III. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa treizième session

(New York, 15-26 juillet 1991) (A/CN.9/356) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14-196
I. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 28 A 35 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.30)	14-147
Article 28 Examen, évaluation et comparaison des offres	14-41
Article 29 Rejet de toutes les offres	42-50
Article 30 Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	51-52
Article 31 Procédure d'appel d'offres en deux étapes	53-59
Article 32 Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	60-76
Article 33 Compte rendu de la procédure d'appel d'offres	77-81
Articles 33 <i>ter</i> à 33 <i>sexies</i> Procédure de sollicitation de propositions	82-105
Article 34 Procédure de négociation avec appel à la concurrence	106-123
Article 34 <i>bis</i> Sollicitation de prix	124-133
Article 35 Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique	134-147
II. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 36 A 42 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.27)	148-192
Article 36 Droit de recours	150-158
Article 37 Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ..	159-169
Article 38 Recours administratif	170-175
Article 39 Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]	176-181
Article 40 Recours judiciaire	182-187
Article 41 Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]	188-190
Article 42 Responsabilité disciplinaire, administrative et pénale de l'entité adjudicatrice	191-192
III. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL, Y COMPRIS LA RÉDACTION D'UN COMMENTAIRE	193-196

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de

travail du nouvel ordre économique international¹. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17), par. 243.

l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat². Il a prié le Secrétariat d'établir le premier projet d'une loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, à la lumière des délibérations et décisions de sa dixième session³.

2. Un projet de loi type sur la passation des marchés et un commentaire, établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et A/CN.9/WG.V/WP.25), ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, tenue du 5 au 16 février 1990. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le texte proposé pour la loi type à la lumière des délibérations et décisions de cette session. Le Groupe de travail a indiqué qu'en apportant ces modifications, le Secrétariat ne devait pas chercher à améliorer la structure ou le libellé du texte. Il a également décidé que le commentaire ne serait pas modifié avant que le texte de la loi type n'ait été définitivement arrêté, et qu'aucun texte modifié du commentaire ne devait être élaboré pour la douzième session. Enfin, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session un projet de texte pour les dispositions de la loi type concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique⁴.

3. A sa douzième session, tenue du 8 au 19 octobre 1990, le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte pour les articles 1 à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), ainsi que d'un projet de texte pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projet de texte pour les articles 36 à 42, figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27). A cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte pour les articles premier à 27. Faute de temps, il n'a pu examiner les textes proposés pour les articles 28 à 35 et pour les dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique, et a décidé de reporter cet examen à sa treizième session. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de remanier les articles premier à 27 à la lumière de ses délibérations et décisions à sa douzième session⁵ (A/CN.9/343, par. 229). Il a en outre demandé au Secrétariat d'établir pour sa treizième session un document sur les dispositions des législations nationales relatives à la procédure de négociation avec appel à la concurrence, un des moyens de passation des marchés autres que la procédure d'appel d'offres que le Groupe de travail avait estimé devoir être prévus dans la loi type sous certaines conditions.

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa treizième session à New York du 15 au 26 juillet 1991. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay et Yougoslavie.

5. Les Etats ci-après étaient représentés à la session en qualité d'observateurs : Brésil, Burkina Faso, Cap-Vert, Colombie, Equateur, Haïti, Honduras, Indonésie, Liban, Ouganda, Pakistan, Pérou, Philippines, République de Corée, République-Unie de Tanzanie, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam et Yémen.

6. Les organisations internationales ci-après étaient représentées par des observateurs :

a) *Organismes des Nations Unies* : Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Bureau des services d'achat interorganisations;

b) *Organisations intergouvernementales* : Comité consultatif juridique afro-asiatique;

c) *Organisations internationales non gouvernementales* : Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale.

7. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Robert Hunja (Kenya)

Rapporteur : M. Hussein Ghazizadeh (République islamique d'Iran).

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.29);

b) Passation des marchés : Projet de texte pour les articles de la loi type sur la passation des marchés traitant des procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Passation des marchés : Projets d'articles premier à 35 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30);

d) Passation des marchés : Procédure de négociation avec appel à la concurrence, note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.31).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

1. Election du bureau.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Passation des marchés.

4. Questions diverses.

5. Adoption du rapport.

10. En ce qui concerne l'examen du point 3 de son ordre du jour, le Groupe de travail a décidé de commencer par examiner les articles 28 à 35 du projet de loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30). Il a décidé d'examiner le document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.V/WP.31) dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi type portant sur cette question.

²A/CN.9/WG.V/WP.22.

³A/CN.9/315, par. 125.

⁴A/CN.9/331, par. 222.

⁵A/CN.9/343, par. 229.

11. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des articles 28 à 35 du projet de loi type sur la passation des marchés et au document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence font l'objet du chapitre premier du présent rapport.

12. Après avoir achevé l'examen des articles 28 à 35 du projet de loi type et du document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence, le Groupe de travail a examiné les articles du projet de loi type relatifs aux procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle (E/CN.9/WG.V/WP.27).

13. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des articles 36 à 42 du projet de loi type relatifs aux procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle font l'objet du chapitre II du présent rapport.

DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

I. Examen des projets d'articles 28 à 35 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30)

Article 28

Examen, évaluation et comparaison des offres

Paragraphe 1

14. Le Groupe a décidé de maintenir la troisième phrase de l'alinéa *a*, selon laquelle les demandes d'éclaircissements concernant les offres et les réponses à ces demandes peuvent être faites par téléphone, sous réserve que confirmation en soit donnée par écrit, étant donné que ce mode de communication par téléphone est très répandu. Le Groupe de travail a noté que des dispositions analogues concernant les communications par téléphone avaient été ajoutées en plusieurs endroits de la loi type et il a demandé au Secrétariat d'envisager de regrouper ces dispositions en une disposition unique.

15. On a proposé de se borner, dans la dernière phrase, à interdire toute modification du prix soumissionné sans interdire toute modification des autres aspects importants de l'offre. On a fait valoir, à l'appui de cette proposition, que l'interdiction de toute modification des autres aspects importants de l'offre soulevait des questions relatives à la conformité de l'offre, qui était traitée dans d'autres dispositions de la loi type, notamment dans les articles 2 *j*, 28-2 *c* et 28-4. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de modifier la dernière phrase de manière à tenir compte de la conformité de l'offre, en particulier des écarts mineurs autorisés en vertu du paragraphe 4, et à permettre, dans ce cadre, d'éclaircir des questions autres que celle du prix.

16. En ce qui concerne l'alinéa *b*, on a estimé que le membre de phrase "les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre" risquait de susciter des difficultés dans certains systèmes juridiques. Le Groupe de tra-

vail a décidé d'attendre, pour prendre une décision sur cet alinéa, d'avoir examiné les autres articles de la loi type.

Paragraphe 2

17. On s'est demandé si le libellé actuel, qui obligeait l'entité adjudicatrice à "rejeter" une offre dans les circonstances spécifiées, impliquait de sa part le devoir d'accomplir un acte formel de rejet au lieu de se contenter d'une non-acceptation passive. Un tel acte pourrait consister, par exemple, à communiquer à l'entrepreneur ou au fournisseur dont l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet. On a dit que l'imposition d'un tel devoir s'inscrirait plus logiquement au paragraphe 2 de l'article 28 qu'au paragraphe 2 de l'article 29. On a fait valoir, d'autre part, que si l'objet de la disposition n'était pas d'imposer le devoir de prendre une décision formelle et qu'une simple non-acceptation était suffisante, une formule comme "n'accepte pas une offre" serait peut-être plus appropriée dans le chapeau que la formule "rejette une offre". On a reconnu, en même temps, que la question de savoir s'il fallait exiger un acte formel de rejet était particulièrement importante en ce qui concernait les droits des entrepreneurs et fournisseurs lésés et les recours dont ils disposaient et que, par conséquent, cette question devait être examinée dans le contexte des projets d'articles relatifs au droit de recours.

18. On a proposé de supprimer l'alinéa *d*, qui prévoyait le rejet d'une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres, car il était prévu au paragraphe 3 de l'article 24 qu'une offre reçue après la date limite de soumission des offres n'était pas ouverte et était renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'avait soumise. Bien qu'on ait fait valoir que les lois de certains Etats exigeaient que les entités publiques répondent aux soumissions, le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *d* pouvait être supprimé, eu égard à la disposition du paragraphe 3 de l'article 24, qui pourrait être mentionnée dans le commentaire du paragraphe 2.

Paragraphe 3

19. Le Groupe de travail a décidé de remplacer, dans la première phrase, les mots "l'entité adjudicatrice peut rejeter une offre" par les mots "l'entité adjudicatrice rejette une offre", de manière à indiquer que le rejet d'une offre est obligatoire, et pas seulement facultatif, quand un entrepreneur ou un fournisseur tente d'influer irrégulièrement sur la décision de l'entité adjudicatrice. On a estimé qu'une telle approche correspondait mieux aux objectifs de la loi type.

Paragraphe 4

20. On a estimé qu'étant donné que le paragraphe 4, qui permettait de considérer comme conforme une offre comportant des écarts mineurs par rapport aux spécifications requises, et l'alinéa *j* de l'article 2, qui définissait les termes "offre conforme", traitaient l'un et l'autre de la conformité des offres, il fallait soit supprimer la définition figurant à l'alinéa *j* de l'article 2, soit assurer la concordance des termes employés dans les deux dispositions. Le Groupe de travail a noté qu'un renvoi au paragraphe 4 de l'article 28 avait été ajouté à l'alinéa *j* de l'article 2 en vue d'établir une concordance entre les deux dispositions.

21. On a fait observer qu'il n'était pas possible de quantifier tous les types d'écarts autorisés ainsi qu'il était prévu dans la deuxième phrase. Compte tenu de cette observation, le Groupe de travail a décidé d'ajouter les mots "dans la mesure du possible" après les mots "sont quantifiés".

Paragraphe 7

22. On s'est demandé s'il convenait d'employer l'expression "l'offre la plus économique" aux alinéa *a* et *c*, car cette expression ne paraissait pas tenir suffisamment compte du fait que l'entité adjudicatrice pouvait appliquer des critères autres que le prix pour choisir une offre. On a dit que cette expression convenait à l'alinéa *c* i, qui traitait du choix de l'offre présentant le prix le plus bas, mais qu'elle était moins appropriée dans le contexte de l'alinéa *c* ii et de l'alinéa *d*, qui traitaient du choix d'une offre sur la base de critères autres que le prix. Des préoccupations analogues ont été exprimées au sujet de l'expression "l'offre évaluée la plus basse", utilisée à l'alinéa *c* ii. De même, des doutes ont été émis au sujet des termes "l'offre la plus avantageuse", qui était utilisée dans le projet antérieur. On a généralement estimé qu'il fallait employer une expression plus neutre, telle que "la meilleure offre".

23. On a dit que le texte n'indiquait pas clairement à quel moment les différents critères de sélection mentionnés aux alinéas *c* i, *c* ii et *d* étaient applicables. On a généralement estimé que, pour remédier à ce manque de clarté, il fallait préciser au paragraphe 7 que l'entité adjudicatrice devait indiquer les critères de sélection dans le dossier de sollicitation.

24. On a proposé de simplifier le paragraphe 7 en supprimant l'alinéa *d*. On a fait valoir, à l'appui de cette proposition, que les critères mentionnés à l'alinéa *d* pouvaient être considérés comme compris dans les critères énoncés à l'alinéa *c* ii. Cette proposition n'a recueilli aucun appui et on a généralement estimé que les critères socio-économiques énoncés à l'alinéa *d* étaient distincts des critères énoncés à l'alinéa *c* ii, qui concernaient les caractéristiques opérationnelles et fonctionnelles des biens et des travaux et qui étaient quantifiables. On a proposé, au lieu de supprimer l'alinéa *d*, de limiter les critères socio-économiques applicables par une entité adjudicatrice à ceux qui étaient énoncés dans la réglementation des marchés. On a généralement estimé, toutefois, que l'identification des critères socio-économiques admissibles était un élément de base de la loi type qui devait être maintenu. Ce point de vue était renforcé par le fait que selon l'article 4, la promulgation de la réglementation des marchés était facultative. On a proposé d'élargir l'alinéa *d* en y incluant des considérations de défense nationale et de sécurité nationale.

25. On a également proposé, pour simplifier le paragraphe 7, de combiner les alinéas *d* et *e*. On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que les deux dispositions étaient essentiellement différentes, car l'alinéa *d* traitait des critères socio-économiques, tandis que l'alinéa *e* portait sur l'application d'une marge de préférence sous forme de formule mathématique. Le Groupe de travail a toutefois accepté une proposition tendant à supprimer la deuxième phrase de l'alinéa *e*, qui traitait des aspects détaillés de l'application d'une marge de préférence. Il a estimé qu'il serait préférable de traiter en détail de cette question dans

la réglementation des marchés. On a également proposé, pour plus de clarté, de réunir dans un même alinéa tous les critères admissibles actuellement énoncés dans les alinéas *c* et *d*.

26. Le Groupe de travail a ensuite examiné le nouveau texte ci-après proposé pour les alinéas *c*, *d* et *e* :

"c) L'offre retenue est :

- i) L'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe; ou
- ii) Si l'entité adjudicatrice le stipule dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée la plus basse, déterminée sur la base des critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, qui seront objectifs et quantifiables dans la mesure du possible.

"d) Pour déterminer l'offre évaluée la plus basse conformément à l'alinéa *c* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut prendre en considération que les critères suivants :

- i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe;
- ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai dans lequel les biens doivent être livrés ou les travaux achevés, les conditions de paiement et les conditions de garantie;
- iii) Des critères socio-économiques tels que la situation de la balance des paiements ou les réserves de devises du [présent Etat], la compensation industrielle, les éléments locaux, y compris les produits manufacturés, la main-d'œuvre et les matériaux, le développement économique régional, la stimulation des investissements ou des activités sur le plan national, le fait que les fournisseurs nationaux aient l'exclusivité de certains produits, le transfert de technologie et l'acquisition de compétences en matière de gestion et en matière scientifique et opérationnelle; et
- iv) Des considérations de défense nationale et de sécurité.

"e) Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément aux règles régissant la passation des marchés."

27. Le Groupe de travail a noté que l'expression "l'offre retenue" était utilisée provisoirement en attendant une expression plus adéquate. L'alinéa *c* i a été jugé satisfaisant.

28. On a fait observer que le nouveau texte de l'alinéa *c* ii n'indiquait pas comment s'effectuerait la quantification des critères autres que le prix. On a proposé, en conséquence, de prévoir à cet alinéa que ces critères seraient exprimés en termes pécuniaires ou seraient pondérés. Cette proposition a donné lieu à un débat sur la

question de savoir s'il fallait exiger à la fois qu'une pondération soit accordée aux critères autres que le prix et que ces critères soient exprimés en termes pécuniaires. On a fait valoir à l'appui d'une telle formule qu'en laissant le choix à l'entité adjudicatrice, on risquait de donner l'impression que l'entité adjudicatrice avait le droit de déterminer la manière de quantifier les critères autres que les prix après la réception des offres, et non pas qu'elle était tenue de prendre dès le début une décision sur la méthode de quantification et d'indiquer dans le dossier de sollicitation la manière dont la quantification devait être effectuée. Le Groupe de travail a jugé qu'il était nécessaire d'indiquer la méthode de quantification des facteurs autres que le prix dans le dossier de sollicitation, mais il a estimé en général qu'il n'était pas souhaitable d'exiger à la fois que ces critères soient affectés d'un facteur de pondération et qu'ils soient exprimés en termes pécuniaires. A son avis, une telle approche se heurterait à des difficultés car il y avait certains types de critères qui étaient difficiles, sinon impossibles à quantifier.

29. Un échange de vues analogue a eu lieu au sujet des mots "dans la mesure du possible" figurant dans le nouveau texte proposé pour l'alinéa *c* ii. On a dit que ces mots devaient être supprimés parce qu'ils risquaient de permettre à l'entité adjudicatrice de se soustraire à l'obligation de quantifier les critères autres que le prix, ce qui réduirait l'objectivité et la transparence de la procédure d'appel d'offres. Mais la majorité a estimé que ces mots devaient être maintenus en ce qui concernait l'obligation d'exprimer les critères autres que les prix en termes pécuniaires.

30. Un membre du Groupe de travail a dit que dans le nouveau texte de l'alinéa *c* ii, en particulier à cause de l'emploi du mot "critères", on ne voyait pas très bien s'il était question des cas dans lesquels une entité adjudicatrice pourrait souhaiter prendre en considération des facteurs autres que le prix, ou s'il s'agissait des formules particulières à utiliser pour prendre en considération des facteurs autres que les prix aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

31. Compte tenu des délibérations et des décisions susmentionnées, le Groupe de travail a décidé de modifier l'alinéa *c* ii de la façon suivante, sous réserve que l'entité adjudicatrice indique clairement dans le dossier de sollicitation la manière dont seraient quantifiés les critères autres que le prix :

"ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée la plus basse, déterminée sur la base des facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables, et seront affectés d'un facteur de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires dans la mesure du possible."

32. Le Groupe de travail a estimé que les alinéas *d* i et ii étaient satisfaisants.

33. On a généralement estimé que l'entité adjudicatrice ne devait pas avoir une discrétion absolue dans le choix des critères autres que le prix à utiliser pour évaluer et comparer les offres, comme ce serait le cas si la loi type ou

la réglementation des marchés ne contenait aucune disposition concernant les types de critères autres que les prix qui pouvaient être admis. Le Groupe de travail s'est demandé, sur cette base, s'il fallait établir une liste de ces critères dans la loi type et si cette liste devait être exhaustive ou indicative, ou s'il suffisait de prévoir que l'entité adjudicatrice se bornerait à appliquer les critères énoncés dans la réglementation des marchés. On a estimé que la solution consistant à dresser la liste de ces critères dans la réglementation des marchés plutôt que dans la loi type aurait l'avantage d'être plus souple, car si un Etat adoptant la loi type voulait modifier la liste des critères autorisés, il lui serait plus facile de le faire si la liste figurait dans une réglementation que si elle se trouvait dans une loi. En même temps, toute modification d'une liste figurant dans la réglementation des marchés ferait probablement l'objet d'un examen critique de la part de tous les intéressés. Malgré ces avantages, le Groupe de travail n'a pas choisi d'énumérer les critères en question dans la réglementation des marchés, car l'article 4 prévoyait que la promulgation de cette réglementation était facultative, et il se pouvait par conséquent que, si l'on se fiait uniquement à cette réglementation, un élément fondamental de la procédure promulguée au moyen de la loi type ne soit pas adopté par certains Etats.

34. La décision d'énumérer dans la loi type les critères applicables autres que les prix a amené certains à se demander si cette liste devait être exhaustive ou si les Etats adoptant la loi type devaient avoir la possibilité d'élargir la liste figurant à l'alinéa *d* iii pour adapter la procédure d'appel d'offres à leurs besoins particuliers et à leur situation. On a généralement estimé qu'une telle souplesse était souhaitable et pourrait être obtenue en indiquant entre crochets, à la fin de l'alinéa, que les Etats adoptant la loi type pourraient étendre cette liste. Le Groupe de travail a également estimé que les mots "des critères socio-économiques tels que", qui figuraient au commencement du nouveau texte proposé pour l'alinéa *d* iii, devraient être remplacés parce que le terme "socio-économiques" ne décrivait pas de manière exacte les critères énoncés à l'alinéa et que les mots "tels que" ne permettaient pas de savoir si la liste des critères figurant à l'alinéa était censée être exhaustive ou simplement indicative. On a décidé d'employer, à la place, les mots "d'autres facteurs, à savoir,". On a également décidé d'accepter l'addition, à l'alinéa *d* iv, d'un critère supplémentaire autre que le prix, à savoir la défense et la sécurité nationales.

35. Le Groupe de travail a accepté le nouveau texte proposé pour l'alinéa *e*.

Paragraphe 8

36. On s'est demandé s'il fallait spécifier, au paragraphe 8, à quel moment et à quel taux de change les prix soumissionnés exprimés dans des monnaies différentes devaient être convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle modification était inutile parce que la date et le taux de change étaient déjà spécifiés à l'alinéa *g* du paragraphe 2 de l'article 17, et il a décidé que l'inclusion d'un renvoi à cette disposition n'était pas nécessaire. Il a décidé en outre de maintenir les mots "pour

toutes les offres" et "la même", qui avaient été ajoutés pour préciser que tous les prix soumissionnés devaient être convertis dans la même monnaie.

Paragraphe 8 bis

37. On a estimé que la nature de la confirmation des qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis la meilleure offre n'était pas claire, étant donné que, dans la pratique de certains Etats, la sélection initiale ou la présélection des entrepreneurs et des fournisseurs consistait à effectuer un simple examen préliminaire de leurs qualifications afin de déterminer si les entrepreneurs et les fournisseurs en question devaient être autorisés à soumettre des offres. Suivant cette pratique, l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été jugée la meilleure était, à un stade ultérieur, soumis à un examen approfondi de ses qualifications. On a dit que la loi type devait tenir compte de ce type de procédure en deux étapes. La majorité des membres du Groupe de travail a toutefois estimé que, pour être équitable, la confirmation des qualifications devait consister uniquement à vérifier si les dates soumises au stade initial de la présélection avaient changé. En conséquence, le Groupe de travail a affirmé que la loi type devait indiquer clairement que les critères utilisés pour confirmer les qualifications devaient être les mêmes que ceux utilisés pour la présélection. En outre, pour réduire au maximum les incertitudes concernant la nature de la confirmation, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait revoir l'emploi du mot "réévaluer" au paragraphe 6 de l'article 8 bis.

38. Le Groupe de travail a ensuite examiné si, comme dans le projet actuel, la confirmation devait être obligatoire lorsque l'entité adjudicatrice avait ouvert une procédure de présélection, et facultative dans le cas contraire. On a noté qu'au paragraphe 6 de l'article 8 bis, la confirmation restait facultative et n'était exigée dans aucun type de situation. Le Groupe de travail a estimé que la nécessité de confirmer les qualifications dépendait des circonstances particulières de la procédure d'appel d'offres et qu'il n'y avait pas lieu de prévoir dans la loi type une obligation générale de confirmation lorsque l'entité adjudicatrice avait ouvert une procédure de présélection. Il a décidé, en conséquence, d'aligner le paragraphe 8 bis sur le paragraphe 6 de l'article 8 bis, selon lequel la confirmation était facultative.

39. Le Groupe de travail a noté que, conformément au paragraphe 2 a de l'article 28 et au paragraphe 1 de l'article 32, l'entité adjudicatrice était obligée de rejeter l'offre retenue si l'entrepreneur ou le fournisseur en question ne confirmait pas ses qualifications. Il restait toutefois à savoir si la loi type devait indiquer comment l'entité adjudicatrice devait procéder en pareil cas. Selon un point de vue, la loi type, par souci d'équité à l'égard des autres entrepreneurs et fournisseurs, devait obliger l'entité adjudicatrice à choisir la plus économique des autres offres. Selon un autre point de vue, qui l'a emporté, une telle obligation était trop restrictive car il se pouvait que, pour différentes raisons, aucune des autres offres ne soit acceptable. On a estimé qu'il serait préférable d'obliger l'entité adjudicatrice à choisir l'offre la plus économique parmi les autres offres, tout en lui laissant le droit de rejeter toutes les offres en vertu de l'article 29. Le Groupe de travail a noté qu'une telle approche serait conforme au caractère facultatif de la

procédure prévue au paragraphe 4 de l'article 32 dans le cas où l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché.

40. Lors de l'examen du paragraphe 8 bis, on a dit qu'au cas où l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirmerait pas ses qualifications, l'entité adjudicatrice devrait recourir à une procédure de négociation avec appel à la concurrence si l'on décidait de maintenir dans la loi type, comme condition d'utilisation de cette méthode de passation des marchés, le rejet de toutes les offres conformément au paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou à l'article 29 (voir le nouveau paragraphe 1 e de l'article 34). On a fait observer toutefois que l'article 29, tel qu'il était actuellement formulé, visait le rejet de toutes les offres, et pourrait être interprété comme ne couvrant pas le cas dans lequel l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirme pas ses qualifications et où l'entité adjudicatrice a alors l'intention de rejeter toutes les autres offres. On a décidé que l'article 29 devait autoriser clairement l'entité adjudicatrice à rejeter toutes les autres offres après que l'entrepreneur ou le fournisseur choisi n'a pas confirmé ses qualifications.

Paragraphe 9

41. On a exprimé la crainte que le paragraphe 9, qui restreint la divulgation des informations concernant l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres, soit apparemment incompatible avec la disposition du paragraphe 2 de l'article 33 concernant la divulgation du compte rendu de la procédure d'appel d'offres. On a proposé, pour atténuer au maximum ce manque de concordance, que le compte rendu de la procédure d'appel d'offres ne soit communiqué qu'aux entrepreneurs et aux fournisseurs qui avaient participé à cette procédure. Pour répondre à cette crainte, on a fait observer que les deux dispositions traitaient de questions différentes, à différentes étapes de la procédure d'appel d'offres. Le paragraphe 2 de l'article 33 prévoyait la divulgation du compte rendu de la procédure d'appel d'offres après l'entrée en vigueur du marché, alors que le paragraphe 9 de l'article 28 interdisait, à juste titre, la divulgation d'informations à un stade antérieur de la procédure afin de préserver l'intégrité de cette procédure. Le Groupe de travail a noté que la contradiction apparente pourrait être atténuée par la suppression du renvoi au paragraphe 2 de l'article 33, et il a décidé d'attendre d'avoir examiné le paragraphe 2 de l'article 33 pour prendre une décision définitive sur le paragraphe 9 de l'article 28.

Article 29

Rejet de toutes les offres

Paragraphe 1

42. Le Groupe de travail est convenu d'une façon générale que, sous réserve de l'approbation qui pourrait être requise, l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit de rejeter toutes les offres et que ce droit devrait être mentionné dans le dossier de sollicitation. Il a été indiqué qu'il était dans l'intérêt général de laisser une telle latitude à l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail a rappelé qu'il

avait été décidé, lors de l'examen de l'article 28-8 *bis*, de préciser dans l'article 29 que la disposition autorisant l'entité adjudicatrice à rejeter toutes les offres s'applique notamment aux situations dans lesquelles, l'entrepreneur ou fournisseur retenu n'ayant pas confirmé ses qualifications, l'entité adjudicatrice veut rejeter toutes les autres offres.

43. Il a été proposé que l'entité adjudicatrice soit autorisée à rejeter "une offre quelconque ou toutes les offres". A l'appui de cette proposition, il a été indiqué que ces termes sont utilisés dans certains pays et que cela permettrait à l'entité adjudicatrice de rejeter par exemple un entrepreneur ou fournisseur retenu lors de la présélection mais que l'entité adjudicatrice considère comme inacceptable, compte tenu de son expérience. L'argument invoqué à l'encontre de cette proposition est que c'est au stade de la présélection qu'il convient d'éliminer les entrepreneurs ou fournisseurs inacceptables et que la modification proposée risquerait de donner à entendre que l'autorité adjudicatrice a le droit d'exclure l'entrepreneur ou fournisseur présélectionné pour des motifs autres que ceux qui sont prévus dans le dossier de sollicitation. Cela serait injuste et cela compromettrait l'intégrité du processus d'appel d'offres. La proposition n'a pas été acceptée.

44. On a proposé de supprimer dans le paragraphe 1 les mots "à condition que ce ne soit pas à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou à des fins frauduleuses", en arguant que le principe auquel se réfèrent ces termes pouvait être incorporé dans les dispositions relatives aux conditions du recours à des négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique. De plus, l'inclusion de ces termes dans le paragraphe 1 pourrait faire penser à tort que le rejet par un Etat de toutes les offres à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou de sollicitation d'une source unique pourrait donner lieu à une action en réparation contre l'entité adjudicatrice. Enfin, on a fait valoir que la possibilité que toutes les offres soient rejetées faisait partie du risque commercial normal que les entrepreneurs et les fournisseurs prenaient en compte chaque fois qu'ils participaient à un processus d'adjudication de marché. A l'encontre de la proposition, on a fait valoir que les termes en question énonçaient un principe particulièrement important, à savoir que le rejet de toutes les offres ne saurait avoir pour objectif unique de permettre à l'Etat d'avoir recours à d'autres méthodes de passation des marchés, comme la négociation avec appel à la concurrence ou la sollicitation d'une source unique. On a fait observer qu'un tel rejet serait contraire à la disposition de l'article 7, préconisant la procédure d'appel d'offres de préférence à toute autre et serait injuste pour les entrepreneurs et les fournisseurs, étant donné les frais qu'entraîne pour eux le fait de soumissionner. En outre, les termes "à des fins frauduleuses" devaient être conservés, car ils étaient conçus pour combattre la corruption dans l'exercice du droit de rejeter toutes les offres et pouvaient être utiles aux fins de l'interprétation de la loi type. On a fait valoir, en réponse à cet argument, que la fraude et la corruption relevaient d'autres textes législatifs, tels que le code pénal ou le code administratif, qui contenaient des dispositions suffisantes à cet égard.

45. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer les termes "à condition que ce ne soit pas à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou à des fins frauduleuses".

Paragraphe 1 bis

46. On a proposé que le paragraphe 1 *bis* soit modifié, de façon à inclure des motifs de rejet de toutes les offres autres que celui des prix soumissionnés, qui figure dans le présent libellé. A l'appui de cette proposition, on a fait valoir qu'il existait plusieurs autres motifs, comme la modification du besoin que le marché est destiné à satisfaire, pour lesquels l'entité adjudicatrice pourrait souhaiter rejeter toutes les offres, puis engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. L'opinion dominante, cependant, a été que le paragraphe 1 *bis* était inutile et pouvait être supprimé, étant donné que le paragraphe 1, en prévoyant le rejet de toutes les offres pour n'importe quel motif, était suffisamment large pour englober tous les cas mentionnés au paragraphe 1 *bis*, et étant donné que les conditions de recours à des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres étaient précisées dans les articles de la loi type relatifs à ces autres méthodes. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 1 *bis*.

Paragraphe 2

47. On a fait valoir que les termes "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" appelaient un nouvel examen, et devaient donc être placés entre crochets. Ces termes, en effet, pourraient faire difficulté dans les pays où les tribunaux sont compétents pour examiner les décisions administratives, et donc pour approfondir les motifs avancés pour les justifier. De plus, il pourrait se présenter des cas où il serait approprié d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs qui l'ont amenée à rejeter toutes les offres. On a fait valoir en outre que la démarche retenue au paragraphe 2 pourrait compromettre la faculté des parties lésées de demander réparation et que le Groupe de travail pourrait revenir sur la question lorsqu'il examinera les dispositions relatives aux actions en réparation.

48. L'opinion prédominante, cependant, a été que les termes en question devaient être conservés et qu'il n'y avait pas lieu de les placer entre crochets. On a déclaré dans ce sens qu'une entité adjudicatrice ne devait pas être tenue de justifier les motifs qui l'avaient amenée à rejeter toutes les offres. Une entité adjudicatrice devait être libre de ne pas conclure un marché, pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle ne devait pas être tenue de justifier. Il suffisait qu'elle en donne les raisons, et il ne devait donc pas y avoir d'action en réparation contre l'entité adjudicatrice en cas de rejet de toutes les offres, d'autant plus qu'aux termes du paragraphe *x* de l'article 17, l'entité adjudicatrice, dans le dossier de sollicitation, se serait réservé le droit de rejeter toutes les offres.

49. Après délibération, le Groupe de travail a décidé d'adopter le paragraphe 2 dans son libellé actuel.

Paragraphe 3

50. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 tel qu'il est actuellement libellé. Le Secrétariat a été invité à

envisager de mentionner dans une disposition générale la communication de l'avis de rejet par téléphone.

Article 30

Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

51. Un membre du Groupe de travail a été d'avis que l'article 30 n'était pas nécessaire et devrait être supprimé étant donné que les procédures d'appel d'offres énoncées dans la loi type, en particulier au paragraphe 1 de l'article 28, excluent nettement la négociation et que la loi type prévoit l'emploi, sous certaines conditions, de méthodes de passation des marchés comportant des négociations. Mais de l'avis général, il importe d'énoncer le principe qu'aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre, d'autant plus que les entités adjudicatrices et les entrepreneurs ou fournisseurs ont souvent l'impression qu'ils peuvent négocier même lorsque l'appel d'offres a été choisi comme méthode de passation du marché.

52. On a noté qu'il fallait supprimer la mention de l'article 29-1 *bis* étant donné la décision prise précédemment par le Groupe de travail de supprimer cette disposition dans la loi type (voir par. 5 ci-dessus), et que la mention de l'article 31-4 avait perdu de sa pertinence étant donné que le Groupe de travail avait décidé de traiter l'appel d'offres en deux étapes comme une méthode distincte de passation des marchés.

Article 31

Procédure d'appel d'offres en deux étapes

Paragraphe 1

53. Il a été proposé d'ajouter, au paragraphe 1 et aux autres paragraphes de cet article, les mots "spécifications d'exécution" parmi les objectifs possibles d'un projet donné.

Paragraphes 2, 3 et 4

54. Le Groupe de travail a adopté le texte des paragraphes 2, 3 et 4 sans y apporter de changement.

Paragraphe 5

55. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 5 satisfaisant dans son ensemble et a décidé de maintenir la mention, figurant entre crochets, du droit pour l'entité adjudicatrice de supprimer ou modifier tout critère d'évaluation énoncé dans le dossier de sollicitation. Il a demandé au Secrétariat de reformuler la disposition relative à la perte de la garantie de soumission de façon à préciser que cette disposition n'était applicable que dans les cas où l'entité adjudicatrice exigeait une garantie de soumission à la première étape d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes.

Paragraphe 6

56. On a proposé de supprimer la disposition prescrivant à l'entité adjudicatrice d'inclure dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres un état des circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. A l'appui de ce point de vue, on a fait valoir que l'entité adjudicatrice

ne devrait pas être tenue de révéler des faits dont la divulgation risquerait de constituer une violation du droit au secret des affaires ou une atteinte aux intérêts commerciaux des entrepreneurs et des fournisseurs. On a fait observer qu'il suffisait de prescrire à l'entité adjudicatrice de révéler les circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. Une autre proposition tendait à supprimer purement et simplement le paragraphe 6 étant donné que la prescription d'inclure dans le compte rendu une description des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice se fonde pour choisir une méthode de passation de marchés autre que l'appel d'offres était énoncée de façon suffisamment claire au paragraphe 5 de l'article 7; si cette prescription était maintenue à l'article 31, elle devrait être répétée ailleurs dans les dispositions relatives à toutes les procédures de passation de marchés autres que l'appel d'offres.

57. Cependant, l'avis général a été que le paragraphe 6 devrait être maintenu. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir qu'il était improbable que la divulgation des informations prévue au paragraphe 6 viole le secret des affaires ou porte atteinte aux intérêts commerciaux des entrepreneurs et des fournisseurs, étant donné qu'il s'agit uniquement des circonstances justifiant le choix de la méthode de passation de marchés, qui est antérieur au choix des entrepreneurs ou fournisseurs. Cette disposition est importante, car elle constitue un mécanisme de contrôle, étant donné que l'entité adjudicatrice qui a choisi la procédure d'appel d'offres en deux étapes sera tenue de rendre compte des faits sur lesquels se fonde sa décision. Le compte rendu pourrait également utilement servir de référence dans d'autres cas où l'entité adjudicatrice envisage l'opportunité d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes.

58. Toutefois, compte tenu des observations formulées, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "et spécifiant les faits pertinents" et de reformuler le paragraphe 6 de manière à prescrire l'inclusion dans le compte rendu d'une description "des raisons et des circonstances" justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. Il a été convenu qu'à un stade ultérieur on pourrait envisager de refondre en une disposition générale toutes les dispositions de la loi type portant sur les comptes rendus des procédures faisant intervenir plusieurs méthodes de passation de marchés, si bien que la disposition qu'énonce le paragraphe 6 pourrait ne plus être nécessaire.

59. Le Secrétariat a été prié d'étudier une nouvelle formulation de l'article 31, ainsi que d'autres articles concernant les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres de manière à définir dans des articles séparés les conditions de recours à de telles méthodes et les dispositions relatives aux procédures applicables à ces méthodes.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

Paragraphes 1, 2 et 3

60. On a posé la question de savoir si le paragraphe 1, qui stipulait que l'offre la plus économique devait être retenue, cadrerait avec l'article 29 (par. 1), qui autorisait l'entité

adjudicatrice à rejeter toutes les offres. On est convenu qu'il fallait remédier à cette apparente incohérence en ajoutant les mots "sous réserve des dispositions de l'article 29" au début du paragraphe 1.

61. Le Groupe de travail a noté que la deuxième phrase du paragraphe 1 soulevait la même question que celle qu'avaient suscitée les articles 28 (par. 8 *bis*) et 29 (par. 1), à savoir si la loi type devait indiquer la démarche à suivre par l'entité adjudicatrice si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre était retenue ne confirmait pas ses qualifications. On est convenu que le paragraphe 1 devrait prescrire la démarche arrêtée antérieurement en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice, sous réserve du droit de rejeter toutes les offres conformément aux dispositions de l'article 29, était tenue de choisir l'offre la plus économique suivante.

62. Il a été noté que certains Etats suivaient la règle énoncée au paragraphe 2, selon laquelle un marché entrait en vigueur lorsque l'avis d'acceptation de l'offre avait été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur, d'autres Etats suivant celle définie au paragraphe 3, en vertu de laquelle le marché entrait en vigueur lorsqu'un contrat écrit était signé après que l'avis a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur intéressé. On est généralement convenu que la loi type devrait envisager les deux variantes et que celle proposée aux paragraphes 2 et 3 était par conséquent acceptable quant au fond.

63. Des points de vues divergents ont été exprimés à propos de la référence faite à la deuxième phrase de l'alinéa *a* du paragraphe 3 à la loi applicable comme source de la disposition prescrivant la signature d'un contrat écrit. Selon certains, la référence générale à la loi applicable était satisfaisante dans la mesure où elle appelait l'attention sur le fait qu'une loi autre que la loi type déterminait la validité formelle du marché. D'autres par contre ont estimé qu'en faisant allusion à la loi applicable de manière générale sans identifier celle-ci, on laisserait l'entité adjudicatrice dans l'incertitude quant à la loi qui régirait la validité du marché. Une telle incertitude aurait pour effet de rendre particulièrement difficile l'établissement du dossier de sollicitation. On a suggéré pour lever cette incertitude de remplacer la référence générale à la loi applicable par une disposition (une règle) indiquant que la validité du marché serait régie par la loi de l'Etat de l'entité adjudicatrice. On a également suggéré que si la loi type n'indiquait pas la loi applicable quant à la validité du marché, elle devrait déterminer si un contrat signé était requis pour l'entrée en vigueur du marché.

64. On s'est opposé à l'idée d'identifier dans la loi type la loi applicable quant à la validité du marché au motif que la question de la loi applicable quant à la validité des contrats concernait des règles de droit international privé généralement reconnues, qui avaient fait l'objet de traités multilatéraux. On a par ailleurs fait observer qu'insérer dans la loi type une règle prévoyant que la validité du marché était subordonnée à la loi de l'Etat de l'entité adjudicatrice ne suffirait peut-être pas à garantir l'applicabilité de cette loi en toutes circonstances et qu'une telle règle irait à l'encontre du principe de la liberté de choix du droit applicable. On a souligné qu'une entité adjudicatrice prudente ne permettrait pas que la validité d'un marché

public soit régie par une loi autre que la sienne. Si l'entité adjudicatrice tenait à ce que la loi de son Etat régisse la validité du marché, elle devait l'indiquer dans le dossier de sollicitation, liant ainsi l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre était retenue, lequel, en participant à la procédure d'appel d'offres, avait accepté les conditions stipulées dans le dossier de sollicitation. Une telle formule serait conforme au principe généralement reconnu de la liberté des contrats.

65. Cela étant, on est convenu que l'on pouvait écarter la nécessité de faire référence à la loi applicable comme source éventuelle de la disposition prescrivant la signature d'un contrat écrit en remaniant les paragraphes 2 et 3 afin de stipuler qu'un marché entrerait en vigueur lorsque l'avis d'acceptation aurait été expédié, à moins que le dossier de sollicitation n'exige la signature d'un contrat écrit. Une telle stipulation dans le dossier de sollicitation pourrait être imposée par la loi applicable à l'entité adjudicatrice ou découler simplement de la pratique établie par cette dernière. On est par ailleurs convenu que le commentaire devrait conseiller aux entités adjudicatrices d'envisager d'indiquer dans le dossier de sollicitation la loi applicable quant à la validité du marché.

66. On a exprimé l'avis que la loi type devrait faire une place à la pratique en vigueur dans certains Etats en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice, après avoir avisé l'entrepreneur ou le fournisseur qu'il avait accepté son offre ou après avoir signé un marché, était tenue d'obtenir une approbation finale pour le marché en tant que condition préalable à l'entrée en vigueur dudit marché. A cela on a opposé qu'imposer l'obtention d'une telle approbation, du moins dans la mesure où elle venait après l'acceptation d'une offre ou l'entrée en vigueur d'un marché, était indésirable et ne devait pas être encouragée par la loi type. Elle risquait, a-t-on fait valoir, de semer le doute chez les entrepreneurs et les fournisseurs quant à savoir quand et si le marché obtiendrait en fait l'approbation finale, et on en commencerait l'exécution. Le risque qu'une telle prescription entraînait pour l'entrepreneur et le fournisseur se trouvait aggravé lorsque le dossier de sollicitation exigeait de l'entrepreneur ou du fournisseur dont l'offre avait été retenue qu'il fournisse une garantie de bonne exécution lorsqu'il a été avisé que son offre avait été acceptée ou qu'il a signé un marché et avant la délivrance de l'approbation finale. Face à une telle incertitude quant à la période pendant laquelle leur offre de prix devrait être valable et à d'autres risques, les entrepreneurs et fournisseurs seraient découragés de participer à la procédure d'appel d'offres ou seraient contraints de relever leur offre de prix. On a en outre fait observer que permettre aux Etats d'imposer de telles conditions à l'approbation finale des marchés aurait pour effet de limiter le degré d'uniformisation du droit atteint par la loi type dans une importante matière.

67. On a par ailleurs exprimé l'avis que la loi type devrait permettre d'imposer l'obtention d'une approbation dans les étapes finales de la procédure de sélection, mais que l'approbation devrait être obtenue plus tôt, avant que l'avis d'acceptation ne soit expédié. On a déclaré qu'une telle formule aurait l'avantage d'éviter les retards et le surcroît de risques et de coûts qui résulterait autrement de la formule de l'approbation finale. Elle tiendrait également

compte du fait que, conformément aux dispositions des paragraphes 2 et 3, un marché pouvait entrer en vigueur en vertu de l'expédition d'un avis d'acceptation ou de la signature d'un marché.

68. L'opinion dominante a été que la loi type devait reconnaître le droit d'un Etat de subordonner l'entrée en vigueur du marché à une approbation finale qui serait délivrée après l'acceptation de l'offre. Un certain nombre d'Etats tenaient cette disposition pour essentielle. Tel était le cas, a-t-on fait observer, en particulier lorsque le marché devait être signé, dans la mesure où on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'une autorité à ce habilitée délivre une approbation sur la base d'une version préliminaire ou incomplète du contrat. Une manière de traduire cette constatation consistait à indiquer dans le commentaire que les Etats, dans l'application de la loi type, avaient le loisir d'insérer des conditions d'approbation non prévues par celle-ci. Il a été également proposé de stipuler que l'approbation serait réputée avoir été délivrée si aucune décision n'était annoncée dans un délai spécifié, l'entité adjudicatrice pouvant obtenir une prolongation de ce délai. Il a en outre été proposé d'ajouter un alinéa *a bis*, conçu comme suit, qui prendrait en considération les risques de retard évoqués ainsi que les deux manières par lesquelles un marché pouvait entrer en vigueur :

“Lorsqu'un marché doit être approuvé par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, l'approbation est donnée dans un délai raisonnable après que l'avis a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur. Le marché n'entre pas en vigueur ou, le cas échéant, n'est pas exécuté avant que l'approbation ne soit donnée.”

69. L'alinéa proposé a été généralement jugé acceptable. Afin de limiter les retards, il a été proposé de fixer un délai certain dans les limites duquel l'approbation devait être délivrée au lieu d'utiliser l'expression “dans un délai raisonnable”. Cette proposition n'a pas été acceptée car on s'est accordé à juger préférable de prendre en considération le fait que le délai requis pour l'approbation varierait suivant le cas, en fonction de circonstances telles que le montant et la nature du marché et l'autorité gouvernementale dont l'approbation émanerait. Les membres du Groupe de travail sont toutefois convenus que, pour atténuer les risques de retard, la loi type devait, peut-être à l'alinéa *y* du paragraphe 2 de l'article 17 ou dans un nouvel alinéa 3 *b iv* ou 3 *c* de l'article 32, exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle précise dans le dossier de sollicitation le délai qui serait nécessaire pour obtenir les approbations requises et qu'elle lie à ce délai la période de validité de l'offre et de toutes garanties de soumission requises. On établirait de la sorte un meilleur équilibre entre les droits et les obligations des entrepreneurs et fournisseurs, d'une part, et de l'entité adjudicatrice, de l'autre, en excluant la possibilité pour un entrepreneur ou un fournisseur dont l'offre était retenue de rester lié à l'entité adjudicatrice pendant un délai peut-être indéfini sans avoir nullement l'assurance que le marché entrerait en vigueur. Le Groupe de travail a noté qu'insérer un alinéa 3 *a bis* pourrait nécessiter des changements importants à l'alinéa 3 *b* et à l'alinéa 2 *y* de l'article 17.

70. On a exprimé l'avis que pour distinguer clairement entre les questions touchant l'acceptation d'une offre et

celles relatives à l'entrée en vigueur d'un marché, on devrait envisager de traiter dans des articles distincts de ces deux séries de questions, qui faisaient maintenant ensemble l'objet de l'article 32.

71. On s'est demandé quelle était l'utilité du libellé des alinéas *i*, *ii* et *iii* du paragraphe 3 *b*, qui énonçaient les règles régissant la conduite de l'entité adjudicatrice et de l'entrepreneur ou du fournisseur entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur et la signature du marché. On a fait observer que le sens de ces dispositions, qui s'inspiraient du principe du droit international régissant la conduite des signataires d'un traité avant sa ratification et son entrée en vigueur, étaient difficiles à discerner dans le contexte de la procédure de la passation des marchés. On s'est demandé en particulier dans quelle mesure ces règles, et non celles prescrites par quelque autre loi de l'Etat considéré, seraient applicables à un entrepreneur ou à un fournisseur qui refuserait de signer un marché. On s'est également demandé quel était le sens des mots “de l'objet ou du but” figurant à l'alinéa *b i* du paragraphe 3.

72. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de revenir à la déclaration de principe générale énoncée dans le projet précédent (document A/CN.9/WG.V/WP.24), ce qui impliquait la suppression des alinéas *b i*, *ii* et *iii* du paragraphe 3. On est par ailleurs convenu qu'il fallait préciser que l'alinéa 3 *b* était sans préjudice de la possibilité que l'entrée en vigueur du marché soit subordonnée à une approbation finale.

Paragraphe 4

73. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 4 devrait être remanié dans le sens de sa décision qui voulait que si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été acceptée ne confirmait pas ses qualifications, l'entité adjudicatrice soit tenue de sélectionner l'offre la plus économique suivante, sous réserve de son droit de rejeter toutes les offres (voir plus haut, par. 2). On a par ailleurs noté que les mots “peut être acceptée” dans la première phrase n'étaient pas compatibles avec l'expression “est donné” dans la deuxième et qu'ils devaient être remplacés par les mots “est acceptée”. Le Groupe de travail a jugé le reste du paragraphe 4 acceptable.

Paragraphe 5

74. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 5 sans changement.

Paragraphe 6

75. Il a été proposé de nuancer la définition du terme “expédié” à l'alinéa *b* en *y* insérant la réserve que l'entrepreneur ou le fournisseur avait le droit de prouver qu'il n'avait pas reçu un avis. On a émis des doutes au sujet de la proposition car les preuves qui pourraient être produites pour prouver que l'avis n'avait pas été reçu revêtaient un caractère contestable, à moins que l'entité adjudicatrice ne soit tenue d'utiliser une formule de communication fondée sur des accusés de réception.

76. On a également proposé de supprimer l'alinéa *b* et de traiter de la définition du mot “expédié” dans le com-

mentaire. On a souligné que la notion d'expédition était bien développée dans de nombreux systèmes juridiques et que le terme tel qu'il était utilisé dans la loi type serait interprété en conséquence. Tout en acceptant la proposition tendant à supprimer l'alinéa *b*, le Groupe de travail a noté que dans la mesure où l'insertion dans la loi type d'une disposition à volets multiples sur les communications était envisageable, elle pourrait être l'occasion de définir le terme "expédié".

Article 33

Compte rendu de la procédure d'appel d'offres

77. Le Groupe de travail a notamment examiné la question du contenu et de l'objet du compte rendu de la procédure d'appel d'offres que l'entité adjudicatrice était tenue d'établir et a conclu que cette question était étroitement liée à celle de savoir dans quelle mesure le contenu du compte rendu devait être divulgué. On a également fait observer que la question de l'objet ou de l'emploi du compte rendu était étroitement liée aux questions réglées par les dispositions de la loi type relatives aux procédures de recours. Le Groupe de travail a donc poursuivi et terminé son examen de l'obligation d'établir un compte rendu après avoir examiné les articles 36 à 42. Étant donné qu'un certain nombre de dispositions de la loi type relatives aux diverses méthodes de passation de marchés prescrivaient l'établissement d'un compte rendu, le Groupe de travail a jugé qu'il serait souhaitable de les réunir en une disposition unique qui traiterait du contenu des comptes rendus pour toutes les méthodes de passation de marchés et de la mesure dans laquelle ils seraient divulgués.

78. On a fait observer qu'il fallait établir une distinction entre la question de l'utilisation éventuelle des informations contenues dans le compte rendu aux fins de l'exercice des recours prévus par la Loi type et la question des recours qui pourraient être exercés si l'entité adjudicatrice n'avait pas établi de compte rendu ou si le compte rendu établi présentait des lacunes ou des informations inexactes. S'agissant de cette seconde catégorie de recours, il fallait établir une autre distinction entre les recours qui pourraient être exercés par des particuliers et les mesures correctrices qui pourraient être nécessaires en vue de garantir la transparence des procédures de passation des marchés. En ce qui concerne les recours prévus pour les particuliers, il a été convenu que ceux-ci devraient avoir le droit d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle établisse un compte rendu, mais non de recevoir des dommages-intérêts au cas où celle-ci aurait failli aux obligations qui lui incombaient en matière d'établissement de comptes rendus. Il a également été convenu qu'il fallait envisager de prévoir une dérogation aux délais prévus par la loi type en ce qui concerne les recours, dans la mesure où l'entrepreneur ou le fournisseur lésé se trouvait empêché d'exercer son droit de recours du fait que l'entité adjudicatrice avait manqué à l'obligation qui lui était faite d'établir un compte rendu.

79. On a fait observer que le compte rendu de la procédure de passation des marchés présenterait un intérêt pour trois catégories d'utilisateurs et que l'intérêt que ceux-ci portaient aux informations contenues dans le compte rendu variait suivant l'emploi auquel ils les destinaient. Les trois catégories d'utilisateurs en question étaient le public,

les entrepreneurs et fournisseurs qui participaient d'une manière ou d'une autre à la procédure de passation des marchés et les organismes gouvernementaux exerçant un contrôle ou une tutelle sur l'entité adjudicatrice. On est donc convenu que la loi type devait établir une distinction entre les parties du compte rendu qui seraient mises à la disposition de quiconque en ferait la demande, celles qui seraient réservées aux entrepreneurs ou fournisseurs lésés et celles qui seraient tenues exclusivement à la disposition des vérificateurs des comptes au nom de l'intérêt général.

80. En ce qui concerne le public, on est convenu qu'il suffirait de présenter dans le compte rendu une brève description des biens ou des travaux requis, les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres ou autres types de propositions et d'indiquer l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été retenue. On est convenu que le compte rendu destiné aux entrepreneurs et fournisseurs devrait comporter des informations supplémentaires touchant par exemple les qualifications ou l'insuffisance de qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, le prix et un résumé de chaque offre ou proposition et du marché, un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres ou propositions et une déclaration indiquant si des offres ou propositions avaient été rejetées. On est convenu que les restrictions à la divulgation d'informations prévues aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 devraient être maintenues, mais que la loi type devrait préciser que la divulgation pouvait être ordonnée par un tribunal compétent. Une telle dérogation permettrait d'utiliser, à titre exceptionnel, les informations d'accès restreint si un tribunal le jugeait nécessaire, par exemple à l'occasion d'une procédure de recours. Les informations destinées à la troisième catégorie d'utilisateurs comprendraient par exemple l'exposé des motifs sur lesquels l'entité adjudicatrice s'était fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés donnée, prévu au paragraphe 5 de l'article 7.

81. Le Groupe de travail est convenu que le compte rendu devait être mis à la disposition des diverses catégories d'utilisateurs après que la procédure d'appel d'offres a pris fin ainsi que le prévoyait le paragraphe 2 et a décidé de maintenir les deux variantes entre crochets en attendant que la disposition soit réexaminée. Par ailleurs, il a été convenu qu'en attendant, la question de l'accès aux informations contenues dans le compte rendu ne serait pas réglée dans la loi type mais qu'elle relèverait d'autres branches du droit telles que la législation sur l'accès à l'information et le droit de la preuve.

Articles 33 ter à 33 sexies

Procédure de sollicitation de propositions

82. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après, qui combine les dispositions contenues dans les articles 33 ter à 33 sexies concernant les conditions et la procédure d'utilisation de la sollicitation de propositions :

"Article 33 ter

"Sollicitation de propositions

1. (Sous réserve d'approbation par ...) une entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation

des marchés en adressant une sollicitation de propositions au plus grand nombre possible d'entrepreneurs et de fournisseurs, étant entendu que :

a) L'entité adjudicatrice n'a pas identifié la nature ou les spécifications particulières des biens ou des travaux requis et demande qu'on lui soumette des propositions quant aux divers moyens possibles de répondre à ses besoins;

b) Le choix de l'entrepreneur ou du fournisseur doit se fonder à la fois sur l'efficacité des moyens proposés et sur le prix de la proposition; et

c) L'entité adjudicatrice a établi les critères à utiliser pour évaluer les propositions et a déterminé la pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont il faut les appliquer pour évaluer les propositions.

"2. Les critères visés à l'alinéa c du paragraphe 1 doivent permettre d'évaluer :

a) La compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur;

b) La conformité de la proposition soumise par l'entrepreneur ou le fournisseur; et

c) Le prix proposé par l'entrepreneur ou le fournisseur pour exécuter sa proposition et les coûts de remplacement connexes.

"3. La sollicitation de propositions publiée par l'entité adjudicatrice doit contenir au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions, y compris toutes les caractéristiques techniques et autres critères auxquels les propositions doivent répondre, ainsi que l'emplacement des travaux à effectuer;

c) Les critères à utiliser pour évaluer la proposition, la pondération à accorder à chacun de ces critères, exprimée en termes pécuniaires dans la mesure du possible, et la manière dont ils doivent être appliqués aux fins de l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toute instruction applicable, y compris les délais d'exécution de la proposition.

"4. L'entité adjudicatrice ouvrira toutes les propositions de manière à éviter que leur contenu soit divulgué aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence.

"5. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs et les fournisseurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, étant entendu que :

a) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur et le fournisseur sont confidentielles; et

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 7, une partie aux négociations ne révèle à aucun tiers des éléments d'information d'ordre technique ou commercial relatifs à ces négociations, notamment les prix des propositions, sans le consentement de l'autre partie.

"6. A l'issue de négociations, l'entité adjudicatrice peut demander aux entrepreneurs ou aux fournisseurs de

lui soumettre, dans un délai spécifié, une offre définitive concernant leurs propositions.

"7. L'entité adjudicatrice appliquera les procédures suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les facteurs visés au paragraphe 2 et mentionnés dans la sollicitation seront pris en considération;

b) La conformité d'une proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice sera évaluée séparément du prix; et

c) Le prix d'une proposition ne sera pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique terminée.

"8. [Disposition sur le compte rendu de la sollicitation de propositions.]"

83. On a fait valoir que cette proposition présentait certaines lacunes, notamment parce qu'elle ne maintenait pas la disposition du paragraphe 2 de l'article 33 *ter*, qui incorporait en s'y référant les dispositions de l'article régissant la procédure d'appel d'offres. Par exemple, dans la mesure où la proposition ne comportait aucune disposition relative à l'acceptation d'une proposition ou à l'entrée en vigueur du marché, et ne se référait pas à l'article 32, la loi type ne pourrait pas indiquer la date à laquelle le marché entrerait en vigueur à l'occasion d'une procédure de sollicitation de propositions. On a souligné en réponse que la loi type ne contenait pas de disposition de cette nature pour d'autres méthodes de passation des marchés telles que la procédure de sollicitation d'une source unique, la procédure de négociation avec appel à la concurrence et la procédure de sollicitation de prix.

84. On est convenu que la procédure de sollicitation de propositions au sens de la loi type devait être considérée comme une méthode de passation des marchés entièrement distincte de l'appel d'offres et qu'il était par conséquent inopportun d'insérer des dispositions relatives aux appels d'offres. La question de l'entrée en vigueur du marché à l'occasion d'une procédure de sollicitation de propositions pouvait être réglée par le droit applicable.

Paragraphe 1

85. Un membre du Groupe de travail a proposé de modifier le *chapeau* pour préciser non seulement que la sollicitation de propositions devrait être adressée au plus grand nombre possible d'entrepreneurs et de fournisseurs, mais également qu'elle devait l'être si possible à au moins trois entrepreneurs et fournisseurs. Selon une opinion, pareille modification n'était pas nécessaire, car, dans le genre de grand projet communément visé par la procédure de sollicitation de propositions, l'entité adjudicatrice, agissant dans son propre intérêt, ne manquerait pas de solliciter le plus grand nombre possible de propositions. L'opinion a cependant prévalu que la modification proposée se justifiait, car le fait de se borner à exiger que l'entité adjudicatrice adresse une sollicitation de propositions au plus grand nombre "possible" d'entrepreneurs et de fournisseurs ne garantissait pas que ce nombre serait toujours suffisamment élevé pour instaurer un degré minimal de concurrence.

86. Selon une autre proposition, qui visait à rendre la procédure de sollicitation de propositions plus compétitive,

l'entité adjudicatrice serait tenue de publier un avis concernant ladite procédure. Des membres du Groupe de travail ont objecté que cette exigence aboutirait à estomper la distinction entre la procédure de sollicitation de propositions et la procédure d'appel d'offres en contraignant l'entité adjudicatrice à évaluer des propositions d'entrepreneurs et de fournisseurs qu'elle ne souhaitait pas nécessairement examiner. En outre, on s'est inquiété du supplément considérable de temps que cette dernière devrait consacrer à l'évaluation des propositions. Toutefois, selon l'opinion prédominante, le souci d'accroître la compétitivité justifiait que l'entité adjudicatrice soit généralement tenue de publier un avis de procédure de sollicitation de propositions, pourvu que cette exigence soit assortie de certaines limites. Une proposition en ce sens consistait à simplement exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne contact avec les entrepreneurs et fournisseurs les plus représentatifs d'un secteur donné. Cette proposition a été considérée comme impraticable, en raison de son caractère extrêmement subjectif. Selon une autre proposition, il convenait de prévoir la publication d'un avis, mais en laissant celle-ci à la discrétion de l'entité adjudicatrice. On a fait observer que cette approche présentait un intérêt limité, car rien dans le texte proposé n'interdisait à l'entité adjudicatrice de publier un avis, si tel était son souhait. Selon une autre proposition, l'entité adjudicatrice serait tenue de prendre contact avec les associations professionnelles des entrepreneurs et des fournisseurs dont le projet relevait.

87. Eu égard à ces considérations et arguments, le Groupe de travail a décidé de compléter le paragraphe 1 par une disposition conçue dans les termes ci-après :

“L'entité adjudicatrice publie dans un organe professionnel à large diffusion un avis de sollicitation de propositions, à moins qu'elle estime ne pas devoir le faire pour des raisons d'économie ou d'efficacité.”

88. Le Groupe de travail a précisé que la publication d'un avis ne conférerait aucun droit aux entrepreneurs et fournisseurs et notamment qu'elle ne les autorisait pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

89. Il a été décidé de remplacer à l'alinéa *a* les mots “n'a pas identifié” par les mots “n'a pas été en mesure d'identifier pleinement”. Ce nouveau libellé devait éviter de donner l'impression qu'une entité adjudicatrice pouvait passer un marché en recourant à la procédure de sollicitation de propositions, alors qu'elle était en mesure d'identifier la nature des biens à acquérir, mais s'était abstenue de prendre les mesures nécessaires à cet effet. L'adjonction du mot “pleinement” devait préserver la possibilité pour l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation de propositions, lorsqu'elle ne pouvait déterminer que partiellement la nature ou les spécifications particulières des biens ou des travaux requis.

90. Un membre du Groupe de travail s'est demandé si les alinéas *b* et *c* avaient bien place dans le paragraphe 1. On a fait observer que, placés où ils étaient, ces alinéas relatifs aux modalités d'utilisation de la sollicitation de propositions risquaient de jeter la confusion. En effet, le paragraphe 1 traitait des conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions, alors que les modalités d'utilisation étaient abordées ailleurs dans le texte proposé. Pour justi-

fier la structure du texte proposé, on a fait valoir que l'insertion à cet endroit des alinéas *b* et *c*, même si elle n'était pas strictement nécessaire, devait marquer clairement dès le début les traits distinctifs de la procédure de sollicitation de propositions. Un membre du Groupe de travail s'est également interrogé sur l'opportunité de maintenir l'alinéa *a*, car il avait un caractère tellement général qu'il pouvait tout aussi bien servir à définir les critères utilisés pour sélectionner un entrepreneur ou un fournisseur dans le cadre d'autres méthodes de passation de marchés. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *a* et, sous réserve d'un examen ultérieur, de maintenir les alinéas *b* et *c* à l'endroit du texte où ils figuraient actuellement. Il a également admis qu'il convenait d'aligner la mention figurant dans le texte anglais de l'alinéa *b* (“effectiveness of the means proposed”/“efficacité des moyens proposés”) sur la mention figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 2 (“effectiveness of the proposal”/“conformité d'une proposition”).

91. Un membre du Groupe de travail ayant estimé que le membre de phrase figurant à l'alinéa *c* “les critères à utiliser pour évaluer les propositions” manquait de clarté, on a proposé d'insérer une disposition contenant une liste non exhaustive des critères ainsi visés et conçue dans les termes ci-après :

“Les critères visés à l'alinéa *c* du paragraphe 1 peuvent inclure la structure envisagée pour les travaux, l'identification des problèmes techniques essentiels et les esquisses de solutions, le calendrier proposé et les systèmes de contrôle de la qualité et des délais à utiliser.”

92. On a objecté qu'une telle disposition risquait, bien que la liste soit conçue comme une liste non exhaustive, d'être interprétée par certaines instances comme obligeant l'entité adjudicatrice à n'utiliser que des critères semblables à ceux mentionnés dans la liste. Eu égard à ce risque, le Groupe de travail est convenu qu'il était préférable de ne pas insérer la disposition proposée et d'insérer dans les commentaires une explication concernant la mention de critères.

Paragraphe 2

93. Il a été convenu de remplacer dans le *chapeau* les mots “doivent permettre d'évaluer” par un libellé tel que “doivent porter sur”, étant donné que l'alinéa *c* se réfère au prix et qu'il est nécessaire de préciser que le prix lui-même peut être un critère.

94. On a proposé de ne pas mentionner au paragraphe 2 la compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur visée à l'alinéa *a* en tant que critère pondéré utilisé pour évaluer une proposition. On a déclaré à l'appui de cette proposition que la compétence d'un entrepreneur ou d'un fournisseur n'était pas quantifiable et devrait être traitée comme une condition préalable séparée, utilisée exclusivement pour déterminer si un entrepreneur ou un fournisseur doit être admis à participer à la procédure de sollicitation. Selon cette vue, l'utilisation de la compétence en tant que critère pour évaluer et comparer les propositions introduit un important facteur de subjectivité et accroît le risque de corruption. On a objecté à la proposition parce qu'elle autoriserait l'entité adjudicatrice à utiliser la compétence comme critère d'évaluation du fait qu'elle ferait moins confiance à tel

entrepreneur ou fournisseur plutôt qu'à tel autre s'agissant de la capacité à exécuter la proposition. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver la compétence en tant que critère d'évaluation du fait des garanties contre les pratiques abusives qui figurent dans la loi type. Il a été convenu en même temps que la loi type devrait autoriser l'entité adjudicatrice à empêcher les entrepreneurs ou les fournisseurs jugés non fiables ou incompetents à participer à la procédure de sollicitation. Pour parvenir à ce résultat, on pourrait prévoir que l'entité adjudicatrice peut ne donner suite qu'aux propositions de son choix. Pour établir une distinction entre la compétence en tant que critère d'évaluation et une telle disposition, il a été convenu qu'il faudrait modifier l'alinéa *a* de manière à mentionner la compétence technique et gestionnaire relative des entrepreneurs et fournisseurs.

95. Le Groupe de travail a adopté les alinéas *b* et *c* sans y apporter de changement.

Paragraphe 3

96. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* sans y apporter de changement.

97. A l'alinéa *b*, il a été convenu de supprimer la mention des caractéristiques techniques pour éviter une incompatibilité avec l'alinéa *a* du paragraphe 1, aux termes duquel l'entité adjudicatrice peut engager la procédure de sollicitation de propositions lorsqu'elle n'a pas été en mesure d'identifier pleinement les spécifications des biens ou travaux requis.

98. On a rappelé que le Groupe de travail avait décidé, lors de l'examen de l'article 28, que le fait d'exprimer les critères d'évaluation en termes pécuniaires était une méthode particulièrement appropriée pour évaluer et comparer les offres, mais on s'est posé des questions au sujet de l'application pratique de la disposition figurant à l'alinéa *c*, selon laquelle les critères à utiliser dans la procédure de sollicitation de propositions devraient dans la mesure du possible être exprimés en termes pécuniaires. On s'est demandé en particulier de quelle manière on évaluerait et comparerait des propositions lorsque seul l'un des critères d'évaluation pourrait être exprimé en termes pécuniaires. On a fait observer que dans les cas où tous les critères d'évaluation ne pouvaient pas être ainsi exprimés, il faudrait utiliser le système du "merit-point" pour tous les critères. On a fait valoir que le fait d'exprimer les critères d'évaluation en termes pécuniaires permettait d'évaluer et de comparer les offres de façon plus objective. Le Groupe de travail a jugé acceptable l'approche utilisée dans le texte proposé, étant donné que ce texte recommandait que les critères d'évaluation soient exprimés en termes pécuniaires mais qu'il autorisait l'entité adjudicatrice à ne pas le faire lorsque cela n'était pas possible en pratique. Le Groupe de travail a noté en même temps le caractère essentiel de la disposition en vertu de laquelle il fallait communiquer aux entrepreneurs et fournisseurs dans la sollicitation de propositions les critères d'évaluation et les modalités d'application de ces critères. Il a été convenu également que les mots "exprimés en termes pécuniaires" devraient être placés immédiatement après les mots "les critères à utiliser

pour évaluer la proposition", pour ne pas suggérer qu'on pourrait exprimer en termes pécuniaires la pondération à attribuer à chacun de ces critères.

99. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *d* sans y apporter de changement.

Paragraphe 4

100. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 sans y apporter de changement.

Paragraphe 5

101. Le Groupe de travail a adopté les alinéas *a* et *b* sans y apporter de changement.

102. On a fait observer que, dans certaines situations, l'entité adjudicatrice pourrait vouloir modifier les critères d'évaluation figurant dans la sollicitation de propositions. Dans certains cas, elle pourrait être poussée à le faire en raison d'informations contenues dans les propositions ou découlant des négociations avec les entrepreneurs et les fournisseurs. On a demandé dans quelle mesure la loi type devrait autoriser la modification des facteurs d'évaluation et on s'est demandé si une telle modification pourrait permettre à un entrepreneur ou à un fournisseur de deviner le contenu d'une proposition concurrente. Il a été convenu qu'on devrait autoriser l'entité adjudicatrice à modifier les critères d'évaluation contenus dans la sollicitation de propositions, à condition que les modifications soient valables pour tous les entrepreneurs et fournisseurs participants et qu'ils en soient informés. Il a été convenu également que ces modifications devraient être possibles même après l'ouverture des négociations, mais qu'elles devraient dans tous les cas être apportées de manière à protéger le caractère confidentiel des négociations. Il a été convenu également qu'il faudrait ajouter au paragraphe 5 un nouvel alinéa précisant que toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions devrait être communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs participants.

103. On a proposé que la loi type prévoie que si l'entité adjudicatrice désire négocier avec un entrepreneur ou un fournisseur au sujet de sa proposition, elle doit offrir la même possibilité à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées. Il a été convenu d'accepter cette proposition et de la faire figurer dans un alinéa supplémentaire du paragraphe 5.

Paragraphe 6

104. Le Groupe de travail est convenu d'inclure la procédure de la "meilleure offre définitive" dans la procédure de sollicitation de propositions. Il a été convenu toutefois que cette procédure devrait être obligatoire pour encourager la compétitivité et la transparence. Il a donc été décidé de remplacer les mots "peut négocier" par les mots "doit négocier". Il a été convenu également que la procédure de la meilleure offre définitive devrait s'appliquer à tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de sollicitation de propositions et qu'il faudrait préciser clairement que cette meilleure offre définitive intéressait tous les aspects d'une offre, et ne portait pas seulement sur le prix.

Paragraphe 7

105. On a suggéré de mentionner à l'alinéa *a* le paragraphe 3 *c* au lieu du paragraphe 2. On a suggéré également qu'on pourrait mentionner dans cet alinéa la modalité d'application des critères et tenir compte de la possibilité de modifier les critères figurant dans la sollicitation de propositions.

*Article 34**Procédure de négociation avec appel à la concurrence*

106. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa douzième session, il avait demandé au Secrétariat de lui présenter à la session en cours un rapport sur les dispositions des législations nationales relatives à la passation de marchés qui concernaient la méthode désignée dans la loi type sous le nom de procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail était maintenant saisi de ce rapport (publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.31).

107. Le Groupe de travail a commencé son examen de l'article 34 par un échange de vues sur l'opportunité de prévoir le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence en tant que méthode de passation des marchés autre que la procédure d'appel d'offres. On a dit que les conditions du recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence étaient énoncées en termes trop larges et laissaient à l'entité adjudicatrice une liberté excessive pour décider si elle devait renoncer ou non à utiliser la procédure d'appel d'offres. On a dit également que la loi type tenait déjà compte du cas dans lequel l'entité adjudicatrice pouvait être obligée de passer un marché par voie de négociations, en prévoyant deux autres méthodes de passation des marchés, à savoir la procédure d'appel d'offres en deux étapes et la procédure de sollicitation de propositions, et que l'article 34 pouvait donc être entièrement supprimé. On a déclaré en outre que, sous sa forme actuelle, la loi type risquait de créer une certaine confusion dans l'esprit des autorités chargées de la passation des marchés parce qu'il y existait un chevauchement entre les conditions prévues à l'article 34 pour le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence et les conditions prévues pour le recours à la procédure d'appel d'offres en deux étapes et à la procédure de sollicitation de propositions. Pour essayer de résoudre ce problème, il a été proposé de considérer ces trois méthodes de passation des marchés comme des solutions de rechange entre lesquelles l'entité adjudicatrice serait libre de choisir.

108. Comme cela avait été le cas lors de sessions précédentes du Groupe de travail, le point de vue selon lequel la loi type devait prévoir une procédure de négociation avec appel à la concurrence l'a finalement emporté. On a convenu que le simple fait que l'application de la loi type dans un cas donné puisse faire apparaître un chevauchement entre les conditions d'application des différentes méthodes de passation des marchés ne signifiait pas que ces méthodes puissent être traitées, de manière générale, comme des options dans le cadre de la loi type. On a aussi fait observer que le paragraphe 3 de l'article 7 traitait du problème du chevauchement en établissant un

ordre de préférence qui devait être suivi en cas de chevauchement entre les diverses méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Le Groupe de travail a toutefois estimé que les conditions d'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient être précisées.

Nouveau paragraphe 1

109. Conformément à la décision prise à sa douzième session, selon laquelle les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres devaient être énoncées dans les différents articles régissant ces autres méthodes, le Groupe de travail a décidé d'énoncer les conditions d'application de la procédure de négociation avec appel à la concurrence dans le nouveau paragraphe 1.

110. L'idée directrice de l'alinéa *a* a été généralement approuvée. Certains ont estimé toutefois que cette disposition était rédigée en termes trop larges et pouvait être interprétée comme couvrant une gamme de situations dans lesquelles il serait préférable d'utiliser des méthodes de passation des marchés plus compétitives. On a estimé qu'il fallait remanier l'alinéa de manière à souligner plus clairement que les biens devaient avoir un caractère spécial ou être particulièrement complexes du point de vue technique pour justifier le recours à la négociation avec appel à la concurrence.

111. On a proposé de modifier l'alinéa *b* de manière à préciser que l'urgence n'est une raison valable pour recourir à la négociation avec appel à la concurrence que lorsqu'il est impossible d'engager une procédure d'appel d'offres. Dans le même ordre d'idées, on a suggéré de mentionner expressément les circonstances dans lesquelles il était impossible de suivre la procédure de sollicitation énoncée à l'article 12. Le Groupe de travail a décidé qu'une telle mention était inutile dans la mesure où l'alinéa *b* contenait déjà une référence implicite à certains aspects de la procédure d'appel d'offres tels que ceux visés à l'article 12. Il a estimé toutefois qu'à l'alinéa *b* les cas d'urgence justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient être limités aux cas imprévisibles qui ne résultaient pas de manœuvres dilatoires de la part de l'entité adjudicatrice.

112. On s'est interrogé sur la nécessité de maintenir à la fin de l'alinéa *c* les mots "sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement". Le Groupe de travail a estimé que ces mots devaient être maintenus parce qu'ils servaient à garantir que le marché à conclure par l'entité adjudicatrice avait véritablement pour objet des activités de recherche et non des activités commerciales. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa sans modification.

113. On a fait observer que selon l'alinéa *d*, tel qu'il était actuellement libellé, le recours à la négociation avec appel à la concurrence pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale était limité aux cas où les besoins de l'entité adjudicatrice devaient rester secrets. On a estimé que cette approche était trop étroite car il pouvait y avoir

des cas où le marché à conclure faisait intervenir des considérations de défense ou de sécurité nationale mais n'exigeait pas le secret, et où l'autorité adjudicatrice considérerait la procédure de négociation avec appel à la concurrence comme la méthode de passation des marchés la plus appropriée. Certains craignaient qu'en élargissant ainsi la portée de l'alinéa *d* on ne permette à l'entité adjudicatrice d'éviter indûment de recourir à la procédure d'appel d'offres dans des cas où les considérations de défense ou de sécurité nationale n'étaient que marginales. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a accepté la proposition tendant à supprimer la référence à la nécessité de garder le secret et à ne mentionner que les considérations de défense et de sécurité nationales. On a estimé qu'une telle approche élargirait les possibilités d'application de la loi type.

114. On s'est demandé si l'inclusion des considérations de défense et de sécurité nationales parmi les motifs justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence était compatible avec la disposition du paragraphe 2 de l'article premier, selon laquelle la loi type ne s'applique pas à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale, sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare expressément qu'elle est applicable. On craignait, en particulier, que la juxtaposition des deux dispositions n'entraîne une certaine confusion pour ce qui est de savoir si la loi type était généralement applicable à la passation de marchés intéressant la défense nationale. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 de l'article premier, qui traite du champ d'application de la loi type, permettait à l'entité adjudicatrice d'appliquer la loi type à la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale. La mention de la défense ou de la sécurité nationale à l'alinéa *d* n'avait aucun rapport avec le champ d'application de la loi type et avait pour seul objet de permettre à une entité adjudicatrice de recourir à la procédure de négociation avec appel à la concurrence une fois qu'elle avait décidé d'appliquer la loi type. On a décidé de revoir le texte de l'alinéa *d* pour essayer de préciser le rapport qui pouvait exister entre cet alinéa et le paragraphe 2 de l'article premier, en ajoutant peut-être à l'alinéa *d* un renvoi au paragraphe 2 de l'article premier. On a également décidé d'indiquer dans le commentaire que les considérations de défense et de sécurité nationales avaient été incluses parmi les circonstances justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence afin d'encourager une application aussi large que possible de la loi type à la passation de marchés intéressant la défense et la sécurité nationales.

115. On a proposé de modifier l'alinéa *e* de manière à stipuler que, lorsqu'une procédure de négociation avec appel à la concurrence a été engagée parce qu'une procédure d'appel d'offres n'a pas abouti, le prix du marché qui en résulte ne doit pas être supérieur au prix offert dans la procédure d'appel d'offres et les conditions contractuelles du marché doivent rester les mêmes. Cette proposition n'a pas été acceptée car on a estimé qu'elle imposait des restrictions excessives à l'entité adjudicatrice. On s'est demandé, en outre, si une telle approche était possible dans la pratique, étant donné notamment que les prix pouvaient augmenter pendant la période comprise entre la fin de la procédure d'appel d'offres infructueuse et le commence-

ment de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. On a suggéré, pour tenir compte de cette possibilité, d'ajouter un facteur d'inflation, mais cette suggestion n'a pas été retenue. Le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *e* devait être maintenu dans ses grandes lignes et que la mention des circonstances dans lesquelles il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché était une garantie suffisante contre un recours abusif à la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Secrétariat a été prié d'examiner l'alinéa *e* pour déterminer s'il y avait lieu de le modifier en fonction de la décision que le Groupe de travail avait prise antérieurement au sujet du droit de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres lorsque l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirmait pas ses qualifications.

116. Comme pour l'examen des autres dispositions de la loi type où il était question de la réglementation des marchés, on s'est demandé s'il y avait bien lieu de se référer à la réglementation des marchés à l'alinéa *f* et quel pouvait être l'effet de cette référence, étant donné que les Etats adoptant la loi type étaient libres, en vertu de l'article 4, de promulguer ou non la réglementation des marchés. Il n'a pas été nécessaire d'examiner cette question à propos de l'alinéa *f*, dans la mesure où le Groupe de travail a décidé de supprimer cet alinéa parce qu'il estimait que la procédure de sollicitation de prix était une méthode de passation des marchés plus compétitive et, par conséquent, plus appropriée pour les marchés de faible valeur que la méthode plus complexe et plus secrète de la négociation avec appel à la concurrence.

Nouveau paragraphe 1 bis

117. Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de sa décision de ne pas maintenir l'alinéa *f* du nouveau paragraphe 1, il n'y avait pas lieu de maintenir le nouveau paragraphe 1 *bis*.

Paragraphe 1

118. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que les lois de certains Etats en matière de passation des marchés prévoyaient que, dans la procédure de négociation, l'entité adjudicatrice devait exiger de tous les entrepreneurs et fournisseurs participants qu'ils soumettent, à une date fixe intervenant lors des derniers stades de la procédure, leur meilleure offre définitive dans un délai fixé et que le choix de l'entrepreneur ou fournisseur soit basé sur ces offres définitives. On a dit qu'une telle procédure introduirait une certaine discipline et un élément de concurrence dans la procédure de négociation et qu'il fallait envisager de l'inclure au paragraphe 1. Certains se sont toutefois demandé s'il convenait d'exiger le recours général à cette procédure. Tout en reconnaissant qu'une telle procédure pouvait être utile dans certaines circonstances, on a fait observer qu'elle risquait, dans certains cas, de réduire indûment le pouvoir de négociation de l'entité adjudicatrice et de limiter sa faculté d'obtenir la meilleure valeur. On craignait aussi que cette procédure ait pour effet involontaire de favoriser une collusion entre les entrepreneurs ou fournisseurs. Compte tenu des considérations susmentionnées, le Groupe de travail a décidé que la loi type devait prévoir une procédure fondée sur la meilleure offre

définitive, mais que l'application de cette procédure devait être laissée à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Il a également dit que, selon lui, la notion d'offre définitive la meilleure ne se fondait pas seulement sur le prix, mais aussi sur les aspects techniques et sur tous les autres éléments de l'offre. Il a estimé qu'il fallait examiner dans le commentaire les facteurs que l'entité adjudicatrice devait prendre en considération pour déterminer s'il y avait lieu d'utiliser la procédure en question. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 1 sous réserve que la procédure de la meilleure offre définitive y soit mentionnée.

Paragraphe 2

119. Le Groupe de travail a accepté la proposition d'ajouter le mot "éclaircissements" à la liste des éléments d'information figurant au paragraphe 2. Sous réserve de cet ajout, le Groupe de travail a adopté ce paragraphe.

Paragraphe 3

120. On a exprimé l'avis que le libellé actuel du paragraphe 3, et en particulier l'expression "à aucun tiers", est ambigu en ce sens que seule la divulgation de l'information à des personnes non parties aux négociations y est clairement proscrite. En particulier, on a exprimé la crainte que le paragraphe ne soit interprété comme autorisant les entrepreneurs ou fournisseurs parties à des négociations à échanger des informations sur celles-ci. Il a été reconnu qu'il y avait normalement plus de chance de voir l'autorité adjudicatrice tentée de communiquer à un entrepreneur ou fournisseur déterminé des informations concernant les négociations menées avec un autre entrepreneur ou fournisseur, que de voir les entrepreneurs ou fournisseurs concurrents tentés d'échanger des informations; on a toutefois fait observer qu'il y avait un risque de collusion entre entrepreneurs ou fournisseurs participants. Il a été convenu que les dispositions du paragraphe 3, stipulant que les parties aux négociations ne divulguent "à aucun tiers" des informations relatives aux négociations, proscrivent à la fois les échanges d'informations entre entrepreneurs ou fournisseurs et la communication par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur d'informations concernant les négociations avec un autre entrepreneur ou fournisseur. Il a été suggéré que l'on pourrait rendre plus claire l'intention du paragraphe en remplaçant l'expression "à aucun tiers" par une expression plus précise telle que "à aucune autre personne" ou "à aucun autre entrepreneur ou fournisseur ou à aucun tiers".

121. Il a été suggéré que les dispositions relatives à la divulgation d'informations étaient libellées de façon trop générale et risqueraient ainsi d'être incompatibles avec les textes législatifs de certains Etats concernant l'accès à l'information, et que seule la divulgation d'informations "confidentielles" devrait être interdite. A l'appui du libellé actuel, il a été indiqué que l'obligation de confidentialité dans les procédures de négociation avec appel à la concurrence impliquait que, en particulier au cours des négociations, aucun tiers ne devrait avoir accès aux informations concernant les négociations entre l'entité adjudicatrice et tel ou tel entrepreneur ou fournisseur. On a fait observer que dans les Etats où il existe une législation concernant l'accès à l'information, cette législation résoudrait les

conflits éventuels avec la loi type. Selon les tenants de ce point de vue, le paragraphe 4 contient des dispositions suffisantes concernant les informations à rendre publiques. Le Groupe de travail, tout en acceptant l'esprit du texte actuel, a reconnu qu'il serait utile d'en limiter l'application aux seules informations que le texte vise à protéger, à savoir les aspects techniques et les questions de prix, mais non les informations dont la divulgation pourrait être utile et ne risquerait pas de compromettre la procédure, telles que l'identité des entrepreneurs ou fournisseurs participants. Quant à la nouvelle formulation précise du paragraphe 3, la proposition d'ajouter le mot "confidentielles" n'a pas été retenue parce que l'on craignait les complications qu'entraînerait la détermination de ce que constitue une information "confidentielle", d'autant plus qu'il est stipulé au paragraphe 3 que l'ensemble de la procédure de négociation est confidentiel. Il a été décidé de mentionner explicitement les informations techniques, les informations relatives aux prix, ainsi que les autres informations commerciales. Il a également été suggéré que le texte serait encore plus clair s'il précisait que le paragraphe 3 vise la période antérieure à l'achèvement de la procédure de négociation avec appel à la concurrence, tandis que le paragraphe 4 vise la divulgation d'informations après l'achèvement de la procédure.

122. Le Secrétariat a été prié de réviser le paragraphe 3 pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

Paragraphe 4

123. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de négociation avec appel à la concurrence jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné une disposition générale énonçant toutes les prescriptions relatives aux comptes rendus.

Article 34 bis

Sollicitation de prix

Paragraphe 1

124. Il a été proposé de modifier la définition des types de marchandises pour lesquelles il peut être approprié de procéder par sollicitation de prix en y incluant les marchandises faciles à identifier et disponibles à un prix indicatif, afin de faire clairement apparaître qu'il s'agit de biens pour lesquels existe un marché. On a fait observer que le terme "prix indicatif" n'était pas suffisamment précis. Le Groupe de travail a approuvé l'esprit de la proposition et invité le Secrétariat à examiner la façon de lui donner suite concrètement.

125. Etant donné qu'aux termes de l'article 4 la promulgation d'une réglementation des marchés est facultative, il a été suggéré qu'il faudrait réexaminer l'opportunité de préciser dans la réglementation des marchés la somme en dessous de laquelle la procédure de sollicitation de prix peut être utilisée, et les effets qu'aurait une telle prescription. On a fait observer que, selon la législation de certains Etats qui adopteraient la loi type, les entités adjudicatrices ne seraient pas autorisées à avoir recours à la procédure de sollicitation de prix si aucune réglementation des marchés n'était promulguée. On a rappelé que les conséquences

qu'aurait dans un Etat ayant adopté la loi type cette absence de réglementation des marchés avaient été évoquées au sujet d'autres dispositions de la loi type et que le Groupe de travail avait décidé de revenir sur la question d'une façon générale.

126. Il a été suggéré de préciser dans le commentaire que les entités adjudicatrices utilisant cette méthode de passation des marchés devraient prendre les mesures nécessaires pour que les biens normalisés ainsi achetés soient conformes aux normes de qualité prescrites.

Paragraphe 2

127. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 2 sans modification.

Paragraphe 3

128. Le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de stipuler au paragraphe 3 que l'entité adjudicatrice demande des offres à un nombre minimum spécifié d'entrepreneurs ou fournisseurs. Le Groupe de travail, tout en reconnaissant l'intérêt qu'il y a à fixer un nombre minimum, comme cela est fait dans le projet à l'examen, afin que les obligations de l'entité adjudicatrice soient clairement énoncées, est convenu d'une façon générale qu'il serait irréaliste de fixer une règle applicable à tous les cas. En effet, dans certains cas, l'entité administrative pourrait se trouver dans l'impossibilité d'obtenir le minimum d'offres prescrit, par exemple quand le nombre d'entrepreneurs ou fournisseurs capables de répondre à ses besoins n'atteint pas ce minimum. Pour assurer la souplesse nécessaire tout en conservant une partie de l'avantage que présente la prescription d'un nombre minimum, il a été convenu de stipuler que l'entité adjudicatrice sollicite les prix d'un aussi grand nombre d'entrepreneurs que possible, et d'au moins trois, sauf impossibilité.

129. On a demandé s'il était nécessaire de maintenir la dernière phrase interdisant la négociation. Il a été suggéré de la supprimer parce qu'en pratique des négociations ont lieu lorsque la procédure de sollicitation de prix est appliquée. Mais, de l'avis général, l'interdiction devrait être maintenue car elle est un élément important de cette méthode de passation des marchés. Il a été convenu qu'une autre raison pour interdire les négociations est que la loi type prévoit d'autres méthodes de passation des marchés, ce qui donne à l'entité adjudicatrice toute la latitude nécessaire pour avoir au besoin recours à la négociation.

Paragraphe 4

130. Il a été proposé de remplacer l'expression "ayant proposé le prix le moins élevé" par "ayant fait l'offre conforme au prix le plus bas" pour éviter que l'entité adjudicatrice ne se trouve dans l'obligation d'accepter le prix le plus bas si les autres conditions ne sont pas acceptables. Une telle souplesse pourrait être nécessaire, par exemple, si l'entrepreneur ou fournisseur ayant proposé le prix le plus bas ne peut s'engager à livrer les marchandises dans les délais voulus. Le Groupe de travail a accepté cette proposition. On a par ailleurs fait remarquer que le libellé actuel risque d'être interprété comme prescrivant à l'entité adjudicatrice d'accepter le prix le plus bas, même si celui-ci est trop élevé. Il a été suggéré pour

remédier à cela de préciser que l'entité adjudicatrice n'est tenue d'accepter "l'offre conforme au prix le plus bas" que si elle passe effectivement marché.

131. On a fait observer que, avec le libellé actuel, le paragraphe 4 ne laissait à l'entité adjudicatrice aucune autre possibilité que d'accepter le prix le moins élevé, même s'il est proposé par un entrepreneur ou fournisseur que l'entité adjudicatrice sait peu fiable. Pour éviter de lier ainsi les mains à l'entité adjudicatrice, il a été suggéré d'insérer le mot "sérieux" après les mots "à l'entrepreneur ou au fournisseur". La nécessité de cette modification a été contestée étant donné que la procédure de sollicitation de prix permet à l'entité adjudicatrice de vérifier la fiabilité des entrepreneurs et fournisseurs avant de leur demander leurs prix. Mais le Groupe de travail a reconnu que, dans certaines circonstances, l'entité adjudicatrice pourrait ne s'apercevoir du manque de fiabilité d'un entrepreneur ou fournisseur qu'après avoir reçu de lui l'offre au prix le moins élevé. Il a été décidé qu'en tel cas, de même que lorsque l'entité adjudicatrice est tenue de s'adresser à des entrepreneurs ou fournisseurs figurant sur une liste ou dans un fichier, elle doit pouvoir rejeter l'offre au prix le plus bas si celle-ci émane d'un entrepreneur ou fournisseur non fiable. En ce qui concerne le libellé précis, il a été suggéré de remplacer le mot "sérieux" par le mot "qualifié", mais on a objecté que cela risquerait de compromettre le caractère informel de la procédure de sollicitation de prix. La proposition d'employer le mot "compétent" a également suscité des objections. Le Secrétariat a été invité à trouver une formulation permettant de tenir compte de la fiabilité de l'entrepreneur ou du fournisseur.

132. On a demandé si l'expression "le prix le moins élevé" se réfère uniquement au coût proprement dit des biens ou comprend d'autres éléments tels que les frais de transport et d'assurance. Il a été suggéré que le terme pouvait s'entendre dans le contexte de l'évaluation des offres à laquelle procède l'entité adjudicatrice pour déterminer le choix qui lui permettra d'obtenir les biens voulus au moindre coût total, et que la question posée était d'ordre rédactionnel. Le Secrétariat a été invité à examiner si la question des éléments à inclure dans le prix pouvait se poser également au sujet des autres méthodes de passation des marchés et, dans l'affirmative, s'il pourrait être nécessaire d'inclure dans l'article 2 une définition du terme "prix". Il a également été suggéré que, dans la mesure où des questions de fond ne sont pas en jeu, la question des éléments du prix pourrait être traitée dans le commentaire.

Paragraphe 5

133. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de sollicitation de prix jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné une disposition générale énonçant toutes les prescriptions relatives aux comptes rendus.

Article 35

Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique

Nouveau paragraphe 1

134. Ayant décidé à sa douzième session que les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés

autres que l'appel d'offres seraient énoncées dans les articles régissant chacune de ces autres méthodes, le Groupe de travail est convenu d'incorporer au texte du nouveau paragraphe 1 les conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique, l'intitulé de l'article devenant "sollicitation d'une source unique".

135. Selon une opinion, l'énumération de nombreuses circonstances dans lesquelles la procédure de sollicitation d'une source unique peut être utilisée risque d'accroître les chevauchements entre les conditions d'utilisation des différentes méthodes de passation des marchés, et il convient de supprimer certaines des conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique dont l'utilité n'apparaît guère. Il a été répondu que le paragraphe 3 de l'article 7, en établissant un ordre de préférence pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres, fournissait un moyen adéquat de parer à de tels chevauchements.

136. On a proposé de supprimer l'alinéa *a* pour la raison que la faible valeur d'un marché ne saurait justifier le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique. On a fait valoir que cet alinéa n'établissait pas l'obligation de rechercher un prix avantageux et qu'il était possible, sans qu'il en coûte un gros effort supplémentaire, d'utiliser une méthode prévue par la loi type et faisant davantage appel à la concurrence, en l'occurrence la sollicitation de prix. Eu égard à ces arguments, il a été décidé de supprimer l'alinéa *a*.

137. Il a été décidé de conserver l'alinéa *b* tel qu'il est libellé actuellement. On a cependant demandé s'il existait un lien entre cet alinéa et la pratique de certains Etats qui exigent des licences.

138. En ce qui concerne l'alinéa *c*, on a fait valoir que le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne saurait se justifier par l'urgence lorsque celle-ci résulte de circonstances prévisibles et qui auraient pu être évitées ou du comportement dilatoire de l'entité adjudicatrice. Il a été décidé de modifier l'alinéa *c* pour tenir compte de cette vue. On a admis, d'autre part, qu'avec le libellé actuel la distinction entre l'urgence visée à l'alinéa *c* et celle qui justifie le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence visée à l'alinéa *b* du nouveau paragraphe 1 de l'article 34 n'était pas assez nette. En conséquence, le Groupe de travail a décidé de limiter l'application de l'alinéa *c* aux cas de catastrophe. Selon certains, il convenait de réduire encore le champ d'application de l'alinéa *c* en limitant le montant du marché pouvant donner lieu à la procédure de sollicitation d'une source unique à ce qui était strictement nécessaire en attendant de pouvoir recourir à une méthode de passation des marchés faisant davantage appel à la concurrence.

139. On a estimé que l'alinéa *d* risquait d'inciter l'entité adjudicatrice à continuer, au nom de la normalisation et contre son propre intérêt, à choisir les mêmes types de biens ou de travaux. Cela excluait sans nécessité le recours à une méthode de passation des marchés faisant davantage appel à la concurrence et permettant d'acquérir des biens mieux adaptés et risquerait de réduire la possibilité de développer la production locale. Aussi le Groupe de travail est-il convenu de revoir le libellé de l'alinéa *d* pour établir

clairement qu'il ne s'applique qu'en l'absence d'autres solutions. L'entité adjudicatrice devrait être tenue notamment de vérifier si le choix initial était approprié, de tenir compte de la taille du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, et de se demander si le prix était raisonnable et si les biens en question ne pourraient pas être remplacés par d'autres mieux adaptés. Certains ont fait observer qu'il y avait une contradiction entre les mots "doivent être acquises" utilisés à l'alinéa *d* et les mots "peut se procurer" figurant au début du nouveau paragraphe 1.

140. Le Groupe n'a pas retenu les alinéas *d bis* et *d ter* proposés. L'alinéa *e* a été adopté sans modification.

141. Il a été convenu de modifier l'alinéa *f* pour le mettre en concordance avec la modification apportée à l'alinéa *d* du nouveau paragraphe 1 de l'article 34. On a proposé d'indiquer dans une note que l'insertion de l'alinéa *f* a pour objet de faciliter l'application de la loi type aux marchés intéressant la sécurité ou la défense nationale.

142. En ce qui concerne l'alinéa *g*, on a fait valoir que la possibilité d'invoquer des facteurs socio-économiques pour justifier la procédure de sollicitation d'une offre unique accroîtrait considérablement le risque d'un recours abusif à cette méthode. Selon les tenants de ce point de vue, un Etat soucieux de promouvoir des objectifs socio-économiques peut fort bien le faire en recourant à la procédure d'appel d'offres, qui, étant fondée sur la concurrence et la transparence, est la mieux à même de garantir une utilisation judicieuse des deniers publics. A quoi il a été répondu que, d'une manière générale, les Etats hésiteraient à renoncer entièrement au droit de recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique pour des raisons socio-économiques. Il est inévitable que les gouvernements doivent affronter des situations particulières dans lesquelles des considérations socio-économiques et politiques impératives les obligent à adjuger un marché public sans avoir recours à une procédure quelconque faisant appel à la concurrence. Cela peut être le cas par exemple quand une unité de production employant une proportion très importante de la population active d'une zone donnée risque de devoir fermer.

143. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail est convenu que la loi type devrait prévoir pour les situations exceptionnelles une clause de sauvegarde dans l'esprit de l'alinéa *g* tout en comportant certaines procédures propres à assurer la transparence. On a fait valoir que le Groupe avait décidé de ne pas employer le terme "socio-économique" à l'article 28 à cause de son caractère vague, et que, pour des raisons analogues, il faudrait l'éviter à l'alinéa *g* (voir plus haut le paragraphe 34). Il a été proposé de reformuler comme suit l'alinéa *g* :

"g) La passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire pour promouvoir les objectifs d'une politique comme indiqué à l'alinéa *c* iii du paragraphe 7 de l'article 28 et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés aient eu l'occasion de formuler des observations."

Le Groupe de travail a jugé acceptable la nouvelle formulation proposée sous réserve de l'ajout des précisions ci-

après visant à expliciter le caractère exceptionnel des dispositions de l'alinéa g :

"... et il est impossible de promouvoir ces objectifs en adjuvant le marché à un autre entrepreneur ou fournisseur".

144. Il a été décidé que, compte tenu de la modification apportée à l'alinéa f, l'alinéa h était devenu superflu et pouvait donc être supprimé.

145. L'opportunité de maintenir l'alinéa i a été mise en doute. En particulier, selon un point de vue, cette disposition pourrait exclure le recours à des méthodes de passation des marchés faisant appel à la concurrence en autorisant l'entité adjudicatrice à adjuger le marché à un entrepreneur ou fournisseur qui accepterait de construire ou d'acquérir des installations ou des moyens spéciaux, sans être tenue de vérifier si d'autres entrepreneurs ou fournisseurs seraient disposés à faire de même, éventuellement en offrant un prix plus avantageux. On a en outre fait observer que dans les cas où il n'existait qu'un seul entrepreneur ou fournisseur capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, l'alinéa i était superflu. Il a donc été décidé de le supprimer.

Nouveau paragraphe 1 bis

146. Comme corollaire de la suppression de l'alinéa a du nouveau paragraphe 1, il a été décidé de supprimer le nouveau paragraphe 1 bis.

Paragraphes 1 et 2

147. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de sollicitation d'une source unique jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné la possibilité d'une disposition générale prescrivant les comptes rendus requis pour toutes les méthodes de passation des marchés. Un membre du Groupe a demandé s'il pourrait être utile de prévoir dans la loi type d'autres prescriptions relatives aux procédures applicables en cas de sollicitation d'une source unique en plus des prescriptions relatives au compte rendu. Il a été répondu que l'addition de détails supplémentaires concernant les procédures risquerait d'introduire trop de complications dans la loi type.

II. Examen des projets d'articles 36 à 42 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.27)

148. Pour examiner les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de la loi type sur la passation des marchés, le Groupe de travail était saisi d'un rapport du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.27) proposant trois approches possibles de la question des procédures de recours. La première consisterait à élaborer des dispositions qui seraient adoptées par les Etats et qui feraient partie intégrante de la loi type. Un projet de texte des articles 36 à 42 a été présenté au Groupe de travail pour qu'il puisse étudier cette approche. La deuxième consisterait également à élaborer des dispositions traitant des procédures de

recours, mais en leur donnant une fonction différente de celle du corpus de la loi type en ce sens que les articles 36 à 42 serviraient de modèle aux Etats qui adopteraient la loi type pour déterminer dans quelle mesure leurs procédures de recours sont suffisantes et efficaces. Ces dispositions contiendraient tous les éléments que la Commission jugera indispensables pour qu'une procédure de recours soit à la fois suffisante et efficace. Dans la troisième approche envisageable, la loi type sur la passation des marchés ne contiendrait aucune disposition de caractère législatif sur les procédures de recours. En tel cas, la Commission, lors de l'adoption de la loi type, soulignerait la nécessité d'une procédure de recours efficace dans une recommandation adressée aux Etats et indiquant les éléments qu'elle juge essentiels. Un libellé possible de cette recommandation a été présenté au Groupe de travail.

149. Les débats du Comité sur la question des recours ont commencé par l'examen des trois approches possibles. A l'appui de la première approche, on a fait observer que si la loi type ne contenait pas un minimum de dispositions relatives aux recours du type de celles qui sont proposées dans les articles 36 à 42, elle perdrait beaucoup de son efficacité en tant que référence en matière de marchés publics, aussi bien pour les Etats où il existe une législation sur la question que pour les autres. Toutefois, cette approche a suscité des objections parce que les procédures de recours touchent à des aspects conceptuels et structurels fondamentaux des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique, qui sont différents selon les pays, de sorte qu'il est très difficile d'élaborer des dispositions applicables universellement en matière de recours. En ce qui concerne la deuxième approche, on a demandé en quoi elle différerait de la troisième. Quant à celle-ci, on a contesté son utilité, faisant valoir qu'une simple recommandation ne serait pas un moyen assez efficace d'assurer que les Etats adoptant la loi type mettent également en place les procédures nécessaires de recours. On a fait observer qu'une recommandation adoptée par la Commission et inspirée, comme l'a proposé le Secrétariat, de la directive du Conseil des communautés européennes traitant des procédures de recours dans les cas couverts par les directives de la CEE sur la passation des marchés publics, serait moins efficace que ladite directive du Conseil. En effet, il existe pour cette dernière un mécanisme d'application communautaire. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de différer sa décision et de ne choisir une des trois approches qu'après avoir achevé l'examen des projets d'articles 36 à 42.

Article 36

Droit de recours

150. Il a été convenu que le chapitre de la loi type relatif aux recours devrait contenir un article analogue à l'article 36 proposé, définissant de façon générale les parties pouvant introduire un recours. On a fait observer que cet article, qui repose sur la doctrine de l'intérêt suffisant qui dans certains systèmes juridiques définit le droit d'ester en justice, se réfère en général à l'intérêt d'une partie ou au préjudice subi par elle du fait de l'action d'une entité gouvernementale, mais sans traiter du bien-fondé du recours. Toutefois beaucoup de membres ont estimé que, sur plusieurs points importants, le libellé de l'article 36

était trop général et risquait d'être une source d'incertitude quant au champ d'application des procédures de recours proposées dans la loi type. En particulier, on a fait observer que l'expression "toute personne" n'est pas assez précise, qu'il vaudrait mieux circonscrire la notion d'intérêt du recourant ou de préjudice subi par lui en tant que critère de recevabilité de l'action en recours, que les notions d'acte illégal, de décision illégale ou de procédure illégale appliquée par l'entité adjudicatrice sont trop générales et risqueraient d'englober certains aspects des procédures de passation des marchés qui ne devraient pas donner lieu à des actions privées en réparation et enfin que, si le recours peut être formé à tout stade de la procédure de passation des marchés ou après son achèvement, rien n'indique quels sont les aspects de la procédure auxquels s'applique l'article 36 et s'il y a ou non un délai de prescription.

151. En ce qui concerne la façon de désigner les parties ayant le droit de former recours, le Groupe de travail est convenu de remplacer dans l'article 36 les termes "toute personne physique ou morale" par "tout entrepreneur ou fournisseur". Cette dernière désignation est préférable, car elle est définie à l'article 2 et qu'elle comprend les entrepreneurs ou fournisseurs potentiels. On a demandé s'il n'était pas imprudent d'introduire la notion de nationalité, vu que le Groupe de travail avait décidé à sa onzième session, à propos de l'article 11, d'éviter en général toute mention de la nationalité des entrepreneurs ou fournisseurs afin de n'avoir pas à définir ce terme. On a par ailleurs fait observer que l'emploi du mot "nationalité" risquait de laisser entendre à tort que les entrepreneurs ou fournisseurs étrangers ont le droit de contester la décision d'une entité adjudicatrice de limiter la participation à la procédure d'adjudication aux seuls entrepreneurs et fournisseurs nationaux. Il a été répondu que la notion de nationalité n'était introduite à l'article 36 que pour empêcher qu'elle soit utilisée comme critère de recevabilité des recours et qu'il n'était donc pas nécessaire de la définir; la présence de ce mot dans ce contexte est sans relation avec le droit d'une entité adjudicatrice d'utiliser une procédure d'adjudication entièrement nationale dans le cadre de la loi type. On a décidé qu'il ne serait pas fait mention de la nationalité.

152. Pour ce qui est du type d'acte, décision ou procédure de l'entité adjudicatrice contre lesquels l'entrepreneur ou le fournisseur a le droit de former recours, des avis divergents ont été exprimés. Selon un point de vue, le libellé actuel, à savoir "un acte illégal ou [...] une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou [...] une procédure illégale appliquée par elle" est satisfaisant parce qu'il ne limite pas le droit d'un entrepreneur ou fournisseur à former recours en fonction de la nature de l'acte, de la décision ou de la procédure en question. Selon ce point de vue, toutes les actions de l'entité adjudicatrice doivent pouvoir donner lieu à recours et la nature de l'acte contre lequel il est recouru ne doit pas être prise comme critère de recevabilité de l'action en recours. C'est alors à l'organe compétent pour connaître du recours qu'il appartiendrait de déterminer dans chaque cas le bien-fondé du recours. Mais de l'avis général, il faudrait définir de façon plus étroite la mesure dans laquelle le droit de recours peut s'appliquer aux dispositions de la loi type car celles-ci ne comportent pas toutes des prescriptions dont la violation par l'entité

adjudicatrice puisse être considérée comme pouvant donner lieu à un recours privé de la part d'un entrepreneur ou fournisseur qui s'estimerait lésé.

153. Il a été noté que certaines dispositions de la loi type font obligation à l'entité adjudicatrice de prendre une mesure déterminée ou d'appliquer une procédure déterminée tandis que d'autres laissent la décision à sa discrétion. Il a été convenu que cette différence entre obligation et faculté discrétionnaire et, dans les cas où il y a obligation, la raison d'être de cette obligation devraient servir de critères pour déterminer quelles dispositions peuvent donner lieu à un recours privé. Selon cette approche, les dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice une faculté discrétionnaire ne peuvent donner lieu à des recours privés si ce n'est dans la mesure où l'entité n'aurait pas exercé cette faculté ou l'aurait exercée de façon arbitraire. En outre, certaines dispositions attribuant à l'entité adjudicatrice des pouvoirs discrétionnaires ne peuvent en aucun cas donner lieu à des recours privés. Ainsi, selon l'approche retenue par le Groupe, les dispositions de la loi type ayant trait à la qualification et à la sélection des entrepreneurs et fournisseurs imposent à l'entité adjudicatrice des obligations qui peuvent donner lieu à recours privé tandis que des dispositions telles que celles de l'article 7 concernant le choix par l'entité adjudicatrice d'une méthode de passation des marchés, ou de l'article 3 *bis* concernant les relations entre la loi type et les obligations internationales de l'Etat l'ayant adoptée, portent sur des questions laissées à la discrétion de l'entité adjudicatrice et qui concernent l'intérêt général et ne doivent donc pas être considérées comme donnant lieu à des droits privés. Il a en outre été convenu que les actions en recours et réparation en cas de violation des obligations imposées à l'entité adjudicatrice en matière de comptes rendus des procédures de passation des marchés ne pourront être examinées valablement qu'après que le Groupe de travail aura décidé de l'utilisation et de la teneur de ces comptes rendus.

154. Plusieurs propositions ont été formulées quant à la façon précise d'indiquer dans la loi type quelles sont les dispositions qui imposent des obligations dont la violation peut donner lieu à recours. Une de ces propositions, basée sur le mode de rédaction des textes juridiques utilisé dans certains Etats, est de faire mention dans l'article 36 de la violation par l'entité adjudicatrice des obligations imposées par la loi type. Une autre proposition, basée sur les pratiques de rédaction juridique d'autres Etats, est d'inclure dans la loi type une liste des articles imposant des obligations dont la violation pourrait donner lieu à recours. A cette proposition il a été objecté que certaines dispositions risquaient d'être omises par inadvertance. Une autre difficulté est que, dans certains systèmes juridiques, l'insertion de cette liste dans l'article 36 pourrait être considérée comme assimilant de façon abusive des dispositions portant sur le fond à des questions de recevabilité. On a toutefois fait observer qu'au moins dans les Etats où de telles listes sont habituelles cette approche risque moins d'être en conflit avec les règles de procédure du code administratif. Pour concilier ces deux approches, il a été suggéré que les deux options soient présentées dans la loi type et que les Etats qui l'adopteraient puissent choisir celle qui est la plus appropriée. Pour cela, il est possible soit de faire figurer les deux options dans la loi type soit d'y énoncer seulement les

dispositions exprimées en termes généraux et de faire figurer la liste des dispositions pouvant donner lieu à recours dans le commentaire, avec l'indication qu'un Etat qui aurait adopté la loi peut, s'il le veut, incorporer la liste dans le texte de la loi.

155. Une autre suggestion est que les diverses sections de la loi où l'on jugerait approprié de prévoir une possibilité de recours, en particulier les sections relatives aux qualifications et à la sélection des entrepreneurs ou fournisseurs, comportent des dispositions indiquant que ces sections peuvent donner lieu à des actions privées en recours, les questions de procédure pouvant alors être réglées selon le code administratif de l'Etat adoptant la loi. Il a été suggéré que cette approche aurait l'avantage de mettre au premier plan les dispositions de fond concernant le droit de recours et de réparation dans le contexte spécifique des marchés publics, ce qui ne pourrait pas être fait dans le cadre du code administratif général des Etats adoptant la loi et ce qui permettrait de ne pas empiéter sur le domaine dudit code.

156. Conformément à la décision du Groupe de travail selon laquelle le droit de recours ne doit s'appliquer qu'à certaines dispositions de la loi type, en particulier celles qui concernent les qualifications et la sélection des entrepreneurs et fournisseurs, il a été convenu que la notion d'intérêts ou de préjudice suffisants pour que la plainte du requérant soit recevable devrait être liée à la perte ou au préjudice réels ou potentiels subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait violé des obligations que lui imposent les dispositions en question. En corollaire, les pertes actuelles ou potentielles résultant d'une violation des dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire doivent être exclues de cette notion.

157. En ce qui concerne le moment auquel un recours peut être formé, on a demandé si l'article 36 devait s'appliquer aux actions de l'entité adjudicatrice antérieures au début de la procédure d'adjudication. Un exemple spécifique a été cité, à savoir le cas où l'entité adjudicatrice aurait exclu un entrepreneur ou un fournisseur d'une liste ou d'un fichier qu'elle maintenait indépendamment de toute procédure particulière d'adjudication. On a par ailleurs demandé si l'article 36 ne pouvait pas être interprété comme s'appliquant non seulement aux recours relatifs à la procédure d'adjudication, mais aussi aux différends portant sur l'exécution du contrat. Il a été répondu que l'article 36 visait uniquement les aspects des procédures de passation des marchés qui font l'objet de la loi type et que ce fait devait être explicite.

158. Après délibération, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser l'article 36 pour tenir compte de ses débats et de ses décisions, y compris la décision de proposer des options (voir plus haut le paragraphe 154) pour la liste ou la définition des obligations dont la violation peut donner lieu à recours.

Article 37

Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

Paragraphe 1

159. Selon une opinion, la loi type ne devrait pas stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle est saisie

des recours en première instance : il est en effet peu vraisemblable qu'une entité adjudicatrice ou une autorité de tutelle rapporte sa décision et il n'y a pas lieu de prescrire dans la loi type la procédure envisagée à l'article 37, d'autant plus qu'elle prend du temps et coûte de l'argent. On a également fait observer que cette procédure serait incompatible avec la législation de certains Etats qui autorisent les parties lésées à former d'emblée un recours judiciaire. Toutefois, selon l'opinion dominante, l'approche générale du paragraphe 1 est utile et doit être conservée. On a jugé souhaitable que l'entité adjudicatrice ait l'occasion de revenir sur sa décision, car dans bien des cas elle serait disposée de son propre chef à corriger ses erreurs. C'est là une pratique courante qui évite d'encombrer l'appareil judiciaire avec des affaires qui auraient pu être réglées directement par les parties concernées. On a également fait observer qu'en l'absence d'une telle procédure les entrepreneurs ou fournisseurs lésés qui ne voudraient pas former un recours judiciaire ou autre n'auraient aucune voie de recours. Il a été suggéré que le recours en première instance devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle soit facultatif, mais cette proposition n'a pas recueilli de suffrages.

160. Le Groupe de travail a noté que les premiers mots du paragraphe 1 ("à moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur") ainsi que la totalité du paragraphe 3 sont entre crochets, car le Groupe de travail devra se prononcer sur le maintien de ces dispositions, aux termes desquelles l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle cesse d'être compétente pour connaître d'une réclamation à l'entrée en vigueur du marché. Il a également été noté que le Secrétariat a indiqué que le principe sur lequel reposent ces dispositions est que, une fois le marché entré en vigueur, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut guère imposer de mesures correctives (en dehors du dédommagement) à moins qu'elle ne soit autorisée à annuler le marché à ce stade de la procédure de recours.

161. Le Groupe de travail a reconnu que, dans certaines circonstances, il pourrait être approprié d'annuler un marché après son entrée en vigueur. Ce pourrait être le cas par exemple quand l'adjudication d'un gros marché à un entrepreneur ou fournisseur donné résulte d'une fraude. Mais, de l'avis général, l'annulation est une pratique qui, du fait qu'elle introduit un grave désordre dans la procédure de passation des marchés, n'est pas dans l'intérêt général et ne devrait donc pas être prévue dans la loi type. Dans les cas où elle serait appropriée, elle relèverait selon le cas du code de commerce ou du code pénal, qui contiennent des dispositions suffisantes à cet égard. Il a été décidé de préciser dans le commentaire que l'absence de dispositions relatives à l'annulation dans la loi type n'exclut pas la possibilité d'annuler des marchés en vertu d'autres textes législatifs. En conséquence, aucune objection n'a été formulée contre le maintien du texte entre crochets figurant au début du paragraphe 1.

Paragraphe 2

162. Il a été jugé utile de limiter les délais dans lesquels le recours devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut être formé. On a toutefois fait observer que la longueur de ce délai pourrait être déter-

minée en fonction de la nature de la réparation demandée. Par exemple, il n'est pas nécessaire d'imposer des délais rigoureux pour les demandes de dédommagement du coût de la préparation des soumissions, tandis que les délais doivent au contraire être très stricts quand la réparation implique la suspension du marché.

Paragraphe 3

163. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.

Paragraphe 4

164. On a demandé si le délai de 20 jours proposé laisserait aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle assez de temps pour procéder aux enquêtes nécessaires avant de rendre une décision écrite. Cela risque de poser des problèmes, surtout quand la bureaucratie est lourde. Il a été proposé de préciser qu'il s'agit de 20 jours ouvrables, ce qui aurait au moins le mérite de dissiper les incertitudes concernant la prise en compte des dimanches et jours fériés. Une autre proposition, qui n'a pas recueilli de suffrages, serait de prescrire à l'entité adjudicatrice de rendre sa décision oralement dans des délais brefs, tout en lui laissant plus de temps pour rendre sa décision écrite. Le Secrétariat a été prié d'étudier plus à fond la question des délais compte tenu des débats du Groupe de travail.

165. Au cours de l'examen du paragraphe 4, on a demandé s'il conviendrait de stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle suspend la procédure de passation du marché lorsqu'une demande de recours est reçue. On a craint qu'une telle prescription ne perturbe la procédure de passation des marchés et n'incite entrepreneurs et fournisseurs à des pratiques abusives telles que le dépôt de plaintes futiles en vue d'obliger l'entité adjudicatrice à les payer pour éviter d'avoir à interrompre la procédure d'adjudication. D'un autre côté, il a été reconnu qu'il conviendrait de prévoir des dispositions suspensives afin de protéger les droits légitimes des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Les éléments pertinents à une clause suspensive seraient notamment l'identité de l'auteur de la suspension, les faits à établir pour que la suspension puisse être prononcée, la durée de la suspension et les éléments de la procédure d'adjudication qui seraient suspendus. Le Groupe de travail, notant que l'article 41 traite de la suspension de la procédure de passation du marché, a décidé de poursuivre les débats sur cette question lorsqu'il examinera cet article.

166. Certains ont jugé dangereux que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle puisse payer des dédommagements, comme prévu à l'alinéa *b* du paragraphe 4. En particulier, on a craint que cela ne donne lieu à des abus. On a également fait observer que dans bien des cas, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle pourrait ne pas être habilitée à effectuer de tels paiements et que la possibilité de le faire pourrait dépendre de sa taille et de l'existence en son sein d'un organe de recours quasi indépendant. Selon une opinion, il faudrait pour éviter ces problèmes que le pouvoir d'accorder des dédommagements soit attribué à un tribunal ou autre instance indépendante. A cela, il a été objecté que la disposition relative au paiement

de dédommagements pouvait être maintenue, car ce n'est pas en soi une mauvaise chose que de donner au responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle le pouvoir de dédommager les entrepreneurs ou fournisseurs lésés. Cette formule permettrait d'éviter des litiges inutiles. On a en outre fait observer que l'alinéa *b* n'est pas contraignant et qu'il appartiendrait donc aux autorités financières et judiciaires de l'Etat ayant adopté la loi type de déterminer si de tels dédommagements directs sont appropriés. Il a été proposé de modifier l'alinéa *b* pour souligner le caractère exceptionnel de ces dédommagements. Selon une autre proposition, un organe indépendant devrait être investi de la responsabilité de recommander aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle de payer ou non un dédommagement.

167. Le Groupe de travail est convenu que la loi type devrait permettre aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle de payer des dédommagements. Il a également été convenu que cela ne devait pas nécessairement être explicitement mentionné dans la loi type.

Paragraphe 5

168. Il a été suggéré d'envisager d'introduire au paragraphe 5 une disposition stipulant que toute demande de recours à laquelle le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'aurait pas fait droit est automatiquement renvoyée devant l'instance de recours supérieure. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond.

Paragraphe 6

169. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 6 quant au fond.

Article 38

Recours administratif

170. Le Groupe a noté que l'article 38 institue le recours administratif hiérarchique et que les Etats dont le système judiciaire ne prévoit pas ce type de recours contre les actes, décisions et procédures de l'administration pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 40). Il a été proposé d'expliciter cette option dans la loi type soit en faisant figurer l'article 38 entre crochets, soit au moyen d'une note de bas de page.

Paragraphe 1

171. Il a été convenu que l'expression "toute personne", par laquelle s'ouvre le paragraphe, de même que toute autre référence aux recourants potentiels contenues dans l'article devraient être modifiées conformément à la décision prise par le Groupe de travail au sujet de l'article 36 qui statue en matière de droit à recourir (voir plus haut les paragraphes 150 à 158).

172. Il a en outre été convenu que le paragraphe 1 devrait prescrire un délai maximum pour le dépôt des réclamations; ce délai devrait être assez court pour ne pas porter préjudice au déroulement de la procédure d'adjudication. Il a également été décidé que l'article 38 devrait stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle est avisée de la

réclamation afin qu'elle puisse s'acquitter de l'obligation qui lui est faite au paragraphe 1 de l'article 39 d'en aviser tous les entrepreneurs et fournisseurs.

Paragraphe 2

173. On a fait observer que les premiers mots du paragraphe, aux termes desquels une instance administrative compétente peut prendre une ou plusieurs des sanctions énumérées dans les alinéas *a* à *h*, risquent de n'être pas acceptables pour les Etats dans lesquels les instances de recours ne sont pas habilitées à prendre des sanctions mais seulement à formuler des recommandations. Pour parer à cette objection, il a été convenu de remplacer l'expression "peut opter pour" par l'expression "peut [opter pour] [recommander]".

174. La liste des sanctions possibles a été jugée trop restrictive à certains égards et trop large à d'autres. Il a été convenu qu'il conviendrait d'indiquer parmi les options offertes à l'instance de recours la possibilité de débouter le plaignant. Il a en outre été décidé de supprimer l'alinéa *f* compte tenu de la décision prise précédemment par le Groupe de travail selon laquelle l'annulation ou la suspension d'un marché après son entrée en vigueur ne relève pas de la loi type mais d'autres textes législatifs (code de commerce ou code pénal, par exemple).

Paragraphes 3 et 4

175. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 3 et 4 quant au fond.

Article 39

Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]

Paragraphe 1

176. Il a été suggéré que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle devrait être tenue de s'acquitter de l'obligation qui lui est faite au paragraphe 1 d'aviser les participants aussitôt après avoir été avisée du dépôt d'une réclamation en application de l'article 37.

Paragraphe 2

177. Diverses objections ont été exprimées à propos des variantes A et B. La variante A a été jugée sans objet étant donné la décision du Groupe de travail concernant l'annulation des marchés (voir plus haut le paragraphe 161). En outre, il a été objecté que la variante était libellée de telle sorte que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ne seraient pas autorisés à participer à la procédure de recours, ce qui serait injustifié. On a de plus fait observer que l'expression "par une personne" est incorrecte étant donné la décision prise par le Groupe de travail au sujet du droit à recourir (art. 36).

178. En ce qui concerne la variante B, on a craint que le libellé de la première phrase ne soit trop vague et ne permette à des entrepreneurs ou fournisseurs ayant des griefs futiles de participer à la procédure de recours. Autre objection : la première phrase ne spécifie pas les catégories

de personnes dont les intérêts peuvent être lésés qui sont concernées par telle ou telle méthode de passation des marchés ou tel ou tel stade du processus d'adjudication.

179. Il a également été indiqué que le droit de participer à une procédure de recours est un droit fondamental qui ne doit pas être limité par la loi type. Si l'instance de recours était habilitée à décider si l'entrepreneur ou le fournisseur peut ou non participer à la procédure, comme semble le stipuler la deuxième phrase, ce serait une violation de ce droit fondamental. Il a donc été suggéré de supprimer le paragraphe 2.

180. Compte tenu des observations ci-dessus, le Groupe de travail, après délibération, a décidé de ne garder du paragraphe 2 que la première phrase de la variante B, en y remplaçant toutefois les termes "affirmant que ses intérêts" par les termes "dont les intérêts" et les termes "peut demander à" par les termes "a le droit de". Il a été entendu que l'instance de recours statuerait en vertu de cette disposition sur le droit à participer comme sur toute autre question dont elle serait saisie, mais que sa décision serait sujette aux recours administratifs et judiciaires prévus dans le droit de l'Etat ayant adopté la loi type.

Paragraphe 3

181. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.

Article 40

Recours judiciaire

182. Il a été décidé que les expressions "une personne visée" et "ladite personne" devraient être remplacées respectivement par "tout entrepreneur ou fournisseur visé" et "lesdits entrepreneurs ou fournisseurs" dans le chapeau de l'article 40, compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail au sujet d'expressions analogues figurant à l'article 36 de la loi type.

183. On a demandé si l'intention de l'article 40 était de stipuler que les tribunaux sont seuls compétents pour connaître des recours judiciaires portant sur des décisions en matière de marché au titre de la loi type ou s'ils partageaient la compétence avec les autres instances administratives de recours visés aux articles 37 et 38 de la loi type. Il a été répondu que l'article 40 porte sur les procédures de recours judiciaires, qu'il donne compétence au tribunal ou aux tribunaux qui y sont désignés et spécifie dans quelles circonstances une action peut être intentée, et qu'il peut y avoir d'autres instances compétentes dans les Etats où il existe une voie de recours administratif hiérarchique et où il n'est pas exigé que le requérant ait épuisé son droit à un tel recours avant de former un recours judiciaire.

184. Il a été proposé d'inclure dans l'article des dispositions relatives à la nature et à la teneur du recours judiciaire dont seraient saisis les tribunaux en vertu de cet article. Ces dispositions pourraient notamment préciser si le Tribunal aurait à connaître de toute la procédure administrative sur le fond ou seulement des fautes d'interprétation de la loi qu'aurait pu commettre l'organe administratif, et s'il serait habilité à rendre une décision remplaçant celle de l'organe

administratif ou seulement à casser cette dernière. Il a été indiqué que de telles dispositions seraient particulièrement utiles dans les juridictions où la procédure de recours judiciaire contre les actes administratifs est peu développée ou mal adaptée aux spécificités des procédures de passation des marchés.

185. On a objecté que la loi type ne devrait pas contenir de dispositions concernant la nature et la teneur du recours judiciaire; il serait en effet difficile d'y intégrer de telles dispositions, car les pratiques en la matière varient considérablement d'un pays à l'autre. On a suggéré que les explications qui pourraient être nécessaires aux juridictions pourraient être données dans le commentaire à la loi type ou dans les notes à l'article 40.

186. Il a été convenu d'une façon générale que le droit de tout entrepreneur ou fournisseur lésé d'intenter une action devant les tribunaux devrait être défini dans cet article de la façon la plus large possible. Il a été indiqué que le recours judiciaire est la voie la plus importante prévue dans la loi type pour demander réparation. On a en outre fait observer que beaucoup de conventions internationales garantissent aux parties lésées l'accès le plus large aux tribunaux.

187. Il a été proposé de ne maintenir que la première phrase de l'article 40 et de supprimer la dernière phrase du chapeau ainsi que les alinéas *a* à *d*. On a fait observer que cela assurerait l'accès le plus large aux tribunaux. Cette proposition a été acceptée.

Article 41

Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]

188. En ce qui concerne les deux approches proposées à l'article 41, la variante A a été jugée préférable à la variante B parce qu'elle donnait plus de latitude à l'organe ordonnant la suspension. Un tel pouvoir discrétionnaire était souhaitable car la suspension de la procédure de passation du marché ou de l'exécution du marché risquait, dans certains cas, de perturber sérieusement la procédure et de créer de graves difficultés pour l'entité adjudicatrice et pour le public. On a fait observer que la suspension pouvait, par exemple, causer un retard dans l'achèvement d'un projet.

189. Un certain nombre de suggestions ont été faites en ce qui concerne l'exercice de la faculté de suspension. Selon l'une de ces suggestions, l'autorité qui exerçait la faculté de suspension devait être tenue de donner les raisons de sa décision. Selon une autre, il fallait envisager de fixer une date limite pour la durée d'une suspension de manière à éviter des retards dans la procédure de passation du marché. Selon une autre encore, il serait peut-être préférable de traiter de la question de la suspension à chaque niveau de l'exercice du droit de recours. On a fait observer que, par exemple, s'il était décidé au premier stade de la procédure de recours de ne pas exercer le pouvoir de suspension, cette décision risquait de créer des problèmes aux autres stades de la procédure.

190. Après un débat, le Groupe de travail a estimé que la question de la suspension posait de nombreux problèmes qui devaient être examinés plus à fond. Il a décidé de demander au Secrétariat de rédiger une note sur le sujet, qu'il examinerait à sa quatorzième session.

Article 42

Responsabilité disciplinaire, administrative et pénale de l'entité adjudicatrice

191. Un des membres du Groupe de travail a dit que l'article 42 pourrait être élargi de manière à couvrir la responsabilité civile. La majorité a estimé toutefois que cet article n'était pas nécessaire. On a fait valoir à cet égard qu'aucune des dispositions de la loi type n'affectait les droits reconnus par d'autres lois. Il était donc inutile de dire que la procédure de recours n'avait aucune incidence sur la responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale que pouvait encourir l'entité adjudicatrice en application de la loi de l'Etat.

192. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'article 42.

III. Futur programme de travail, y compris la rédaction d'un commentaire

193. A l'issue des délibérations du Groupe de travail sur les projets d'articles 28 à 42 de la loi type, le Groupe de travail a examiné son futur programme de travail, et en particulier la question du commentaire. On a rappelé qu'à sa onzième session le Groupe de travail avait confirmé la décision prise à sa dixième session selon laquelle le texte de la loi type devait être accompagné d'un commentaire, et qu'il avait ensuite discuté des fonctions et de la structure que pourrait avoir le commentaire, sans toutefois prendre de décision définitive à ce sujet (A/CN.9/331, par. 13 à 16).

194. On a fait observer que, pendant toute ses délibérations, le Groupe de travail était parti de l'hypothèse que la loi type serait accompagnée d'un commentaire, qui serait éventuellement adopté par la Commission. Par exemple, le Groupe de travail avait décidé de ne pas régler certaines questions dans la loi type et de les traiter dans le commentaire, en proposant parfois diverses options, afin d'aider les Etats à appliquer la loi type.

195. Le Groupe de travail a réaffirmé sa décision antérieure tendant à ce que la loi type soit accompagnée d'un commentaire. Il a également décidé d'examiner en détail, à sa prochaine session, la fonction et la structure éventuelles du commentaire ainsi que les délais et la procédure à prévoir pour sa préparation.

196. Le Groupe de travail a noté que sa quatorzième session se tiendrait à Vienne du 2 au 13 décembre 1991 et a prié le Secrétariat de réviser la loi type à la lumière des délibérations et décisions de la treizième session. Il a été décidé que la quinzième session se tiendrait, sous réserve que la commission y consente, du 22 juin au 2 juillet 1992 à New York et non, comme prévu, du 3 au 14 août 1992 ainsi qu'il ressort du rapport de la vingt-quatrième session de la Commission.