20-8. La différence entre les articles 17 et 20-8 a toutefois été soulignée: à l'article 17, l'abandon était laissé à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, alors qu'à l'article 20, il résultait du fait que le fournisseur retenu n'avait pas signé le marché ou n'avait pas soumis de garantie de bonne exécution du marché (exigences qui seraient indiquées dans le dossier de sollicitation). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le texte sur ce point pour assurer la cohérence entre les dispositions en question.

134. Il a été convenu de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 2 et de supprimer les crochets.

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

135. L'article a été adopté sous réserve du maintien des dispositions figurant entre crochets et de la suppression des crochets.

Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

136. Il a été proposé que le *Guide* se réfère aux règles internationales applicables concernant la corruption, explique que ces règles allaient évoluer, et encourage les États adoptants à examiner les normes applicables au moment de l'incorporation de la Loi type. Le *Guide* devrait en outre souligner que l'article se voulait conforme aux normes internationales et qu'il devrait proscrire tout acte de corruption quelles qu'en soient la forme et la définition.

137. L'article a été adopté sous réserve du maintien des dispositions figurant entre crochets et de la suppression des crochets.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

138. En ce qui concerne les deux options présentées à l'alinéa c) du paragraphe 2, deux propositions ont été faites, la première étant de fusionner les deux options et la seconde de conserver la première option (en expliquant dans le *Guide* que le délai devrait être suffisamment long). Le Groupe de travail a approuvé la seconde proposition (de conserver la première option dans le texte de la Loi type et d'insérer une explication appropriée dans le *Guide*). Il a approuvé l'article tel que révisé, en conservant les dispositions du paragraphe 3 c) sans les crochets.

Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

139. En ce qui concerne les deux variantes proposées entre crochets au paragraphe 3, les avis ont divergé sur la question de savoir laquelle des deux ("peuvent indiquer", variante plus souple, ou "indiquent") conviendrait dans les dispositions. Selon l'avis qui a prévalu, le mot "indiquent" devrait être employé.

Article 22. Confidentialité

140. Le libellé du paragraphe 1, qui permettait à l'entité adjudicatrice de ne pas divulguer certaines informations pour des motifs d'intérêt général, a suscité des inquiétudes. L'exception fondée sur l'intérêt général était jugée excessivement large et susceptible d'abus en l'absence d'orientations sur la définition d'"intérêt général". Il a été proposé que le *Guide* indique, au moins, que l'entité adjudicatrice devrait être tenue de définir cette notion en se référant aux critères objectifs énoncés dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés. Il a été noté que le texte de l'article 23-4 a) suscitait les mêmes préoccupations. Le Secrétariat a été prié de reformuler les deux dispositions pour en clarifier le contenu.

141. Il a été proposé de supprimer les mots "aspects essentiels" employés au paragraphe 1 devant les mots "de la sécurité nationale ou de la défense nationale". Le Secrétariat a été prié d'aligner le libellé en question sur tout libellé analogue employé dans le même contexte dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics.

142. On a dit préférer la première variante proposée au paragraphe 2 ainsi qu'un emploi cohérent du mot "communications" dans le paragraphe 3. On a noté qu'il fallait être cohérent dans l'emploi des crochets ou des parenthèses dans la Loi type.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

143. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises concernant l'article 23-4 a) dans le contexte de l'article 22 (voir par. 140 ci-dessus). Il est convenu de conserver la deuxième variante proposée au paragraphe 1 i) et la première au paragraphe 2, étant entendu que les autres dispositions de l'article seraient maintenues sans crochets, à l'exception du paragraphe 1 t) qui serait reformulé par le Secrétariat en temps utile.

Article 23 bis. Code de conduite.

144. Il a été proposé au Groupe de travail d'insérer au début de l'article les mots "Sauf s'il en est question dans d'autres lois" ou de mentionner dans le *Guide* les autres lois susceptibles de contenir des codes de conduite. La deuxième approche rédactionnelle a été jugée préférable, en particulier compte tenu de la fin de l'article, à moins de reformuler entièrement l'article.

145. Il a été proposé que le *Guide* traite du concept de "revolving door" (va-et-vient entre la fonction publique et le secteur privé). Selon un autre point de vue, l'article 23 bis lui-même devait traiter ce concept, ainsi que d'autres points régis par la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il a été proposé que le *Guide* donne des précisions sur certains aspects d'un code de conduite dont ne traitait pas l'article, comme son application aux entités privées participant à la passation et les conflits d'intérêts propres aux passations de marchés. On a émis des réserves quant à la question de savoir s'il convenait de prévoir un code de conduite pour les entités privées. Le Groupe de travail est convenu de mentionner dans le *Guide* que, même si un code de conduite était destiné aux agents publics, il fixait aussi indirectement des limites au comportement des entités privées dans leurs relations avec ces agents.

F. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et méthodes de sollicitation, et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.3)

Article 24. Méthodes de passation des marchés

146. Le Groupe de travail est convenu de rétablir une note qui accompagnait l'article 18 de la Loi type de 1994, en tant que note rattachée au titre de l'article, et dont le libellé a été modifié pour exclure toute référence à l'appel d'offres ouvert.

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

147. Le Groupe de travail a approuvé l'article, y compris le paragraphe 3 sans les crochets.

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

148. Le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification.

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue et [demande de propositions avec négociations consécutives])

149. L'avis a été exprimé qu'il fallait reconsidérer la manière dont les méthodes de passation étaient regroupées. Des réserves ont été émises quant à tout changement qui modifierait fondamentalement la structure proposée pour la Loi type. Il a été déclaré au Groupe de travail qu'il était possible de répondre aux craintes exprimées au sujet du regroupement actuel des méthodes de passation en modifiant le texte dans une moindre mesure, par exemple en supprimant les références aux "négociations" dans le titre des chapitres IV et V et en formulant des conditions d'utilisation séparées pour certaines méthodes de passation actuellement regroupées avec d'autres.

150. Des doutes ont été émis en particulier concernant le fait de placer la méthode reposant sur des négociations consécutives et l'appel d'offres en deux étapes à l'article 27. Il a été noté que l'appel d'offres en deux étapes n'impliquait pas de négociations mais plutôt des discussions visant à affiner les spécifications et les critères, et qu'il ne devrait donc pas figurer aux côtés de la demande de propositions avec dialogue, qui elle reposait sur des négociations. Selon un autre point de vue, toutefois, il était bon de placer l'appel d'offres en deux étapes à l'article 27 en raison des conditions d'utilisation qu'il prévoyait (lesquelles s'appliquaient à la fois à la demande de propositions avec dialogue et à l'appel d'offres en deux étapes). Il a été proposé de reformuler l'alinéa a) pour offrir plus de souplesse en disant, non pas que l'entité adjudicatrice était dans l'impossibilité de décrire l'objet du marché, mais qu'elle était dans l'impossibilité de décrire ses besoins et la solution auxdits besoins. Une autre proposition était de conserver l'alinéa a) dans sa rédaction actuelle pour la demande de propositions avec dialogue mais de préciser dans une disposition séparée pour l'appel d'offres en deux étapes que des discussions avec les

fournisseurs ou les entrepreneurs étaient nécessaires pour affiner les principes de conception ou les spécifications fonctionnelles mais non pour définir les spécifications. Le Groupe de travail a approuvé cette dernière proposition.

151. Il a été estimé que les conditions d'utilisation posées à l'alinéa a) ne s'appliqueraient pas à la demande de propositions avec négociations consécutives. Il a été proposé de s'inspirer de l'article 26-3 afin d'établir les conditions d'utilisation pour cette méthode et d'indiquer que: i) les négociations étaient consécutives; ii) les négociations portaient uniquement sur les aspects financiers des propositions pour parvenir à un prix raisonnable; et iii) les conditions d'utilisation ne devraient pas se limiter à décrire les procédures en question. Les craintes concernant la possibilité d'utiliser la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives pour tous les types de passations ont été réitérées.

152. Il a été proposé que le libellé optionnel suggéré dans la note 8 soit inséré au début des articles 27 et 27 *bis*. Selon un autre point de vue, il fallait suivre l'approche proposée dans la note 8. Il a été convenu que le libellé suggéré dans la note 8 serait placé entre crochets au début de l'article 27, étant entendu que les États adoptants pourraient décider de le conserver ou de le supprimer dans le texte de la loi. On s'est opposé à l'insertion de ce libellé au début de l'article 27 *bis*. (Pour la suite de l'examen de la question dans le contexte de l'article 27 *bis*, voir par. 154 et 155 plus bas.).

153. Le Secrétariat a été prié de réviser l'article 27 en tenant compte des délibérations de la session.

Article 27 bis. Conditions d'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

154. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la proposition d'insérer entre crochets au début des articles 27 et 27 *bis* le libellé suggéré dans la note 8. Il a aussi rappelé que l'insertion de ce libellé au début de l'article 27 *bis* avait rencontré une opposition (voir par. 152 ci-dessus).

155. Le Groupe de travail a en outre rappelé qu'une décision avait déjà été prise sur la question et qu'il avait également été convenu de ne pas revenir sur les questions ayant fait l'objet de décisions. On s'est par ailleurs inquiété du fait d'exiger l'approbation d'une autorité supérieure dans les méthodes prévues aux articles 27 et 27 *bis* mais non dans d'autres méthodes de passation qui seraient utilisées en tant qu'exceptions à l'appel d'offres ouvert. Une autre proposition était d'insérer le libellé proposé uniquement à l'alinéa c). Le Groupe de travail a repoussé l'examen de la question à une date ultérieure.

V. Questions diverses

156. Le Groupe de travail a examiné ses travaux futurs. Il est convenu qu'à sa dix-neuvième session (Vienne, 11-15 octobre 2010), il se concentrerait sur les questions restées en suspens dans les chapitres II, III et IV de la Loi type et sur les questions de rédaction se posant dans l'ensemble du texte dans le but de finaliser la Loi type, étant entendu que des consultations informelles se tiendraient entretemps pour faire avancer les travaux sur la Loi type.

157. Il a été rappelé que le Groupe de travail devrait en principe travailler ensuite sur un projet de texte révisé du *Guide pour l'incorporation*. Le Groupe de travail a noté que le projet de texte révisé du *Guide* dont il serait saisi à sa prochaine session contiendrait des dispositions destinées aux législateurs. Il a aussi noté que le *Guide* qui serait adopté par la Commission en 2011 pourrait également contenir une liste de questions devant être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés.
