

D. Dossier de la procédure de passation du marché

22. Dans un certain nombre de pays, la loi exige de l'entité adjudicatrice qui passe des marchés négociés qu'elle établisse un dossier de la procédure de passation du marché. Ce dossier doit comporter des éléments d'in-

formation sur les circonstances qui justifient le recours à la négociation, les entrepreneurs ou fournisseurs invités à négocier, les entrepreneurs ou fournisseurs ayant demandé à participer et les entrepreneurs ou fournisseurs n'ayant pas été autorisés à participer ainsi que les motifs de cette exclusion.

C. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quatorzième session

(Vienne, 2-13 décembre 1991) (A/CN.9/359) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
DÉLIBÉRATIONS ET DISCUSSIONS	14-250
I. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES PREMIER A 27 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.30 et annexe de A/CN.9/WG.V/WP.33)	14-147
Remarques générales	14
Préambule	15-16
Article premier Champ d'application	17-23
Article 2 Définitions	24-35
Article 3 bis Accords internationaux ou autres obligations nationales du présent Etat touchant la passation des marchés	36-38
Article 4 Réglementations des marchés	39-43
Article 5 Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés	44
Article 7 Méthodes de passation des marchés	45-54
Article 8 Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	55-63
Article 8 bis Procédure de présélection	64-79
Article 10 Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	80
Article 10 bis Communications entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et les fournisseurs	81-83
Article 10 ter Compte rendu de la procédure de passation de marché ...	84-90
Article 10 quater Indications proposées par les entrepreneurs et fournisseurs .	91
Article 11 Participation des entrepreneurs et fournisseurs	92-98
Article 12 Sollicitation des offres et des demandes de présélection ...	99-103
Article 14 Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	104-105
Article 17 Dossier de sollicitation	106-117
Article 19 Prix facturés pour le dossier de sollicitation	118
Article 20 Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation	119-123
Article 22 Clarification et modification du dossier de sollicitation ...	124-128
Article 23 Langue des offres	129
Article 24 Soumission des offres	130-137

	<i>Paragraphe</i>
Article 25	Période de validité des offres; modification et retrait des offres 138
Article 26	Garanties de soumission 139-147
Article 27	Ouverture des offres 148-149
II. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 28 A 41 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.33) 150-246	
Article 28	Examen, évaluation et comparaison des offres 150-162
Article 29	Rejet de toutes les offres 163-165
Article 30	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs ... 166
Article 32	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché 167-174
Nouvel article 33 bis	Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 175-177
Article 33 bis	Procédure d'appel d'offres en deux étapes 178
Article 33 ter	Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions 179-181
Article 33 quater	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions 182-191
Nouvel article 34	Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence 192-200
Article 34	Modalités d'application de la procédure de négociation avec appel à la concurrence 201-202
Nouvel article 34 bis	Conditions régissant l'utilisation de procédure de sollicitation de prix 203-205
Article 34 bis	Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix 206-209
Article 35	Procédure de sollicitation d'une source unique 210-213
Article 36	Droit de recours 214-217
Article 37	Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle 218-224
Article 38	Recours administratif 225-232
Article 39	Certaines règles d'application aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38] 233-236
Article 40	Recours judiciaire 237-238
Article 41	Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché] 239-245
* * *	
Note à propos des dispositions sur le droit de recours 246	
III. TRAVAUX FUTURS 247-250	

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 l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat². Il a prié le Secrétariat d'établir le pre-

mier projet d'une loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, à la lumière de ses délibérations et décisions³.

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

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

²A/CN.9/WG.V/WP.22.

³A/CN.9/315, par. 125.

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. Enfin, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session 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 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 premier 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 (projets d'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 décisions⁵. 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. A sa treizième session, tenue du 15 au 26 juillet 1991, le Groupe de travail était saisi du texte des projets d'articles premier à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.30), du texte des projets d'articles 36 à 42 (procédures de recours, A/CN.9/WG.V/WP.27), ainsi que d'une note du Secrétariat sur la négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.V/WP.31). A cette session, le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 28 à 42 de la Loi type. Il a prié le Secrétariat de réviser les articles 28 à 42 à la lumière des délibérations et décisions de cette même session. Il l'a aussi prié d'établir un rapport sur la suspension de la procédure de passation du marché pour l'aider à poursuivre l'examen de l'article 41⁶.

5. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne du 2 au 13 décembre 1991. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Argentine, Canada, Chine, Cuba, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Iran (République islamique d'), Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Tchécoslovaquie, Togo, Uruguay et Yougoslavie.

6. Les Etats ci-après étaient représentés à la session en qualité d'observateurs : Bolivie, Brésil, Grèce, Indonésie, Liban, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, République

de Corée, Saint-Siège, Soudan, Suisse, Thaïlande, Turquie, Yémen et Zaïre.

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

a) *Organismes des Nations Unies* : Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Centre du commerce international CNUCED/GATT;

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

c) *Organisations internationales non gouvernementales* : Association internationale du barreau.

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

Président : M. Leonel Perezniето (Mexique)

Vice-Présidente : Mme Corinne B. Zimmerman (Canada)

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

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.32);

b) Passation des marchés : projets d'articles premier à 27 (A/CN.9/WG.V/WP.30) et projets d'articles 28 à 42 (A/CN.9/WG.V/WP.33) de la Loi type sur la passation des marchés;

c) Passation des marchés : suspension de la procédure de passation du marché : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.34).

10. 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.

11. En ce qui concerne l'examen du point 3 de son ordre du jour, le Groupe de travail a décidé d'examiner tout d'abord les projets d'articles premier à 27 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30) puis les projets d'articles 28 à 42 (A/CN.9/WG.V/WP.33). Il a décidé d'examiner le rapport sur la suspension de la procédure de passation du marché (A/CN.9/WG.V/WP.34) dans le cadre de l'examen des articles de la Loi type portant sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de ladite Loi type (art. 36 à 42).

12. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des projets d'articles premier à 27 de la Loi type sur la passation des marchés font l'objet du chapitre premier du présent rapport.

13. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des projets d'articles 28 à 42 et à la note sur la suspension de la procédure de passation du marché font l'objet du chapitre II du présent rapport. Les

⁴A/CN.9/331, par. 222.

⁵A/CN.9/343, par. 229.

⁶A/CN.9/356, par. 196.

solutions de continuité dans la numérotation des articles premier à 41 figurant dans le présent rapport sont dues au fait que, durant l'élaboration de la Loi type, certains articles ont été supprimés ou incorporés dans d'autres articles sans que la numérotation soit modifiée.

DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

I. Examen des Projets d'articles premier à 27 de la loi type sur la passation des marchés

(A/CN.9/WG.V/WP.30 et annexe de A/CN.9/WG.V/WP.33)

Remarques générales

14. Il a été rappelé que, lors de sessions précédentes consacrées à l'examen des projets d'articles de la Loi type, le Groupe de travail avait convenu d'examiner ultérieurement la structure de la Loi type. Le Groupe de travail a réaffirmé son intention de garder présente à l'esprit la question de la structure durant son examen du projet de Loi type. Il a également noté qu'il avait été convenu lors de la session précédente de consacrer un certain temps, durant la session en cours, à l'examen de la fonction et de la structure possibles d'un commentaire, ainsi que du calendrier de l'établissement du commentaire et de la marche à suivre en la matière.

Préambule

15. Le Groupe de travail a affirmé que la Loi type devrait comporter un énoncé des objectifs, car un tel énoncé serait un outil utile pour l'interprétation. Il a été noté que, comme suite à une décision prise à la douzième session, l'énoncé des objectifs était passé de l'article 3 au préambule. Toutefois, selon un avis, l'inclusion d'un préambule ne serait pas conforme à la pratique de certains Etats en matière de rédaction de textes législatifs. Il a été proposé que la Loi type mentionne la possibilité d'énoncer les objectifs dans une disposition de fond, afin que de tels Etats puissent adopter la Loi type d'une manière qui soit conforme à leur pratique. Selon un avis opposé, la Loi type ne devrait pas encourager les disparités entre Etats adoptant la Loi type en ce qui concerne l'emplacement de l'énoncé des objectifs, car de telles disparités pourraient entraîner des divergences en matière d'interprétation judiciaire, ce qui nuirait à l'uniformisation visée par la Loi type. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'énoncé des objectifs devait être conservé dans le préambule mais qu'il faudrait préciser, peut-être dans un commentaire, que les Etats adoptant la Loi type avaient la possibilité d'énoncer les objectifs dans une disposition de fond.

16. Pour ce qui est de la teneur de cet énoncé, selon un avis, la référence figurant à l'alinéa *b* à la compétence des entreprises et fournisseurs était superflue et risquait d'être source de confusion, car la question de la compétence faisait l'objet de dispositions de fond régissant les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs. Comme suite à cette observation, il a été convenu de supprimer le mot "compétents".

Article premier

Champ d'application

17. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article premier figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

18. On a approuvé dans l'ensemble l'orientation fondamentale des paragraphes 1 et 2 présumant l'applicabilité de la Loi type, tout en excluant son application à des marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale, sauf déclaration contraire de l'entité adjudicatrice. Toutefois, des réserves ont été émises à propos du paragraphe 3, qui donne effet à la décision selon laquelle la Loi type devrait autoriser les Etats à choisir d'exclure du champ d'application de la Loi type d'autres types de marchés, de manière générale ou au cas par cas. En particulier, on s'est demandé s'il était bon d'autoriser une exclusion du champ d'application de la Loi type au moyen de la réglementation des marchés. Selon un avis, si, bien que six méthodes de passation des marchés adaptées à une large gamme de circonstances puissent être retenues, il était toutefois considéré nécessaire de prévoir des motifs d'exclusion autres que la sécurité nationale et la défense nationale, ces motifs additionnels devraient, dans un souci de transparence, être énoncés dans la Loi type elle-même.

19. Selon l'avis qui a prévalu, la Loi type devrait donner aux Etats la possibilité d'exclure l'application de la Loi type de manière générale ou au cas par cas et cette exclusion devrait être expressément énoncée dans la Loi type plutôt que simplement dans le commentaire. Dans le même temps, il a été convenu de préciser que l'énoncé d'exceptions supplémentaires était strictement optionnel. On a jugé qu'une exclusion au moyen de la réglementation des marchés était une option nécessaire, car il ne serait pas toujours possible à un Etat adoptant la Loi type d'envisager, au moment de l'adoption, tous les types de circonstances dans lesquelles une exclusion de la Loi type serait souhaitable. Sans cette flexibilité qu'offrait une exclusion au moyen de la réglementation des marchés, les Etats adoptant la Loi type n'auraient qu'une seule option, exigeant beaucoup de temps : proposer des amendements à la loi lorsqu'apparaissent des circonstances qui n'avaient pas été envisagées au moment de l'adoption; cela aurait pour conséquence de limiter l'acceptabilité de la Loi type. On a en outre approuvé dans l'ensemble l'approche retenue au paragraphe 3 concernant l'application au cas par cas de la Loi type, à savoir que celle-ci ne vaudrait que pour les types de marchés spécifiés dans la Loi type ou dans la réglementation des marchés, ce qui assurerait la transparence et éviterait que le processus d'exclusion ne soit par trop informel.

20. On a noté que, s'il était possible de recourir à la réglementation des marchés pour exclure l'application de la Loi type, il était d'autant plus nécessaire de veiller à la publicité de cette réglementation. On a également rappelé que la question des effets de la non-publication de la réglementation des marchés par un Etat adoptant la Loi type sur les dispositions de la Loi type faisant référence à ladite réglementation s'était posée à propos de diverses autres dispositions examinées par le Groupe de travail. Dans ce contexte, on a indiqué qu'en raison du risque de

non-publication de la réglementation des marchés, il importait de préciser que ladite publication était une condition préalable de l'énoncé d'exclusions autres que celles prévues dans la Loi type elle-même. Selon un avis, des questions telles que les effets de la non-publication de la réglementation des marchés pourraient être traitées à l'article 4.

21. Le Groupe de travail a ensuite étudié la manière dont l'article premier était libellé. A ce propos, on a noté qu'il y avait peut-être un défaut de conformité apparent entre la présomption, énoncée au paragraphe 1, de l'applicabilité générale de la Loi type et la présomption, énoncée au paragraphe 3, de la non-applicabilité à certains types de marché. On a également noté une source d'incertitude possible : le paragraphe 3 faisait référence à une déclaration expresse de l'entité adjudicatrice adressée aux entrepreneurs et fournisseurs concernant l'application de la Loi type à des domaines normalement exclus de son champ d'application, alors que le paragraphe 2 faisait référence à une déclaration expresse similaire sans que soient spécifiés ses destinataires. Enfin, on a avancé qu'il faudrait préciser que l'énoncé d'exclusions additionnelles par l'Etat adoptant la Loi type ne pouvait figurer que dans la Loi type elle-même ou dans la réglementation des marchés.

22. Afin de répondre à ces préoccupations de caractère rédactionnel, il a été proposé de modifier comme suit l'article premier :

"La présente Loi applique à toutes les passations de marchés par des entités adjudicatrices autres que

a) la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale,

b) ... (chaque Etat adoptant la Loi type peut spécifier dans la Loi type d'autres types de marchés), ou

c) la passation de marchés d'un type spécifié dans la réglementation des marchés

sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare aux entrepreneurs et fournisseurs au début de la procédure de passation d'un marché que la présente Loi est applicable."

23. Il a été proposé, pour préciser encore le texte, de remplacer le mot "spécifié" à l'alinéa c par le mot "exclu". Il a également été avancé que la référence à l'obligation qu'a l'entité adjudicatrice d'informer les entrepreneurs et fournisseurs de l'application de la Loi type à des domaines normalement exclus "au début de la procédure de passation d'un marché" était vague et devrait être remplacée par des références précises aux divers instruments utilisés pour solliciter la participation à la procédure de passation d'un marché tels que les sollicitations d'offres et de demandes de présélection et les sollicitations de propositions ou de prix. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la modification proposée de l'article premier.

Article 2

Définitions

24. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

25. Avant de commencer l'examen de l'article 2, le Groupe de travail a rappelé sa décision antérieure de reconsidérer la question de savoir s'il fallait conserver toutes les définitions. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité de faire preuve de cohérence, en ce qui concerne les références, dans les définitions, à des dispositions de fond, afin d'éviter les incertitudes. On a aussi proposé que les définitions, lorsqu'elles auront été arrêtées, soient placées par ordre alphabétique.

"Passation d'un marché" (nouveau paragraphe a)

26. Il a été proposé de supprimer dans le nouveau paragraphe a le membre de phrase "si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes", l'argument avancé étant que ce membre de phrase prévoyait comme moyen de déterminer le caractère connexe ou non des services l'application d'une formule mathématique inutilement rigide et artificielle qu'il serait difficile d'appliquer dans la pratique. Selon ce point de vue, il pourrait y avoir lieu de tenir compte d'éléments autres que la valeur pour déterminer si un contrat donné portait essentiellement sur des biens (ou des travaux) ou sur des services. On a fait observer que la suppression du membre de phrase en question n'empêcherait pas l'emploi d'une approche purement mathématique dans les cas appropriés. On a aussi estimé qu'au lieu de vouloir définir la notion de caractère connexe des services en fonction d'une formule purement mathématique, il vaudrait mieux préciser dans un commentaire les divers éléments, y compris la valeur, à prendre en compte pour déterminer si des services avaient ou non un caractère connexe.

27. En réponse à la proposition tendant à supprimer le membre de phrase en question, on a fait observer que l'inclusion d'un moyen de mesure mathématique, qui risquait certes de poser des problèmes dans certains cas exceptionnels où il serait difficile de distinguer les services des biens ou des travaux, permettrait toutefois de définir avec un certain degré de certitude le sens du mot "connexe", ce qui ne serait pas possible autrement. On a estimé qu'il ne convenait pas de traiter une telle question dans un commentaire parce qu'elle touchait le champ d'application de la Loi type. On a aussi noté que le libellé, qui reflétait une formulation utilisée dans l'Accord du GATT relatif aux marchés publics ainsi que dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, était conforme à la décision prise antérieurement par le Groupe de travail selon laquelle, dans la phase où en était le projet tout au moins, la Loi type ne devrait pas traiter de la passation de marchés portant sur des services. La crainte a été exprimée que la suppression du membre de phrase en question n'entraîne une discordance avec l'Accord du GATT relatif aux marchés publics, ce qui poserait des difficultés aux Etats qui étaient parties audit Accord. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa tel qu'il se présentait et d'inclure dans le commentaire une analyse de la détermination du caractère connexe ou non des services.

"Entité adjudicatrice" (paragraphe a)

28. Il a été décidé d'ajouter le mot "et" à la fin de chaque version proposée pour l'alinéa i du paragraphe a afin qu'il soit clair que l'alinéa ii s'ajouterait à l'une ou l'autre version de l'alinéa i.

"Biens" (paragraphe b)

29. Il a été proposé d'ajouter le mot "systèmes" à la liste d'exemples de biens présentée au paragraphe *b*. On a toutefois craint qu'en incluant ce mot on ne donne un relief particulier au problème de la définition des services connexes puisque, dans le cas d'achat de systèmes tels que les systèmes informatiques, les services constituaient une composante relativement importante quant au coût. Le Groupe de travail a cependant estimé que cette crainte n'était pas une raison suffisante pour ne pas ajouter une référence aux systèmes parce qu'en tout état de cause le problème des services connexes se posait aussi pour d'autres éléments énumérés dans la définition. La proposition a été acceptée.

"Travaux" (paragraphe c)

30. On a craint que les mots "si elles sont prévues dans le marché" ne soient interprétés comme impliquant que, par "activités connexes", on entendait seulement celles qui étaient mentionnées dans un marché qui se présentait sous une forme documentaire spécifique. Pour éviter une telle interprétation, il a été décidé d'utiliser à la place les mots "si elles font partie du marché".

"Garantie de soumission" (paragraphe f)

31. Selon un avis, la définition soulevait des questions de fond et devrait donc plutôt figurer à l'article 26 qui traitait des garanties de soumission. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il ne fallait pas changer sa place dans la Loi type (voir cependant par. 139). Quant au contenu de la définition, on a estimé que la référence "aux obligations" d'un entrepreneur ou d'un fournisseur risquait d'être interprétée à tort comme étant une référence à des obligations d'exécution au titre du marché. Pour éviter une telle interprétation, il a été décidé de modifier la définition en employant l'expression "une garantie donnée par un entrepreneur ou un fournisseur à l'entité adjudicatrice pour garantir la conclusion du marché si celui-ci est attribué à l'entrepreneur ou au fournisseur". Il a aussi été décidé de supprimer la référence aux lettres de crédit dans la liste d'exemples d'instruments susceptibles de servir de garantie de soumission, afin de ne pas mettre indûment l'accent sur ce qui serait une utilisation inhabituelle des lettres de crédit commerciales ordinaires.

"Monnaie" (paragraphe g)

32. Le Groupe de travail a jugé que la définition du mot "monnaie" était dans l'ensemble acceptable.

Définitions des méthodes de passation des marchés (paragraphe g bis à i)

33. Selon un avis, l'emploi des mots "conformément à (aux)" dans les définitions pour renvoyer aux dispositions de fond régissant les diverses méthodes de passation des marchés risquait de laisser entendre que les définitions ne s'appliqueraient aux méthodes de passation des marchés que dans la mesure où celles-ci seraient correctement utilisées. A un niveau plus fondamental, le Groupe de travail a convenu de supprimer les définitions de toutes les méthodes de passation des marchés disponibles au titre de la Loi type au motif que ces définitions consistaient dans une

large mesure en des références à des dispositions de fond et présentaient donc peu d'intérêt à ce stade d'élaboration de la Loi type.

"Entrepreneur ou fournisseur" (paragraphe i bis)

34. Le Groupe de travail a estimé que la définition de l'expression "entrepreneur ou fournisseur" était dans l'ensemble acceptable.

"Offre conforme" (paragraphe j)

35. Selon un avis, il ne convenait pas d'inclure la définition d'une "offre conforme" dans l'article 2, parce qu'elle touchait des questions de fond qui devraient normalement être traitées dans des dispositions de fond telles que l'article 28 concernant l'examen et l'évaluation des offres. Cet avis a reçu un large appui, bien qu'on ait fait remarquer en même temps que la suppression de la définition ne serait peut-être pas souhaitable si les mots "offre conforme" étaient employés dans la Loi type ailleurs qu'à l'article 28. Le Groupe de travail a donc prié le Secrétariat d'examiner leur fréquence d'emploi et les emplacements où ils figuraient et d'en supprimer la définition à l'article 2 si leur emploi était essentiellement limité aux dispositions sur l'examen et l'évaluation des offres. Il a aussi prié le Secrétariat d'examiner s'il serait bon d'intégrer en substance la définition dans l'article 28.

*Article 3 bis**Accords internationaux ou autres obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés*

36. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 3 *bis* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP/30.

37. Il a été proposé d'élargir l'article 3 *bis* en y incluant une référence aux accords intergouvernementaux conclus entre des entités gouvernementales de différents niveaux dans les Etats fédéraux. Il a été jugé qu'une telle clause serait nécessaire dans les Etats ayant une structure fédérale, car il pourrait arriver que des accords soient conclus entre le gouvernement national de l'Etat fédéral et ses subdivisions et entre les différentes subdivisions dans des domaines régis par la Loi type. Des réserves ont été exprimées quant à cette proposition au motif qu'elle pourrait empiéter sur des questions de droit constitutionnel et administratif interne, questions qu'il vaudrait mieux ne mentionner que dans le commentaire. Il a également été jugé qu'un tel élargissement limiterait l'application de la Loi type et se ferait au détriment de l'uniformité. Après un débat, le Groupe de travail a conclu que l'élargissement proposé était souhaitable, notamment pour les Etats fédéraux dans lesquels le gouvernement national n'était pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type. Dans ces cas, une disposition telle que celle figurant à l'article 2 *a*, prévoyant l'application de la Loi type par des entités gouvernementales de différents niveaux, ne suffirait pas. On n'a pas non plus jugé qu'il serait approprié de ne traiter que dans le commentaire une

question d'une telle importance pour le champ d'application de la Loi type. On a noté qu'il serait possible de placer la nouvelle disposition dans un paragraphe distinct, afin d'éviter de mettre sur un même plan des questions nationales et des questions internationales.

38. Le Groupe de travail a accepté une proposition tendant à remplacer, dans la version anglaise, les mots "*shall be applied*" par les mots "*shall prevail*", car cette dernière formulation semblait plus appropriée pour traiter des défauts de concordance visés à l'article 3 bis.

Article 4

Réglementations des marchés

39. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 4 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

40. Selon un avis, la formulation actuelle de l'article 4 était d'une trop grande portée et risquait d'avoir pour effet non intentionnel d'autoriser, par le biais de la réglementation des marchés, une conduite non prévue par la Loi type. Aussi a-t-il été proposé d'utiliser des mots tels que "de donner effet aux objectifs et dispositions de la présente Loi" pour remplacer le libellé actuel ("de préciser ou de compléter la présente Loi"). Le Groupe de travail a approuvé cette proposition et a prié le Secrétariat de réviser l'article 4 pour y insérer une formulation précise indiquant que la réglementation des marchés doit être conforme à l'esprit et aux objectifs de la Loi type.

41. Le Groupe de travail a étudié s'il faudrait inclure à l'article 4 une règle générale sur les effets de la non-publication de la réglementation des marchés sur les dispositions de la Loi type faisant référence à une telle réglementation. On a noté à ce propos qu'il pourrait être difficile d'énoncer une règle générale, car l'effet d'une non-publication varierait selon les dispositions. En particulier, il a été noté que, si pour une disposition la non-publication aurait pour effet de priver l'entité adjudicatrice du droit de prendre telle ou telle mesure, pour une autre disposition la non-publication pourrait avoir pour conséquence un renforcement des pouvoirs de l'entité adjudicatrice. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de ne pas ajouter de règle générale et d'étudier la question d'une réglementation spécifique lorsqu'il examinerait les diverses dispositions pertinentes de la Loi type.

42. On a indiqué que la Loi type pourrait traiter de la manière dont la réglementation des marchés devrait être élaborée, par exemple en donnant aux parties intéressées la possibilité de faire des observations sur la réglementation durant sa préparation. Toutefois, il a été jugé que la manière dont la réglementation des marchés était mise au point n'entraînait pas dans le champ de la Loi type.

43. Il a été convenu qu'une référence à l'exclusion de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés, comme il est indiqué dans la note 1 relative à l'article 4 (A/CN.9/WG.V/WP.30), n'était pas nécessaire.

Article 5

Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés

44. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 4 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 et l'a jugée acceptable dans son ensemble.

Article 7

Méthodes de passation des marchés

45. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 7 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe 1 et nouveau 2

46. Le Groupe de travail a rappelé ses débats approfondis, lors de la session précédente, sur l'article 7 et a noté que le texte actuel donnait effet aux décisions adoptées lors de cette session, notamment l'ajout de deux nouvelles méthodes de passation des marchés, la sollicitation de propositions et la sollicitation de prix. Il a également été rappelé qu'une attention considérable avait été portée à la question du chevauchement entre les conditions d'utilisation des diverses méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres, notamment l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence. Le paragraphe nouveau 3 énonçait une solution au problème du chevauchement qui avait été convenue lors de la session précédente. Cette solution consistait à indiquer un ordre de préférence auquel devrait se conformer l'entité adjudicatrice lors du choix d'une méthode de passation des marchés quand les circonstances propres à un marché donné permettaient de recourir à plus d'une des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

47. Le Groupe de travail a repris l'examen de la présentation des diverses méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres et notamment de deux questions particulières. Premièrement, sur le plan législatif, serait-il souhaitable que la Loi type recommande aux Etats, comme elle le faisait actuellement, d'incorporer toutes les méthodes de passation des marchés énoncées dans la Loi type, étant donné notamment que tous les Etats ne connaîtraient pas nécessairement chacune de ces méthodes ? Deuxièmement, sur le plan de la pratique, pourrait-on améliorer encore la solution apportée au problème du chevauchement entre les conditions de recours aux diverses méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres ?

48. Des avis divergents ont été exprimés sur la première question. Selon un avis, il était préférable de recommander que toutes les méthodes de passation des marchés figurent dans la loi; ainsi, les Etats adoptant la Loi type pourraient prendre connaissance de méthodes qu'ils ignoraient, sans toutefois être tenus de les utiliser. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, il serait inapproprié et inutile de recommander l'incorporation de toutes les méthodes; en effet, il n'était pas usuel, dans la plupart des Etats, de proposer une gamme aussi large de méthodes de passation des marchés et trois des méthodes (appel d'offres en deux étapes,

sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence) semblaient interchangeables dans une certaine mesure. L'interchangeabilité de ces méthodes était prouvée par le fait que, selon les Etats, l'une ou l'autre d'entre elles était utilisée dans des situations similaires. Il a été rappelé à ce propos que la décision d'inclure ces trois méthodes se fondait en partie sur le désir qu'avait le Groupe de travail de tenir compte de ces divergences et donc de faciliter l'acceptation de la Loi type.

49. Il a été proposé que la Loi type recommande un mécanisme particulier pour le choix des méthodes de passation des marchés; par exemple, au moins une de ces trois méthodes susmentionnées devrait être retenue. Toutefois, il a été convenu dans l'ensemble que le mécanisme de choix des méthodes autres que l'appel d'offres à incorporer dans la législation nationale devrait être déterminé par l'Etat adoptant la Loi type. Il a en outre été convenu que le commentaire pourrait énoncer des critères sur lesquels se fonderait le législateur pour faire ce choix. Par exemple, le commentaire pourrait indiquer qu'un Etat adoptant la Loi type souhaitera peut-être fonder son choix sur l'importance accordée à la concurrence dans chacune de ces méthodes.

50. Le Groupe de travail a ensuite étudié la question de savoir si l'on pourrait préciser encore la manière dont l'entité adjudicatrice choisirait dans la pratique une méthode de passation des marchés, notamment en cas de chevauchement entre les conditions d'utilisation de ces méthodes. Selon une proposition, il faudrait veiller à bien préciser que l'on devra recourir à la méthode de l'appel d'offres pour tous les marchés, sauf dans les cas ne correspondant qu'aux conditions d'utilisation de méthodes autres que l'appel d'offres. Pour ce faire, on pourrait inclure la procédure d'appel d'offres dans la liste des méthodes figurant au paragraphe nouveau 2. Quant à la possibilité de chevauchement entre les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres, on a estimé dans l'ensemble que l'ordre de préférence indiqué au paragraphe nouveau 3 pour les cas de chevauchement était suffisant. On a en outre noté que le problème du chevauchement serait quelque peu atténué du fait de la décision de donner aux Etats la possibilité de ne pas incorporer toutes les méthodes de passation des marchés; en effet, il y aurait moins de risques de chevauchement si un Etat n'adoptait pas toutes les méthodes. On a en outre noté que le commentaire pourrait donner aux entités adjudicatrices des orientations pour le choix d'une méthode.

51. Il a été indiqué que les problèmes pratiques que pourrait poser un éventuel chevauchement seraient encore atténués par le fait que, en application de la version actuelle de l'article 36, la Loi type ne prévoyait pas de moyens de recours privés au cas où l'entité adjudicatrice n'exercerait pas correctement son pouvoir de choisir une méthode de passation de marchés. Il a été jugé que cette restriction pourrait être mentionnée à l'article 7, mais, de l'avis général, une disposition claire dans le chapitre sur le droit de recours serait suffisante. Une question connexe a été posée : un recours privé serait-il possible dans les cas fondés non sur l'applicabilité possible de deux méthodes de passation de marchés, mais sur le fait que l'entité adjudicatrice avait choisi une méthode de passation des

marchés au mépris des conditions d'utilisation de cette méthode ? Il a été convenu de ne traiter de cette question que lorsque l'article 36 serait réexaminé.

52. Il a été noté que les mots "sous réserve" introduisant, dans le paragraphe nouveau 2, des références à des dispositions énonçant les conditions et procédures d'utilisation des diverses méthodes de passation des marchés risquaient d'introduire involontairement une notion de limitation. Il a été suggéré de remplacer ces mots par des mots tels que "conformément à" ou "comme il est prévu dans".

Paragraphe nouveau 3

53. Il a été proposé de rendre un peu moins rigide l'ordre de préférence auquel se conformer lorsque les circonstances propres à un marché particulier permettent le recours à plus d'une des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres, afin qu'il soit bien sûr que la méthode la plus appropriée sera utilisée. Il a été jugé que l'on pourrait arriver à cette fin en disposant que l'entité adjudicatrice peut, en cas de chevauchement, choisir la méthode "la plus appropriée". Ainsi l'ordre de préférence entrerait en jeu lorsque deux méthodes seraient jugées aussi appropriées l'une que l'autre. Cette proposition n'a pas reçu d'appui, car elle n'a pas été jugée conforme à l'approche retenue par le Groupe de travail, à savoir que, dans un souci de transparence et afin de favoriser au maximum la concurrence, l'entité adjudicatrice ne devrait pas être libre de choisir une méthode de passation de marchés en cas de chevauchement. Des doutes ont également été exprimés au motif que la notion de "méthode la plus appropriée" était vague et serait difficile à définir, ce qui risquerait de donner trop de latitude à l'entité adjudicatrice. Par contraste, selon le libellé actuel, le choix de la méthode devrait être justifié compte tenu des conditions d'utilisation énoncées dans les dispositions de fond. Aussi le Groupe de travail a-t-il jugé le paragraphe nouveau 3 acceptable dans l'ensemble (voir cependant par. 197).

Paragraphe 5

54. Il a été convenu, conformément à la décision qui avait été prise à la session précédente à propos des exigences en matière de comptes rendus (A/CN.9/356, par. 58), de supprimer les mots "et précise les faits pertinents" et de remplacer les mots "une description des circonstances" par les mots "une description des motifs et des circonstances".

Article 8

Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs

55. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe nouveau 1

56. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe nouveau 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 1

57. Selon un avis, l'alinéa a ii posait un problème : en effet, il demandait à l'entrepreneur ou fournisseur de prouver un fait négatif, à savoir la non-insolvabilité. Il a été

jugé qu'il serait préférable d'imposer à l'entité adjudicatrice de s'assurer de la solvabilité de l'entrepreneur ou du fournisseur. Un avis similaire a été exprimé à propos de l'alinéa *a iv*.

58. Il a été convenu d'ajouter les mots "ou leurs commettants ou préposés" au début de l'alinéa *a iv*. Il a également été convenu que l'alinéa ne devrait pas spécifier la période pendant laquelle les entrepreneurs ou fournisseurs ne devaient avoir subi aucune condamnation pour un délit pénal ou pour toute autre infraction du type mentionné. En effet, la détermination de cette période devrait incomber à l'Etat adoptant la Loi type.

59. Il a été noté que l'on recourait souvent à des procédures administratives pour suspendre ou radier des entrepreneurs ou fournisseurs déclarés coupables de falsification de documents comptables, de non-exécution d'obligations contractuelles, de fraude, etc. Aussi a-t-il été convenu d'ajouter une disposition autorisant l'entité adjudicatrice à ne pas retenir des entrepreneurs ou fournisseurs ayant été déclarés coupables dans le cadre de telles procédures administratives. Il a été proposé à cette fin d'ajouter à l'alinéa *a iv* des mots tels que "ou n'ont pas été de toute autre manière disqualifiés dans le cadre d'une procédure administrative de suspension ou de radiation". Il a en outre été proposé, au lieu de spécifier des motifs de suspension ou de radiation dans la Loi type, de donner dans le commentaire des exemples des infractions en question. Dans la même veine, une proposition aux termes de laquelle la Loi type devrait même comporter des dispositions établissant la base de telles procédures n'a pas reçu d'appui, notamment parce que toutes les juridictions ne prévoyaient pas ces procédures.

Paragraphe 2

60. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2 bis

61. Il a été convenu d'ajouter les mots "le cas échéant" après les mots "documentation de présélection" au paragraphe 2 *bis* pour tenir compte des cas où il n'y avait pas de procédure de présélection.

Paragraphe 2 ter

62. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 *ter* acceptable dans son ensemble.

Paragraphe 3

63. Il a été déclaré que les mots "avant la conclusion de la procédure de passation du marché", utilisés au paragraphe 3 pour déterminer la fin du délai dans lequel les entrepreneurs et fournisseurs seraient tenus de présenter la preuve de leurs qualifications, étaient vagues : en effet, il pourrait y avoir des divergences quant au moment où la procédure est effectivement conclue. Le Groupe de travail a accepté une proposition selon laquelle les fournisseurs devraient être tenus de présenter leurs preuves avant l'examen et l'évaluation des offres. Il a toutefois été noté que cette formulation semblait se rattacher plus spécifiquement aux procédures d'appel d'offres.

Article 8 bis

Procédure de présélection

64. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 8 *bis* qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe 1 et 2

65. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 et 2 acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 3

66. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la manière dont la Loi type devrait énumérer les renseignements devant figurer dans la documentation de présélection. Lors de sa douzième session, il s'était demandé si la Loi type devait énumérer les renseignements requis dans le détail, ou bien se contenter de renvoyer à la réglementation des marchés. Le Secrétariat a été prié d'étudier comment on pourrait incorporer ces deux possibilités au texte de la Loi type sous la forme d'options proposées aux Etats qui adopteraient la Loi type. Faisant suite à cette demande, le texte dont a été saisi le Groupe de travail, lors de sa présente session, proposait deux approches. Dans la première approche ("Option I"), la Loi type renverrait à la réglementation des marchés où seraient énumérés les renseignements requis. Dans la deuxième approche ("Option II"), la Loi type énumérerait tous les renseignements requis. Pour garantir l'uniformité dans le cadre de l'Option I, on a proposé que le commentaire indique aux Etats adoptant la Loi type que la réglementation des marchés devrait reprendre la liste complète des renseignements requis figurant dans la Loi type à l'Option II. Après de nouvelles délibérations, le Groupe de travail a décidé qu'il n'était pas opportun de proposer des options en la matière. L'Option II a été jugée préférable à l'Option I, en particulier parce que l'on craignait qu'en n'énonçant pas dans la Loi type les renseignements requis, on irait à l'encontre des objectifs de la Loi type et on compromettrait l'uniformité du droit. On a en outre fait observer que les renseignements requis qu'énonçait l'Option II formaient un minimum indispensable qui, autrement, devraient figurer dans la réglementation des marchés, et que l'autre caractéristique de l'Option I, à savoir le droit d'énoncer dans la réglementation des marchés des exigences supplémentaires, était couverte par l'alinéa *g* de l'Option II. On a par ailleurs évoqué les difficultés qui pourraient surgir si un Etat qui choisissait l'Option I ne promulguait pas de réglementation des marchés.

67. On a décidé qu'il fallait supprimer, dans le chapeau, la référence aux renseignements "requis" placée entre crochets. On a estimé qu'elle était inutile et qu'elle aurait pour conséquence fâcheuse de susciter des différends sur le point de savoir si l'entité adjudicatrice avait bien fait figurer dans les documents de présélection toutes les informations dont avaient besoin les entrepreneurs et fournisseurs pour établir et soumettre des demandes de présélection. On a accepté l'idée selon laquelle le paragraphe 3 devait indiquer clairement qu'il visait les renseignements minimums requis et que l'entité adjudicatrice demeurerait libre de fournir des renseignements complémentaires si besoin

était. A cette fin, on a décidé qu'après le mot "contient" dans le chapeau du paragraphe 3 serait ajouté le mot "notamment". Le Groupe de travail a également décidé d'ajouter, dans l'Option II, le prix du dossier de sollicitation (voir l'alinéa f du paragraphe 1 de l'article 14) aux exceptions visées dans le chapeau, et de remplacer les mots "devant figurer" dans le chapeau par le mot "énoncés". Le Groupe de travail a également décidé de remplacer les mots "conditions énoncées par l'entité adjudicatrice" à l'alinéa g par les mots "conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice" afin de tenir compte des cas où la réglementation des marchés ne serait pas promulguée et de ne pas laisser entendre qu'il fallait impérativement énoncer des obligations supplémentaires.

Paragraphe 3 bis

68. En ce qui concerne le délai alloué à l'entité adjudicatrice pour répondre à toute demande d'éclaircissements, on a décidé de remplacer les mots "est donnée dans un délai suffisant" par les mots "est donnée dans un délai raisonnable".

Paragraphe 3 ter

69. On a noté que le paragraphe 3 ter serait supprimé en raison de l'ajout de l'article 10 bis où sont regroupées des dispositions relatives aux communications entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs.

Paragraphe 4

70. Un certain nombre d'interventions ont eu pour objet de rendre plus clair le cadre dans lequel doit se dérouler la procédure de présélection. Les éléments constitutifs de ce cadre qui ont été mentionnés étaient les suivants : la décision de présélection doit reposer sur les critères énoncés dans les documents de présélection, une décision doit être prise pour chacun des entrepreneurs et fournisseurs qui se sont présentés à la présélection et les résultats de la présélection doivent être communiqués en temps utile aux entrepreneurs et fournisseurs intéressés. Pour le Groupe de travail, ces principes étaient certes énoncés, expressément ou implicitement, dans les divers articles régissant les qualifications et la procédure de présélection, en particulier aux paragraphes nouveau 1 et 2 bis de l'article 8, ainsi que dans la deuxième phrase du paragraphe 1 et au paragraphe 4 de l'article 8 bis, mais des éclaircissements étaient néanmoins nécessaires. Selon un avis, certains autres renseignements détaillés pourraient être exigés, tels que l'adresse officielle des entrepreneurs et fournisseurs candidats à la présélection.

71. Aucune objection n'a été soulevée à propos du maintien du membre de phrase placé entre crochets au paragraphe 4, qui fait obligation à l'entité adjudicatrice de rendre public les noms de tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. Il a été convenu, toutefois, que cette publication devrait être demandée par écrit. On a noté en outre que l'obligation de publicité qu'énonce le paragraphe 4 pourrait ne pas être maintenue dans les Etats où elle serait contraire aux textes protégeant la confidentialité.

Paragraphe 5

72. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 5 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 6

73. On a noté qu'à sa douzième session, le Groupe de travail avait décidé de différer toute décision sur l'opportunité de conserver le paragraphe 6 ou sur son libellé jusqu'au moment où il examinerait l'article 28-8 bis qui faisait référence au droit de l'entité adjudicatrice de demander aux entrepreneurs et aux fournisseurs de confirmer leurs qualifications. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa treizième session il avait examiné l'article 28-8 bis et était parvenu à certaines conclusions concernant l'approche à adopter dans la Loi type pour la question de la confirmation. Il avait été convenu en particulier que, pour des raisons d'équité, la confirmation des qualifications devait consister uniquement à vérifier si les informations communiquées au stade initial ou au stade de la présélection avaient changé, et que la Loi type devait indiquer clairement que les critères à employer pour la confirmation des qualifications devaient être les mêmes que ceux qui étaient utilisés pour la présélection. Compte tenu de ce qui précède, les membres du Groupe de travail étaient aussi convenus qu'il fallait réexaminer l'emploi du mot "réévaluer" au paragraphe 6 de l'article 8 bis. A la présente session, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision antérieure sur la nécessité de prévoir une procédure de confirmation et sur la méthode fondamentale à adopter à cet égard.

74. Aucune objection particulière n'a été soulevée, en principe, à propos de la modification du texte du paragraphe 6 proposée par le Secrétariat en vue d'éviter l'utilisation du mot "réévaluer", mais le sentiment était clairement, comme dans le cas du paragraphe 4, que le cadre dans lequel s'effectuerait la confirmation de la procédure de présélection devait être particulièrement bien défini. A cet égard, le paragraphe 6 devrait, a-t-on suggéré, faire référence aux règles énoncées à l'article 28-8 bis comme critères à utiliser pour la confirmation.

75. De manière plus générale, on s'est demandé si les dispositions concernant les qualifications et la présélection, sous leur forme actuelle, donnaient à l'entité adjudicatrice suffisamment de marge de manœuvre pour exclure les entrepreneurs et les fournisseurs qui communiquaient des informations fausses ou inexacts concernant leurs qualifications. On a fait remarquer que la communication de renseignements faux ou inexacts était un problème qui surgissait assez fréquemment et que l'entité adjudicatrice devait être autorisée à prendre des mesures appropriées pour y faire face à toute étape de la procédure de passation d'un marché. Une telle soupape de sécurité était d'autant plus nécessaire, a-t-on déclaré, qu'il arrivait que les entités adjudicatrices n'examinent pas soigneusement les informations sur les qualifications d'un entrepreneur ou d'un fournisseur avant le moment de sa sélection. La Loi type n'énonçait pas clairement les mesures qu'une entité adjudicatrice était autorisée à prendre en cas de renseignements faux ou inexacts. Le Groupe de travail a admis que la Loi type devait prévoir clairement le rejet d'une offre pour ce motif à toute étape de la procédure de passation d'un marché.

76. Le Groupe de travail a ensuite examiné le paragraphe 6 remanié en vue de tenir compte de ses délibérations et décisions :

“L’entité adjudicatrice peut exiger que l’entrepreneur ou le fournisseur sélectionné reconfirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit entrepreneur ou fournisseur, dans les conditions prévalant alors, et peut disqualifier un entrepreneur ou un fournisseur si elle découvre, à tout moment, que les renseignements communiqués lors de la présélection ou de la confirmation sont faux ou inexacts.”

77. Le texte proposé a été accepté dans son ensemble par les membres du Groupe de travail, sous réserve de précisions rédactionnelles indiquant clairement que l’entité adjudicatrice devait disqualifier les entrepreneurs et les fournisseurs qui ne confirmaient pas leurs qualifications. Toutefois, les opinions ont divergé quant à la proposition visant à restreindre la confirmation à l’entrepreneur ou au fournisseur sélectionné. Selon un avis, une telle restriction était appropriée, car, que ce soit du point de vue de l’efficacité de l’entité adjudicatrice ou de l’équité à l’égard des entrepreneurs et des fournisseurs, le moment de la sélection d’un entrepreneur et d’un fournisseur était le moment le plus adéquat pour la confirmation étant donné l’évolution constante de la situation dans laquelle se trouvaient souvent ces entrepreneurs et fournisseurs. En particulier, une entité adjudicatrice ayant entrepris d’évaluer des offres serait peu encline, a-t-on déclaré, à interrompre la procédure pour se lancer dans une confirmation. On a également fait observer que lorsqu’aucune procédure de présélection n’avait été engagée il était courant que les entités adjudicatrices n’examinent pas les qualifications avant la sélection d’un entrepreneur ou d’un fournisseur. Selon une autre opinion, la restriction proposée contribuerait à mettre un frein à la pratique arbitraire ou abusive consistant à se servir de la confirmation pour exclure des entrepreneurs et des fournisseurs d’une procédure de passation de marché.

78. Selon l’avis qui a prévalu, cependant, le droit de l’entité adjudicatrice de demander confirmation ne devait ni être restreint à une étape particulière de la procédure de passation du marché, ni à l’entrepreneur ou au fournisseur sélectionné. Une approche aussi souple, a-t-on noté, laissait toute latitude en la matière à l’entité adjudicatrice, par ailleurs peu susceptible d’exercer sans motif valable son droit à exiger confirmation. Cette approche avait aussi pour avantage de lui permettre de demander à plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs présentant les offres les plus intéressantes de confirmer leurs qualifications en même temps. Sans cette option, il y aurait perte de temps si l’entrepreneur ou le fournisseur sélectionné ne confirmait pas ses qualifications, dans la mesure où l’entité adjudicatrice ne pourrait alors que demander aux entrepreneurs et fournisseurs de confirmer un par un. On a fait remarquer par ailleurs qu’il était préférable de prévoir la possibilité d’une confirmation à des étapes antérieures, tant pour satisfaire rapidement des réclamations par le biais de procédures de recours que pour détecter des renseignements faux ou inexacts.

79. Les membres du Groupe de travail sont convenus d’ajouter une dernière disposition au paragraphe 6, à savoir que, comme dans le cas de la règle énoncée au paragraphe 4 pour la procédure de présélection en général, l’entité adjudicatrice devait être tenue de notifier les résultats de la confirmation.

Article 10

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

80. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l’article 10, qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30, et estimé que l’article était dans son ensemble acceptable.

Article 10 bis

Communications entre l’entité adjudicatrice et les entrepreneurs et les fournisseurs

81. Le Groupe de travail a examiné le texte de l’article 10 bis qui figure dans l’annexe au document A/CN.9/WG.V/WP.33.

82. On a évoqué l’emploi de plus en plus répandu de l’échange de données informatisées (“EDI”) pour les communications entre les entités adjudicatrices et les entrepreneurs et fournisseurs dans le cadre des procédures de passation de marchés. On a convenu qu’il fallait tenir compte de ces techniques de communication en pleine évolution. On s’est toutefois demandé si la référence aux seules communications téléphoniques et la terminologie employée dans la formulation actuelle de l’article 10 bis étaient suffisamment larges et en particulier si les expressions “forme qui en assure l’enregistrement” et “forme la constatant” seraient universellement jugées appropriées parce qu’elles pourraient être interprétées comme impliquant une forme imprimée, alors que certains messages transmis par EDI qui étaient mis en mémoire sur ordinateur n’apparaissaient pas automatiquement sous forme imprimée. On a fait observer que la formulation actuelle était fondée sur un libellé utilisé dans la Convention des Nations Unies récemment adoptée sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et avait été conçue pour englober l’échange de données informatisées. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir l’article 10 bis en tenant compte des préoccupations qui avaient été exprimées et des travaux de la CNUDCI en matière d’EDI.

83. Au-delà de la question du libellé précis de l’article 10 bis, on a proposé d’envisager de couvrir dans cet article les dispositions sur la communication qui figurent dans l’article 12-2 b faisant référence aux moyens de communication autres que le téléphone et à la communication du dossier de sollicitation (voir par. 102 et 106).

Article 10 ter

Compte rendu de la procédure de passation de marché

84. Le Groupe de travail a examiné le texte de l’article 10 ter qui figure dans l’annexe au document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

85. Le Groupe de travail a décidé qu’au paragraphe 1 et ailleurs dans l’article 10 ter on ajouterait dans la version

anglaise le mot "offers" à l'expression "tenders, proposals or quotations" afin qu'il soit clair que la Loi type s'appliquerait aux procédures de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 1 était par ailleurs acceptable dans l'ensemble.

86. Il a été décidé d'ajouter une disposition traduisant l'obligation qu'a, aux termes de l'article 11-1, l'entité adjudicatrice qui limite la participation à la procédure de passation d'un marché selon des critères de nationalité d'indiquer dans le compte rendu les raisons et les circonstances justifiant cette restriction. Il y a eu consensus quant au fait que cette partie du compte rendu ne devrait pas être soumise à l'obligation de publicité énoncée à l'article 10 *ter*.

Paragraphe 2

87. Le Groupe de travail a examiné la question non réglée du moment auquel les parties pertinentes du compte rendu devaient être rendues publiques. Il a été généralement convenu qu'il faudrait retenir la date la plus rapprochée, c'est-à-dire celle de l'acceptation de l'offre, d'une proposition ou d'un prix. On a noté qu'une disposition établie en ce sens devrait peut-être faire l'objet d'ajustements dans les juridictions où des lois régissaient le caractère confidentiel de certaines informations.

Paragraphe 2 bis

88. Des vues divergentes ont été exprimées quant au moment auquel les parties pertinentes du compte rendu devraient être communiquées aux entrepreneurs et aux fournisseurs. Selon un avis, l'obligation de publicité ne devrait pas intervenir avant la conclusion du marché si l'on voulait éviter que la procédure de passation du marché soit perturbée de manière injustifiée. On estimait qu'une telle approche était nécessaire pour ne pas susciter de recours abusifs fondés sur des renseignements divulgués dans le compte rendu. Toutefois, l'avis qui a prévalu a été que les renseignements devaient être communiqués aux entrepreneurs et aux fournisseurs plus tôt, c'est-à-dire lors de l'acceptation de l'offre, de la proposition ou du prix, si l'on voulait que le droit de recours ait un sens. On a noté qu'en retardant la divulgation jusqu'à la conclusion du marché, on priverait souvent les entrepreneurs et fournisseurs lésés d'un recours appréciable puisque, dans beaucoup de législations, la procédure de passation d'un marché était réputée achevée au moment de la conclusion du marché. A ce propos, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur le rôle important que jouaient les recours privés pour assurer le respect de la législation sur la passation des marchés. Enfin, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 *bis* ne devait pas implicitement limiter le pouvoir qu'avaient les tribunaux d'ordonner que la divulgation soit faite plus tôt.

Paragraphe 3

89. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 3 devait être supprimé. Il était en effet inutile puisque l'accès au compte rendu des organes publics chargés d'une mission de vérification ou de contrôle de l'entité adjudicatrice ne dépendrait pas des dispositions de la Loi type.

Paragraphe 4

90. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de remanier le paragraphe 4 de manière à faire clairement apparaître que seuls les dommages-intérêts étaient visés par l'exonération de responsabilité et non les réparations ordonnées par les tribunaux ou autres formes de réparation.

Article 10 quater

Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs

91. Le Groupe de travail a accepté d'étendre l'application de la disposition sur les incitations à toutes les méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type. Dans le même temps, on a noté que l'article 10 *ter-1 f* demandait l'inclusion dans le compte rendu de renseignements sur la disqualification d'entrepreneurs ou de fournisseurs en raison d'incitations qu'ils avaient proposées et que ces renseignements seraient divulgués conformément à l'article 10 *ter-2 bis*. On a estimé que cette divulgation serait injustifiée et, surtout dans les cas où l'incitation proposée ne donnerait pas lieu à des poursuites pénales, qu'elle pourrait engager la responsabilité de l'entité adjudicatrice en vertu des règles sur la diffamation. Le Groupe de travail a estimé que ces renseignements devraient figurer dans le compte rendu, mais il a décidé d'ajouter à l'article considéré une disposition visant à ce que cette partie du compte rendu ne soit communiquée qu'à l'entrepreneur ou au fournisseur présumé avoir offert l'incitation. La communication de cette partie du compte rendu à l'entrepreneur ou au fournisseur présumé fautif visait à permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur d'introduire un recours s'il estimait que sa disqualification était injustifiée. On a donc décidé de modifier en conséquence le paragraphe 2 *bis* de l'article 10 *ter*.

Article 11

Participation des entrepreneurs et fournisseurs

92. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 11 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

93. Il a été proposé de transférer l'article 11 au chapitre premier; ainsi, la présomption selon laquelle les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à participer à la procédure quelle que soit leur nationalité vaudrait pour toutes les méthodes de passation des marchés. On s'est demandé s'il était vraiment approprié et nécessaire d'élargir ainsi l'article 11 : en effet, cela ne serait pas conforme à la pratique. En particulier, on a noté que les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres disponibles en vertu de la Loi type étaient, dans une large mesure, adaptées aux cas dans lesquels l'entité adjudicatrice savait quels entrepreneurs ou fournisseurs elle souhaitait approcher. On a également noté que la présomption d'internationalité était déjà applicable à l'appel d'offres en deux étapes, du fait de l'incorporation par référence du chapitre II, et que le paragraphe 2 de l'article 33 *ter* donnait à l'entité adjudicatrice entamant une procédure de sollicitation de propositions la possibilité de

contacter au plan international les entrepreneurs et fournisseurs intéressés. On s'est demandé si l'application de l'article 11 aux procédures de sollicitation de propositions serait vraiment conforme au paragraphe 2 de l'article 33 *ter* selon lequel le fait de solliciter des manifestations d'intérêt à participer à une procédure de sollicitation de propositions ne confère aucun droit aux entrepreneurs et aux fournisseurs.

94. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait incorporer l'article 11 dans les dispositions générales. On a estimé que l'extension de la présomption d'internationalité aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres favoriserait la participation et contribuerait ainsi à promouvoir l'un des principaux objectifs de la Loi type sans contraindre l'entité adjudicatrice à entreprendre des procédures internationales de passation des marchés peu propices à l'économie et à l'efficacité ou contraires aux autres motifs mentionnés à l'article 11. Il a en outre été avancé que l'application généralisée de l'article 11 contribuerait à garantir l'égalité de traitement des entrepreneurs et fournisseurs étrangers lorsqu'une procédure de passation des marchés par d'autres méthodes que l'appel d'offres était menée sur un plan international.

95. Le Groupe de travail a convenu que le paragraphe 1 devait être affiné, afin qu'il soit bien clair qu'il comportait deux éléments distincts, l'un faisant référence à la limitation de la participation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux, l'autre énonçant des restrictions fondées sur la nationalité, découlant de facteurs tels que des arrangements d'aide liée ou une législation relative au boycott. Pour ce qui est du premier élément, on a estimé que la notion de limitation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux pour des raisons "d'économie et d'efficacité" était vague et imprécise. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, l'autre solution serait de ne limiter en rien le droit qu'aurait l'entité adjudicatrice de recourir à des procédures purement nationales et il était donc préférable de retenir l'approche actuelle. Il a été convenu que ces "raisons d'économie et d'efficacité" seraient expliquées dans le commentaire. Il a également été convenu que la référence figurant au paragraphe 1 à l'économie "ou" à l'efficacité serait modifiée et que l'on reprendrait la formulation plus restrictive (économie "et" efficacité) utilisée au paragraphe 2 *a* de l'article 12.

96. Le Groupe de travail a noté que, vu la décision d'élargir le champ d'application de l'article 11, il serait bon d'appliquer aux méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres la condition selon laquelle l'entité adjudicatrice doit déclarer aux entrepreneurs et fournisseurs si la procédure est ouverte à tous sans distinction de nationalité. Une telle condition était actuellement applicable, par le biais du paragraphe 1 *d bis* de l'article 14, aux procédures d'appel d'offres. Il a également été noté que, si les motifs d'une limitation de la participation selon des critères de nationalité n'avaient pas à être énoncés dans l'instrument sollicitant la participation, ils devraient, en application du paragraphe 1 de l'article 11, figurer dans le compte rendu de la procédure. Il a en outre été convenu que la référence à cette condition, dans la dernière phrase du paragraphe 1, devrait être alignée sur les libellés convenus à ce propos pour d'autres dispositions de la Loi type,

c'est-à-dire que l'on ferait référence à "un exposé des motifs et circonstances" et que l'on supprimerait la condition selon laquelle l'entité adjudicatrice doit "spécifier les faits pertinents".

97. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé, à sa douzième session, de modifier l'article 11 afin d'éviter de faire référence à des procédures de passation des marchés "internationales" et donc aux entrepreneurs et fournisseurs "étrangers". Il a été noté que, si la version révisée de cette disposition permettait à la Loi type d'ignorer la question parfois compliquée de la définition du mot "étranger", la définition du mot "national" posait des problèmes similaires. Toutefois, le Groupe de travail a affirmé qu'il préférerait la formulation révisée, car ce serait alors à l'Etat de l'entité adjudicatrice de déterminer quels entrepreneurs et fournisseurs il souhaitait considérer comme nationaux.

Paragraphe 1 bis

98. Le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait préciser que l'entité adjudicatrice restait libre d'appliquer, dans le cadre des procédures entièrement nationales, les mesures visées au paragraphe 1 *bis*. On a fait référence en particulier à l'application possible aux marchés nationaux des dispositions concernant la monnaie, le paiement et la langue.

Article 12

Sollicitation des offres et des demandes de présélection

99. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 12 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphes 1 et 1 bis

100. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 et 1 *bis* acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 2

101. Selon un avis, si les entités adjudicatrices ont naturellement tendance à préférer traiter avec un nombre limité d'entrepreneurs et de fournisseurs, la Loi type ne devrait pas prévoir la procédure d'appel d'offres restreinte envisagée au paragraphe 2. Il a été avancé que le paragraphe 2 donnait trop de latitude à l'entité adjudicatrice et, qu'au mieux, une procédure restreinte ne devrait être possible que lorsque l'entité adjudicatrice pouvait recenser tous les entrepreneurs ou fournisseurs possibles. Selon l'avis qui a prévalu, les procédures d'appel d'offres restreintes étaient largement utilisées et la Loi type devait en tenir compte. Il a été avancé que la latitude accordée à l'entité adjudicatrice était utilement modérée par la condition énoncée à la deuxième phrase de l'alinéa *a*, selon laquelle le nombre des entrepreneurs et fournisseurs invités à participer devait être suffisant pour assurer une concurrence réelle. Afin de promouvoir la transparence, le Groupe de travail a décidé d'ajouter une condition, similaire à celle énoncée au paragraphe 1 de l'article 11, selon laquelle l'entité adjudicatrice devrait indiquer dans le compte rendu les motifs et circonstances justifiant sa décision de restreindre la procédure d'appel d'offres.

102. Il a été noté que, vu l'ajout du paragraphe 1 *bis*, il fallait ajouter une référence à ce paragraphe dans la restriction énoncée au début de l'alinéa *a*.

103. Le débat au sein du Groupe de travail a fait apparaître qu'il était nécessaire de préciser que l'alinéa *b*, qui faisait référence à des besoins urgents, n'énonçait pas de motifs autres que les motifs énoncés à l'alinéa *a* pour l'ouverture d'une procédure d'appel d'offres restreintes, mais était en fait soumis à l'alinéa *a* et ne portait que sur la manière de communiquer l'invitation à soumettre des offres dans le cas d'une procédure d'appel d'offres restreintes. Il a été convenu que, dans la référence à un écrit au début de l'alinéa *b*, les mots "peuvent être envoyées par écrit" devraient être remplacés par les mots "doivent être envoyées par écrit". Dans le même temps, le Groupe de travail a noté que le libellé de l'alinéa *b* devrait être réexaminé, compte tenu de l'utilisation de méthodes de communication fondées sur l'EDI.

Article 14

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

104. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

105. Il a réaffirmé l'approche sur laquelle se fonde l'alinéa 1 *d bis* de l'article 14, à savoir qu'il est impossible de modifier une déclaration aux termes de laquelle la procédure d'appel d'offres est ouverte à une participation internationale, mais qu'il est possible d'ouvrir à une participation internationale des procédures initialement déclarées comme nationales.

Article 17

Dossier de sollicitation

106. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 17 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 et à l'annexe du document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

107. On a fait observer que, dans certains Etats, les dossiers de sollicitation et autres documents liés à la procédure de passation d'un marché étaient transmis par les techniques EDI et que le recours à ces techniques dans ce domaine continuerait certainement à évoluer et à se généraliser. Il a donc été proposé que la Loi type aille au-delà de ce qui avait été convenu pour la question des communications traitée à l'article 10 *bis* et contienne une disposition générale permettant aux Etats qui l'adoptent d'autoriser l'utilisation des techniques EDI à la place de documents sur support papier. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il a en même temps appelé à la prudence, indiquant qu'il fallait tenir compte dans une telle disposition du fait que les procédures, dans la Loi type, reflétaient une pratique basée sur une documentation sur support papier, comme le montrait la décision qu'il avait prise à sa douzième session tendant à conserver à l'arti-

cle 24-4 la disposition selon laquelle les offres devaient être soumises par écrit. Il a été noté par ailleurs que les techniques EDI n'étaient pas utilisées et accessibles au même degré dans tous les pays.

Paragraphe 2

108. Le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence entre crochets, dans le chapeau, à l'inclusion dans le dossier de sollicitation des renseignements "requis" au motif qu'elle était inutile et pourrait avoir pour effet involontaire de susciter des différends quant à la question de savoir si le dossier de sollicitation comprenait tous les renseignements requis. Il a été convenu par ailleurs d'indiquer clairement dans le chapeau qu'il n'était pas interdit à l'entité adjudicatrice d'inclure le dossier de sollicitation des informations complémentaires à celles qui étaient énumérées au paragraphe 2.

109. Le Groupe de travail a ensuite entrepris d'examiner certains éléments précis devant figurer dans le dossier de sollicitation. Il a été proposé de faire référence à l'alinéa *e* aux services connexes.

110. Selon une opinion, l'alinéa *e bis* allait trop loin en demandant que le dossier de sollicitation révèle la manière dont les éléments autres que le prix seraient quantifiés. On a fait observer que, dans la pratique, tout ce qui était normalement demandé était que le dossier de sollicitation indique le coefficient de pondération à accorder aux éléments autres que le prix dans l'évaluation et la comparaison des offres. Le libellé actuel, par contre, pouvait être interprété comme signifiant que les formules et les méthodes d'évaluation devaient être divulguées. Il a été déclaré, à l'appui du libellé actuel, que l'exigence de renseignements plus détaillés aurait un effet bénéfique et que la formule était suffisamment souple pour permettre la divulgation d'informations plus limitées. Toutefois, cette souplesse pourrait, s'est-on inquiété, mener à des différends et, compte tenu de la pratique établie, le Groupe de travail a opté pour l'approche plus limitée. Il a été décidé, en conséquence, de remplacer les mots "et manière dont ils doivent être quantifiés" par les mots "et leur coefficient de pondération".

111. Les membres du Groupe sont convenus qu'il fallait, à l'alinéa *f*, demander de façon moins impérative que le dossier de sollicitation fasse état des conditions du marché car il arriverait que l'entité adjudicatrice ne soit pas en mesure de décrire complètement ces conditions au moment de la constitution du dossier.

112. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter à l'alinéa *i* une disposition selon laquelle il faudrait préciser dans le dossier de sollicitation la composition du prix indiqué dans les offres. Il a aussi été décidé, d'un commun accord, que le nouveau texte citerait non seulement les frais de transport et d'assurance à titre d'exemples d'éléments du prix, mais aussi les droits et taxes.

113. Les membres du Groupe de travail sont convenus qu'il fallait indiquer plus clairement à l'alinéa *l* que le dossier de sollicitation devait stipuler toutes conditions

particulières concernant la forme et l'émetteur de la garantie de soumission qui devraient être respectés pour que ladite garantie soit acceptable.

114. Le Groupe de travail a noté qu'étant donné le changement de terminologie au paragraphe 7 de l'article 28 approuvé à la session précédente, les termes "l'offre la plus économique", à l'alinéa *p*, devraient être remplacés par "l'offre à retenir".

115. Selon une opinion, il était suffisant, à l'alinéa *r* de faire référence à toute autre condition concernant la préparation et la soumission des offres. Il serait donc possible de supprimer les mots "et à la procédure de passation des marchés" à la fin de l'alinéa, puisque ces mots étaient ambigus et semblaient inutiles. On a fait observer cependant que la préparation et la soumission des offres ne représentaient qu'un aspect de la procédure de passation d'un marché et que l'entité adjudicatrice pouvait, dans certains cas, imposer des conditions qui ne concernaient pas, à proprement parler, la préparation ou la soumission mêmes des offres, mais qui méritaient toutefois d'être mentionnées dans le dossier de sollicitation. Ainsi, l'entité adjudicatrice pouvait exiger que les entrepreneurs assistent à une réunion sur un chantier avant la soumission des offres pour qu'ils soient jugés éligibles. Il a été proposé de clarifier le libellé en faisant référence à "d'autres aspects de la procédure de passation des marchés". Il a été proposé par ailleurs d'envisager de déplacer l'alinéa *r* à la fin du paragraphe 2 puisque cet alinéa était, par nature, une disposition générale.

116. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *w*, à propos duquel il avait différé sa décision à sa douzième session. La proposition tendant à le supprimer au motif que l'on pouvait considérer que la question qu'il traitait était déjà examinée à l'alinéa *s* n'a rallié aucun suffrage car on a estimé, dans l'ensemble, que les objectifs des deux dispositions étaient différents. On a jugé cependant qu'il fallait en préciser le libellé pour rendre son sens plus clair, à savoir que le dossier de sollicitation devait informer les entrepreneurs et les fournisseurs du droit qui leur était accordé en application de l'article 36 d'engager une procédure de recours, et non que l'entité adjudicatrice était autorisée à limiter, dans le dossier de sollicitation, sa responsabilité au titre des dispositions de la Loi type relatives au droit de recours.

117. Sous réserve de modifications mineures, le Groupe de travail a approuvé le libellé proposé pour l'alinéa *y* afin d'appliquer la décision prise à sa session précédente, à savoir qu'il fallait faire référence dans le dossier de sollicitation à toute approbation définitive requise pour l'entrée en vigueur du marché ainsi qu'au délai qui serait nécessaire pour obtenir une telle approbation. Ces modifications comprenaient le remplacement du mot "signature" par le mot "exécution" et l'introduction de la notion de "délai estimé". Cette dernière modification a été instamment demandée car l'entité adjudicatrice peut ne pas être en mesure de prévoir avec certitude le délai qui peut être nécessaire pour obtenir une approbation définitive. Il a aussi été convenu de réviser l'alinéa *y* de manière à faire clairement apparaître que c'était le marché — et non l'offre elle-même — qui entrait en vigueur.

Article 19

Prix facturés pour le dossier de sollicitation

118. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 et l'a jugé acceptable dans son ensemble.

Article 20

Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation

119. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 20 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe 1

120. Il a été proposé de supprimer la dernière partie du paragraphe 1 qui énonçait un critère objectif d'acceptabilité des spécifications et des conditions connexes proscrivant celles qui avaient pour effet de créer des obstacles à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs, que l'entité adjudicatrice ait eu ou non l'intention de créer de tels obstacles. On ne conserverait ainsi dans le paragraphe 1 qu'un critère subjectif, les spécifications et conditions connexes créant des obstacles n'étant proscrites que si l'entité adjudicatrice n'en usait que pour créer de tels obstacles. Selon une variante de cette proposition, on pourrait se contenter d'interdire les spécifications et conditions connexes créant des obstacles sans préciser s'il fallait retenir le critère subjectif d'"intention" ou le critère objectif des "effets", cette question devant être réglée par d'autres lois. Le Groupe de travail a décidé de ne pas retenir cette dernière proposition.

121. Il a été proposé de ne viser dans le paragraphe 1 que les obstacles qui étaient "inutiles". Cette proposition n'a rallié aucun suffrage, le Groupe de travail réaffirmant sa décision antérieure à l'encontre d'une telle limitation.

Paragraphe 1 bis

122. Il a été décidé d'inclure une disposition posant pour principe que les spécifications et les conditions connexes créant des obstacles à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers ne devaient pas être utilisées. La formulation proposée par le Secrétariat a été jugée acceptable sous réserve que l'on remplace les mots "sans distinction de" par la formule "pour des raisons de". Le Groupe de travail a par ailleurs réaffirmé sa décision antérieure concernant le paragraphe 3 selon laquelle il ne fallait pas dans la Loi type accorder une préférence aux normes internationales.

Paragrapes 2, 3 et 4

123. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2, 3 et 4 acceptables dans l'ensemble.

Article 22

Clarification et modification du dossier de sollicitation

124. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 22 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe 1

125. Il a été décidé de remplacer les mots "suffisamment à temps pour permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de" par une formulation telle que "de manière à ce que l'entrepreneur ou le fournisseur dispose d'un temps raisonnable pour", cette dernière étant jugée moins susceptible de conduire à des différends.

Paragraphe 2

126. Il a été proposé d'indiquer dans le paragraphe 2 que les additifs au dossier de sollicitation devraient être communiqués aux entrepreneurs et aux fournisseurs de manière à ce que ceux-ci disposent d'un temps raisonnable pour en tenir compte pour préparer et soumettre leurs offres. Les membres du Groupe sont cependant convenus que la modification proposée était inutile du fait que ce point était couvert de manière adéquate à l'article 24-2 en vertu duquel l'entité adjudicatrice devait, si nécessaire, reporter la date limite de soumission des offres si elle publiait une clarification ou une modification du dossier de sollicitation.

Paragraphe 3

127. On a noté que le paragraphe 3 serait supprimé par suite de l'ajout de l'article 10 *bis*.

Paragraphe 4

128. Le Groupe de travail a approuvé une proposition tendant à préciser au paragraphe 4 que le procès-verbal de la réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs devait être fourni auxdits entrepreneurs et fournisseurs rapidement, avant la date limite de soumission des offres. Selon une proposition concernant la même question, du fait que le procès-verbal pouvait contenir des renseignements aussi importants que ceux qui pouvaient figurer dans un additif au dossier de sollicitation, le temps requis pour la communication du procès-verbal pourrait nécessiter un report de la date limite de soumission des offres et il devrait en être expressément fait mention.

Article 23

Langue des offres

129. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 24

Soumission des offres

130. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 24 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

Paragraphe 1

131. Comme pour le paragraphe 1 de l'article 22, le Groupe de travail a décidé de remplacer la notion de délai suffisant par la notion de "délai raisonnable". Il a en outre décidé qu'au lieu de mentionner "tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés", le paragraphe 1 devrait faire état de tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a remis le dossier de sollicitation.

Paragraphes 2 et 2 bis

132. Une proposition a été faite tendant à ce que soit également reconnu, parmi les raisons invoquées pour reporter la date limite de soumission des offres, le cas où un nombre insuffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs ont répondu à un appel d'offres. Cette proposition n'a suscité aucune adhésion, en particulier au motif que le simple fait de reporter la date limite ne résoudrait pas un tel problème. On a fait observer qu'une entité adjudicatrice se trouvant dans cette situation aurait tout intérêt à relancer la procédure de soumission en mettant en œuvre des moyens publicitaires plus efficaces. Une proposition de caractère plus général a été faite, selon laquelle les paragraphes 2 et 2 *bis* devraient laisser la question du report de la date limite entièrement à la discrétion de l'entité adjudicatrice, sous la seule réserve que les entrepreneurs et les fournisseurs en soient tenus informés. A l'appui de cette proposition, on a fait valoir que la formulation actuelle limitait inutilement le pouvoir de l'entité adjudicatrice de déterminer s'il convenait ou non de reporter la date limite de soumission des offres. Cette proposition n'a pas non plus été appuyée, car le Groupe de travail a estimé qu'il ne convenait pas d'envisager un tel pouvoir discrétionnaire et une telle souplesse pour un aspect de la procédure de soumission aussi important que la date limite de soumission des offres.

133. Il a été demandé si les dispositions du paragraphe 2 *bis* permettant de reporter la date limite en raison de circonstances indépendantes de la volonté des entrepreneurs et fournisseurs les empêchant de soumettre leur offre étaient censées ne s'appliquer que dans des circonstances ayant un effet préjudiciable sur les entrepreneurs et fournisseurs (une grève des services postaux dans le pays de l'entité adjudicatrice, par exemple), ou si elles s'appliquaient même lorsque seul un entrepreneur ou fournisseur était visé (une grève des services postaux dans le pays d'un des entrepreneurs ou fournisseurs, par exemple). Selon un avis, la Loi type ne devrait pas permettre à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite si un seul entrepreneur ou fournisseur était empêché de soumettre son offre. Selon un autre avis, une telle possibilité devrait être laissée à l'entité adjudicatrice, mais la formulation actuelle pouvait être interprétée comme étant suffisamment souple pour accorder à l'entité adjudicatrice le pouvoir de discrétion nécessaire. Selon cette même opinion, on avait intérêt à s'en remettre à l'interprétation de la loi, dans la mesure où, si l'on introduisait une disposition plus précise concernant le droit de l'entité adjudicatrice de tenir compte des besoins d'un seul entrepreneur ou fournisseur, cela pourrait inciter l'entité adjudicatrice à accorder trop d'attention aux besoins de tel ou tel entrepreneur ou fournisseur. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, puisque le paragraphe 2 *bis* était censé englober les circonstances qui n'avaient d'incidences que sur un seul entrepreneur ou fournisseur, cela devrait

être précisé. On a estimé qu'une telle précision permettrait d'admettre le pouvoir discrétionnaire nécessaire de l'entité adjudicatrice sans obliger celle-ci à donner satisfaction à tel ou tel entrepreneur ou fournisseur. En conséquence, il a été décidé qu'il serait fait mention de toute circonstance indépendante de la volonté d'"un" entrepreneur ou fournisseur.

Paragraphe 2 ter

134. Il a été indiqué que le paragraphe 2 *ter* serait supprimé, compte tenu de l'adjonction de l'article 10 *bis*.

Paragraphe 3

135. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble, mais il a approuvé une suggestion tendant à ce que les éléments de fond de ce paragraphe soient énoncés après le paragraphe 4.

Paragraphe 4

136. Selon un avis, l'obligation de remettre les soumissions par écrit était trop stricte, étant donné l'usage croissant des techniques d'échange de données informatisées et le fait qu'il existait peut-être des moyens d'assurer la confidentialité dans le cadre de ces techniques. En réponse, on a rappelé que le Groupe de travail avait décidé d'ajouter une disposition permettant à l'Etat qui adopte la Loi type de prévoir l'application d'un système d'échange de données informatisées et que cette question devrait être examinée dans ce contexte (voir par. 106). On a aussi fait observer que les systèmes d'échange de données informatisées n'étaient pas universellement utilisés.

137. Il a été décidé de remplacer le mot "l'offre" dans la deuxième phrase par les mots "son offre".

Article 25

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

138. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 25 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 et jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 26

Garanties de soumission

139. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 26 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

140. Le Groupe de travail a souscrit à la proposition tendant à ce que soit incorporée à l'article 26 la définition des mots "garantie de soumission" énoncée à l'article 2 *f*.

Paragraphe 1

141. Un participant s'est demandé si l'alinéa *a bis* n'était pas superflu car il existait une disposition semblable dans l'article 17-2 *l*. On a indiqué qu'il y avait plusieurs autres cas de répétition dans les dispositions de fond des énoncés de l'article 17 concernant le contenu du dossier de

sollicitation et que cela soulevait un problème de structure sur lequel le Groupe de travail pourrait revenir ultérieurement.

142. On a décidé d'ajouter à l'alinéa *a bis* une référence à la forme et à la nature de la garantie de soumission considérée comme un élément des conditions d'acceptabilité des garanties de soumission que pourrait mentionner le dossier de sollicitation. La proposition tendant à ce que le dossier de sollicitation spécifie obligatoirement la monnaie des garanties de soumission prenant la forme de dépôts en liquide n'a suscité aucune adhésion, en particulier parce que les garanties de soumission se présentant sous cette forme étaient relativement rares et aussi parce que l'on a estimé que ce point était déjà couvert par la référence à la forme et à la nature de la garantie de soumission.

143. On a proposé que l'alinéa *a bis* dispose que le dossier de sollicitation devait spécifier quelle institution ou catégorie d'institutions aurait l'agrément de l'entité adjudicatrice pour l'émission d'une garantie de soumission. On voulait ainsi se prémunir contre la possibilité que l'entrepreneur ou le fournisseur ne s'aperçoive qu'après avoir fourni ladite garantie que l'émetteur de la garantie ne remplissait pas les conditions requises pour être agréé. Le Groupe de travail a estimé que l'obligation ainsi proposée serait difficile à faire respecter. Toutefois, soucieux de traiter le problème que cette proposition visait à régler, il a accepté d'ajouter une disposition selon laquelle, avant la soumission d'offres, l'entité adjudicatrice serait tenue de donner suite à toute demande émanant d'un entrepreneur ou d'un fournisseur la priant de confirmer que l'émetteur pressenti, ou l'institution confirmatrice le cas échéant, remplissait bien les conditions requises.

144. Selon un avis, la disposition de l'alinéa *b* interdisant le rejet des garanties de soumission émises à l'étranger était excessivement affaiblie par l'exception dont bénéficient les entités adjudicatrices à qui la loi fait interdiction d'accepter des garanties de soumission émises par des institutions étrangères. Le Groupe de travail a rappelé ses débats précédents sur ce point et a affirmé qu'une telle exception devait figurer dans la Loi type. Toutefois, étant donné qu'une telle exception ne serait pas nécessaire dans tous les Etats adoptant la Loi type, on a décidé que son caractère facultatif devait être indiqué.

145. On a proposé la suppression à l'alinéa *b* des mots "si la garantie de soumission et l'institution ou entité satisfont par ailleurs aux conditions légitimes énoncées dans le dossier de sollicitation", jugés superflus. Après examen, le Groupe de travail a décidé de rejeter cette proposition car, sans le membre de phrase en question, l'alinéa *b* invaliderait l'alinéa *a bis*. Il a été décidé, toutefois, que le mot "légitimes" était superflu en raison de l'alinéa *a bis* et devait être supprimé.

146. Le Groupe de travail a décidé de supprimer à l'alinéa *d* la formule autorisant l'entité adjudicatrice à énoncer des motifs d'exécution de la garantie de soumission autres que le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, ou la non-signature du marché ou la non-fourniture de la garantie

d'exécution requise. On a estimé qu'il s'agissait là des seuls motifs d'exécution que la Loi type devait consacrer.

Paragraphe 2

147. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 27

Ouverture des offres

148. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.30.

149. On s'est demandé s'il pouvait y avoir des cas autres que la passation de marchés intéressant la sécurité ou la défense nationales dans lesquels l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à ne pas appliquer les règles d'ouverture publique des offres énoncées à l'article 27. Le Groupe de travail a estimé que ces règles contribuaient à garantir la transparence et la rigueur des procédures de passation de marchés et qu'il ne fallait pas susciter de nouvelles dérogations. Dans le même temps, on a noté qu'en application de l'article premier, l'Etat adoptant la Loi type pouvait ne pas appliquer la Loi type, ou l'appliquer partiellement, à certains types de marchés.

II. Examen des projets d'articles 28 à 41 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.VI/ WP.33)

Article 28

Examen, évaluation et comparaison des offres

150. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 28 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.33.

Paragraphe 1

151. Le Groupe de travail s'est prononcé pour le maintien de l'alinéa *b* au sujet duquel il avait différé sa décision à la précédente session. Il a aussi accepté une proposition tendant à ajouter une disposition en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice exerçant son droit de corriger une erreur arithmétique apparaissant dans une offre serait de donner avis de la correction à l'entrepreneur ou au fournisseur qui avait soumis l'offre. Sous réserve de cette modification, le paragraphe 1 a été jugé acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

152. Le Groupe de travail s'est demandé si l'emploi des mots "rejette une offre" signifiait que l'entité adjudicatrice était tenue d'accomplir un acte formel de rejet. Il a été convenu que, si l'intention n'était pas d'établir une telle obligation, une formule telle que "n'accepte pas une offre" serait préférable. A ce propos, le Groupe de travail s'est penché sur une proposition tendant à indiquer que l'entité adjudicatrice serait, dès qu'elle prendrait une décision de

rejet, tenue d'en donner avis à l'entrepreneur ou au fournisseur concerné. Le Groupe de travail a décidé de ne pas prévoir une telle procédure dans la Loi type, notamment parce que son inclusion entraînerait une charge supplémentaire injustifiée pour l'entité adjudicatrice au moment où celle-ci serait occupée à évaluer les offres et risquerait de donner à entendre que l'entité adjudicatrice aurait à prendre une décision spécifique concernant chaque offre en fonction de chacun des critères énumérés au paragraphe 2. Par suite, pour éviter de donner à penser qu'un acte officiel de rejet était nécessaire, il a été décidé de remplacer les mots "rejette une offre" par les mots "n'accepte pas une offre".

153. Il a été proposé de supprimer l'alinéa *a*, au motif qu'il y avait déjà ailleurs dans la Loi type des dispositions traitant expressément des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs. Cette proposition n'a pas été appuyée, le Groupe jugeant qu'il y avait effectivement lieu de mentionner l'insuffisance des qualifications des entrepreneurs ou fournisseurs soumissionnaires dans une disposition énumérant tous les autres motifs de rejet d'une offre. Les membres du Groupe de travail sont cependant convenus que la référence qui, à l'alinéa *a*, était faite à l'article 8-3, était devenue inutile par suite de la décision prise à propos de l'article 8-3 selon laquelle les entrepreneurs et fournisseurs devaient être tenus de présenter les preuves de leurs qualifications avant le début de l'examen des offres.

Paragraphe 3

154. On a noté que les dispositions du paragraphe 3 avaient été intégrées dans l'article 10 *quater*.

Paragraphe 4

155. Le Groupe de travail a rappelé la décision, prise lors de l'examen de la définition d'une "offre conforme" figurant à l'article 2 *j*, d'intégrer dans le paragraphe 4 la notion selon laquelle une offre conforme était une offre qui correspondait à toutes les conditions fixées dans le dossier de sollicitation.

Paragraphe 7

156. Des avis divergents ont été exprimés sur une proposition tendant à remplacer l'expression "offre évaluée comme étant la plus basse" par les termes "offre la plus favorable". Cette dernière formulation a reçu un appui au motif que l'expression "offre évaluée comme étant la plus basse", d'une part, pouvait donner à penser que le prix était le facteur essentiel et, d'autre part, semblait obscure et contradictoire. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, l'expression "offre la plus favorable" avait une connotation trop subjective et l'expression existante, malgré ses inconvénients, était préférable parce qu'elle semblait avoir un caractère plus objectif.

157. Selon un avis, il fallait inclure dans l'alinéa *d* ii une référence aux coûts d'exploitation des services connexes. Quant à l'alinéa *d* iii, il a été décidé de remplacer l'expression "l'état de la balance des paiements ou des réserves en devises" par les mots "l'état de la balance des paiements et des réserves en devises" parce qu'il s'agissait là de deux aspects connexes d'un seul et même facteur.

158. Le Groupe de travail s'est de nouveau penché sur la manière dont la Loi type devait traiter la question des marges de préférence, mentionnée à l'alinéa *e*. Le texte actuel tenait compte de la décision adoptée à la session précédente de n'inclure aucune formule particulière dans la Loi type, mais de mentionner simplement l'application de marges de préférence conformément à la réglementation des marchés. Pour améliorer encore le texte, il a été proposé de faire référence au dossier de sollicitation comme autre texte pouvant autoriser l'application de ces marges. On a même proposé de ne mentionner, à l'alinéa *e*, que le dossier de sollicitation au motif que l'entité adjudicatrice avait pour obligation essentielle d'informer les entrepreneurs et les fournisseurs, par le biais de ce dossier de la manière dont les offres seraient évaluées et comparées. Ces propositions, toutefois, n'ont pas convaincu le Groupe de travail, qui a estimé qu'il ne fallait pas prendre le dossier de sollicitation comme base unique pour l'application d'une marge de préférence. En outre, la nécessité de décrire l'utilisation d'une marge de préférence dans le dossier de sollicitation était suffisamment établie dans les articles 17 *p* et 28-7 *a*.

159. On a aussi émis l'idée d'appliquer aux marges de préférence des conditions analogues à celles qui étaient énoncées à l'article 11-1, prévoyant la possibilité de limiter la procédure d'appel d'offres à des entrepreneurs et fournisseurs nationaux pour des raisons d'économie et d'efficacité. Une telle approche a néanmoins été jugée inappropriée, car les notions d'économie et d'efficacité étaient étrangères aux marges de préférence, qui avaient pour objectif de promouvoir le développement de la capacité locale de production.

160. Le Groupe de travail a cependant appuyé la suggestion selon laquelle il faudrait rendre en peu plus stricte la disposition relative aux marges de préférence en la soumettant au type d'approbation optionnelle que l'on trouvait dans certaines autres dispositions de la Loi type et en indiquant les conséquences qu'aurait le fait de ne pas publier de règles relatives aux marges de préférence dans la réglementation des marchés. Il a donc été décidé d'ajouter des termes indiquant que la marge de préférence serait autorisée par la réglementation des marchés et calculée conformément à celle-ci.

Paragraphe 8

161. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 8 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 8 bis

162. Il a été proposé d'aligner le paragraphe 8 *bis* sur le paragraphe 6 de l'article 8 *bis*, pour lequel le Groupe de travail avait décidé de ne pas limiter la procédure de confirmation des qualifications à l'entrepreneur ou au fournisseur retenu. On a fait observer en réponse que le libellé actuel englobait les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice n'avait pas en fait organisé de procédure de présélection et que, dans de tels cas, la notion de confirmation n'avait qu'un intérêt limité, puisque l'évaluation des qualifications avait lieu en même temps que l'examen des offres. Le paragraphe 6 de l'article 8 *bis*, par contre, faisait référence aux cas où l'entité adjudicatrice avait entrepris une procédure de présélection. Si l'on étendait le paragraphe 8 *bis*

de l'article 28 aux entrepreneurs et fournisseurs autres que ceux qui avaient soumis l'offre à retenir, il serait nécessaire, dans un souci d'équité, d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle demande à tous les entrepreneurs et fournisseurs de confirmer leurs qualifications. Compte tenu de ces observations, il a été convenu de conserver le libellé actuel du paragraphe 8 *bis*.

Article 29

Rejet de toutes les offres

163. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 29 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

164. Selon une opinion, il n'était pas judicieux de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres restantes, lorsque l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre à retenir n'avait pas répondu à la demande de confirmer ses qualifications. Selon l'avis qui a prévalu, comme il avait été décidé à la précédente session, un tel droit devrait être reconnu; en effet, il se pourrait qu'il ne reste plus aucune offre acceptable lorsque l'offre initialement retenue avait dû être écartée. Selon une proposition, il conviendrait, pour se prémunir contre les abus, de bien préciser que le rejet de toutes les offres ne devrait intervenir que pour des raisons légitimes. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle modification n'était pas nécessaire, compte tenu de la deuxième phrase dans laquelle l'entité adjudicatrice était tenue de communiquer aux entrepreneurs et fournisseurs, à leur demande, les motifs pour lesquels elle avait rejeté toutes les offres. Toutefois, le Groupe de travail a convenu qu'il n'était pas nécessaire de mentionner explicitement, à l'article 29, le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres restantes lorsqu'il n'y avait pas eu confirmation, dans la mesure où un tel cas était visé par la notion de "rejet de toutes les offres". On a fait observer, à cet égard, que l'entité adjudicatrice ne devrait pas émettre un avis d'acceptation en vertu de l'article 32 tant que sa demande de confirmation n'avait pas été satisfaite.

Paragraphes 2 et 3

165. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 2 et 3 acceptables dans l'ensemble.

Article 30

Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

166. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 30 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

167. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

168. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphes 2, 3, 3 bis et 3 ter

169. On a fait observer que les dispositions de l'article 32 relatives à l'obligation de signer un marché et à l'obligation d'obtenir une approbation définitive pour l'entrée en vigueur du marché seraient plus ou moins pertinentes selon les pays ayant adopté la Loi type. En conséquence, il a été décidé d'indiquer dans la Loi type que les Etats dans lesquels aucune de ces deux obligations ne correspondait à un usage courant ne seraient pas tenus de les prendre en compte. Les Etats dans lesquels de telles obligations ne s'appliquaient que dans certains cas pourraient reprendre le texte sous sa forme actuelle à condition, éventuellement, d'apporter dans la Loi type, ou dans la réglementation des marchés, des précisions sur les catégories spécifiques de marché ou sur les cas pour lesquels ces obligations étaient applicables (par exemple, lorsque les marchés étaient supérieurs à un certain montant). Il a en outre été décidé d'ajouter à l'alinéa *a* du paragraphe 3 une référence optionnelle à la signature du marché par le "ministère requérant". Cette solution autre que la référence à l'entité adjudicatrice en tant que signataire du marché pourrait être prise en compte par les Etats dans lesquels le marché n'était pas nécessairement signé par l'entité gouvernementale — par exemple une commission centrale des marchés — chargée d'appliquer la procédure de passation des marchés pour tous les ministères.

170. Il a été demandé quels seraient les effets de l'émission de l'avis d'acceptation conformément au paragraphe 1 sur le droit d'un entrepreneur ou d'un fournisseur de retirer son offre, et quelles seraient les sanctions applicables au cas où le retrait interviendrait après l'émission de l'avis. On a demandé, en particulier, si un entrepreneur ou un fournisseur souhaitant retirer son offre après l'émission de l'avis d'acceptation encourrait une responsabilité en sus de la perte de la garantie de soumission. On a fait observer que la situation pourrait être différente selon qu'un marché était entré en vigueur soit du fait de l'émission, d'un avis d'acceptation, en vertu du paragraphe 2, soit de la signature de marché en vertu du paragraphe 3. On a également fait remarquer que l'article 32 n'excluait pas, une fois qu'un marché était entré en vigueur conformément à l'émission d'un avis d'acceptation en vertu du paragraphe 2, que le retrait de l'offre à retenir ait non seulement pour effet la perte de la garantie de soumission mais aussi engage la responsabilité de l'entrepreneur ou du fournisseur en vertu du marché conclu. En revanche, lorsqu'un marché devait entrer en vigueur au moment de la signature en vertu du paragraphe 3, le retrait d'une offre après l'émission de l'avis, mais avant la signature, n'impliquait pas nécessairement une responsabilité aussi élevée, dans la mesure où le marché n'était pas encore entré en vigueur. On a toutefois fait observer que la deuxième phrase de l'alinéa *b* du paragraphe 3 pourrait être interprétée comme limitant le droit de retirer une offre après l'émission de l'avis d'acceptation, mais avant la signature; en effet, cette phrase dispose qu'entre le moment de l'émission de l'avis et la signature du marché, ni l'entité adjudicatrice ni l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre à retenir ne

prennent de mesures qui entraveraient l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

171. De l'avis du Groupe de travail, la sanction que la Loi type devrait prévoir en cas de retrait d'une offre après l'émission de l'avis d'acceptation devrait être la perte de la garantie de soumission, au motif, en particulier, qu'il paraissait peu réaliste et contraire aux intérêts de l'entité adjudicatrice d'essayer d'obliger un entrepreneur ou un fournisseur qui aurait changé d'avis et ne souhaitait plus conclure le marché d'exécuter néanmoins ce dernier. Par ailleurs, le Groupe de travail a exprimé l'avis que la Loi type ne devrait pas exclure la possibilité qu'en de tels cas l'entrepreneur ou le fournisseur soit responsable en vertu du droit des obligations applicable, cette possibilité n'étant pas écartée par le texte existant. En conséquence, il a été décidé de ne pas modifier les sections pertinentes de l'article 32. Toutefois, le débat a montré que l'article 25 était quelque peu imprécis quant à la sanction à appliquer en vertu de la Loi type en cas de retrait d'une offre après la date limite de soumission. Il a donc été décidé de remplacer au paragraphe 3 de l'article 25 les mots "mais non après" par les mots "sans perdre sa garantie de soumission". Une suggestion du même ordre a été faite en vue d'ajouter au paragraphe 3 de l'article 25 un libellé analogue à celui de l'alinéa *d* i du paragraphe 1 de l'article 26 précisant que le retrait d'une offre après la date limite de soumission entraînerait la perte de la garantie de soumission. Il a en outre été avancé qu'il faudrait préciser à l'article 25-1 qu'une offre pouvait être retirée après la date limite de soumission, mais que la perte de la garantie de soumission en résulterait.

Paragraphe 4

172. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 5

173. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 5 acceptable dans l'ensemble. On a toutefois fait observer que, dans la version anglaise, les mots "if required" risquaient d'être interprétés à tort comme s'appliquant à l'avis d'attribution du marché et non à la garantie de soumission.

Paragraphe 6

174. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 acceptable dans l'ensemble.

*Nouvel article 33 bis**Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes*

175. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

176. Il a été proposé que l'on envisage de revoir la référence à la sollicitation de propositions "d'entrepreneurs et de fournisseurs", afin de tenir compte des cas où, lorsque le marché portait sur une combinaison de biens et de travaux, l'entité adjudicatrice pourrait solliciter les proposi-

tions à la fois d'entrepreneurs et de fournisseurs. Il a été noté que des questions similaires pouvaient se poser, à propos des expressions "entrepreneurs et fournisseurs" et "entrepreneurs ou fournisseurs", dans d'autres dispositions de la Loi type. Aussi le Groupe de travail a-t-il prié le Secrétariat de revoir à cet égard l'ensemble de la Loi type.

177. Une proposition tendant à supprimer l'alinéa *b* au motif qu'il portait sur des questions suffisamment traitées à l'alinéa *a* n'a pas reçu d'appui.

Article 33 bis

Procédure d'appel d'offres en deux étapes

178. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33 et a jugé cet article acceptable dans l'ensemble.

Article 33 ter

Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions

179. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 ter figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

180. Comme il l'avait fait à la séance précédente, le Groupe de travail a examiné une proposition aux termes de laquelle la référence à certaines modalités liées à la procédure de sollicitation de propositions, figurant dans le chapeau du paragraphe 1, aux alinéas *b* et *c* et dans le paragraphe 2, serait déplacée à l'article 33 quater, traitant des modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions. Le Groupe de travail a réaffirmé pour l'essentiel sa décision antérieure. Il a été décidé de conserver les textes figurant dans le chapeau et dans les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1, à l'endroit où ils se trouvaient. En effet, il a été jugé que ces dispositions traitaient de la décision à prendre par l'entité adjudicatrice quant au nombre d'entrepreneurs et de fournisseurs à contacter et au mode de sélection d'une proposition et se rattachaient donc aux conditions régissant l'utilisation de cette procédure. Il a aussi été avancé que ces éléments permettaient d'établir une distinction plus claire entre les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions et celles régissant l'utilisation des autres méthodes de passation des marchés. Il a toutefois été convenu que ces considérations ne valaient pas pour le paragraphe 2, qu'il faudrait déplacer à l'article 33 quater.

181. Selon un avis, la dernière partie du paragraphe 2, aux termes de laquelle la sollicitation par l'entité adjudicatrice de manifestation d'intérêt à soumettre des propositions ne conférait aucun droit aux entrepreneurs et fournisseurs, était superflue et devrait donc être supprimée. Toutefois, le Groupe de travail a décidé de conserver cette disposition. Il a été rappelé que, lorsqu'il avait été décidé, lors de la session antérieure, de demander à l'entité adjudicatrice de solliciter des manifestations d'intérêt, il avait été jugé nécessaire de préciser que la responsabilité de l'entité adjudicatrice envers les entrepreneurs et les fournisseurs ne s'en trouverait pas élargie.

Article 33 quater

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions

182. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 33 quater figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

183. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

184. Selon une proposition, il faudrait ajouter au chapeau du paragraphe 2 une condition aux termes de laquelle l'entité adjudicatrice devrait solliciter des propositions de chaque entrepreneur ou fournisseur manifestant son intérêt à participer, comme suite à la diffusion de l'avis mentionné au paragraphe 2 de l'article 33 ter, à moins que l'entité adjudicatrice n'ait décidé qu'elle souhaitait ne solliciter des propositions que d'un nombre restreint d'entrepreneurs et de fournisseurs. Il a été noté que cette procédure élargie, qui était appliquée dans certains Etats, se justifiait par le fait qu'en règle générale les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt devraient avoir la possibilité de soumettre leurs propositions. On a objecté à cette suggestion qu'elle imposerait une charge additionnelle à l'entité adjudicatrice à un stade où celle-ci aurait déjà beaucoup à faire. Il a en outre été avancé que le libellé qu'il était proposé d'ajouter compliquerait indûment la Loi type sans véritablement y ajouter un élément nouveau, car l'entité adjudicatrice resterait libre de s'exonérer de cette condition.

185. Afin de tenir compte à la fois de la pratique à l'origine du texte actuel et de la pratique reflétée dans l'ajout envisagé, il a été proposé d'incorporer ces deux approches sous forme de variantes. Si le Groupe de travail a convenu qu'il fallait tenir compte de ces deux pratiques, il a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'en faire expressément des variantes car, en vertu du texte actuel, l'entité adjudicatrice restait libre de solliciter des propositions auprès de qui elle le souhaitait, c'est-à-dire d'une partie ou de la totalité des entrepreneurs et fournisseurs qui manifestaient leur intérêt. Aussi a-t-il été décidé de conserver le texte actuel et de préciser dans un commentaire les options qui s'offraient à l'entité adjudicatrice.

Paragraphe 3

186. Les participants sont convenus que le paragraphe 3 devait faire expressément référence à la communication aux entrepreneurs et fournisseurs de toutes modifications des critères d'évaluation. Sous réserve de cette amélioration, le Groupe de travail a jugé le paragraphe acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

187. Le Groupe de travail a approuvé une proposition tendant à ce que le paragraphe 4 ait pour seul objet d'interdire la divulgation du contenu des propositions aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence. On a estimé

qu'en se référant à l'ouverture des propositions, le libellé actuel pouvait laisser entendre, à tort, que l'ouverture des propositions devait se dérouler en public. Pour pouvoir donner suite à la proposition qui venait d'être approuvée, il a été avancé que le mot "ouvre" pourrait être remplacé par un mot tel que "traite" ou "examine".

Paragraphe 5

188. Le Groupe de travail a approuvé une proposition tendant à supprimer l'alinéa *d*, qui disposait que toute modification des critères d'évaluation, après le début des négociations, devait préserver la confidentialité de ces négociations. On a estimé que la modification des critères d'évaluation ne poserait pas en soi un problème de confidentialité, car n'y figurait aucun résumé ou énoncé concernant les propositions. On a en outre fait observer que le problème que visait à résoudre l'alinéa *d* serait traité par la version révisée du paragraphe 4.

Paragraphe 6

189. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 7

190. En réponse à l'observation selon laquelle les procédures énoncées aux alinéas *b* et *c* concernant l'évaluation séparée du prix ne représentaient que l'une des approches adoptées dans la pratique pour traiter de la question du prix, on a décidé de considérer ces alinéas comme optionnels ou donnés à titre d'exemple.

Paragraphe supplémentaire

191. Le Groupe de travail a souscrit à une proposition tendant à ce que soit ajoutée une disposition aux termes de laquelle toute décision d'attribution du marché prise par l'entité adjudicatrice devait être conforme aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions.

Nouvel article 34

Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

192. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

193. A cette occasion, le Groupe de travail a repris l'examen de la question du chevauchement des conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence, de l'appel d'offres en deux étapes et de la sollicitation de propositions — problème déjà examiné lors de la session précédente, ainsi que pendant la session en cours dans le cadre de l'examen de l'article 7 (voir par. 45 à 52). A ce propos, on a estimé dans l'ensemble que la condition d'utilisation énoncée à l'alinéa *a*, où il est fait référence au caractère technique particulièrement complexe des biens ou des travaux, était vague et, à vrai dire, très similaire aux conditions applicables à d'autres méthodes, et qu'elle n'énonçait donc pas de normes claires et pratiques permettant de déterminer si la négociation avec appel à la

concurrence, par opposition aux autres méthodes mentionnées, était la méthode appropriée.

194. On a examiné plusieurs approches afin de clarifier l'alinéa *a* et de différencier la condition qu'il énonce de celles, similaires, qu'énonce la Loi type pour les autres méthodes de passation de marchés. Selon une suggestion, on pouvait supprimer la référence à la "nature spéciale" des biens, ainsi que la référence aux travaux, et recentrer l'alinéa *a* sur la notion de "caractère technique particulièrement complexe", voire se référer à des types précis de biens tels que les ordinateurs et le matériel de traitement électronique de l'information pour lesquels la négociation avec appel à la concurrence était utilisée dans certains pays. Cette suggestion a suscité des réticences au motif qu'elle restreindrait par trop les motifs justifiant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. En revanche, la proposition tendant à supprimer la référence à l'ampleur et au volume des biens ou des travaux n'a pas suscité de vives objections.

195. Le Groupe de travail a rappelé que l'une des raisons pour lesquelles la négociation avec appel à la concurrence, ainsi que l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions avaient été ajoutés à la Loi type — raisons qui étaient également à l'origine du chevauchement des conditions régissant l'utilisation de ces méthodes — était que ces méthodes étaient utilisées dans différents Etats pour traiter des situations fondamentalement similaires, à savoir les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure d'établir un cahier des charges du niveau requis pour la procédure d'appel d'offres. On a en outre noté que c'était là la raison qui expliquait la décision prise à propos de l'article 7 donnant aux Etats adoptant la Loi type le choix entre des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres (voir par. 46 à 48). A ce propos, on a suggéré que, plutôt que de s'efforcer une fois de plus d'améliorer l'alinéa *a* afin de différencier la condition qu'il énonce des conditions similaires régissant les autres méthodes, il serait plus approprié, du moins en ce qui concerne certains types de conditions d'utilisation se chevauchant, de considérer ces autres méthodes comme des options égales.

196. Une proposition concrète a été formulée à propos de la mesure dans laquelle la négociation avec appel à la concurrence, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions devaient être présentés comme des options égales. Cette proposition posait comme préalable à l'utilisation de chacune de ces méthodes l'incapacité de l'entité adjudicatrice à définir un cahier des charges. L'inclusion de cette condition commune à chacune des méthodes susmentionnées n'interdirait pas l'inclusion d'autres conditions, différenciées, régissant l'utilisation des différentes méthodes (par exemple, l'urgence pour la négociation avec appel à la concurrence et, pour la sollicitation de propositions, la décision de l'entité adjudicatrice de faire appel à un mécanisme d'évaluation et de sélection propre à cette méthode de passation de marché). Selon une variante de cette proposition, on pourrait supprimer l'alinéa *a* et ainsi restreindre à l'appel d'offres en deux étapes et à la sollicitation de propositions la condition commune de l'incapacité de l'entité adjudicatrice à établir un cahier des charges. Cette dernière approche a été très bien accueillie au motif que ces deux méthodes convenaient pour traiter les cas

de figure envisagés pour la négociation avec appel à la concurrence, tout en étant plus rigoureuses, plus transparentes et plus concurrentielles que celle-ci.

197. Toutefois, une objection a été soulevée à propos de la suppression de la possibilité d'utiliser la négociation avec appel à la concurrence dans les cas où l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure d'établir un cahier des charges, au motif que c'était précisément dans ces cas-là que la négociation avec appel à la concurrence était traditionnellement considérée dans certains Etats comme la méthode de passation de marchés appropriée. On a alors suggéré que ces Etats pourraient souhaiter traiter ces cas particuliers, l'acquisition de technologie très complexe ou les commandes spéciales d'œuvres artistiques, par exemple, en excluant ces catégories de marchés de la Loi type. A l'appui de cette suggestion, on a émis l'avis que ces exclusions auraient des incidences minimales car, de toute façon, la mise en œuvre de procédures de négociation avec appel à la concurrence restreignait très peu la marge de manœuvre de l'entité adjudicatrice. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas été en mesure d'arriver à un consensus en faveur d'une approche qui introduirait des exceptions dans la Loi type ou excluait la négociation avec appel à la concurrence dans les cas où l'entité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'établir un cahier des charges complet.

198. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de prier le Secrétariat de donner suite à la proposition tendant à ce que les trois méthodes de passation de marchés en question soient considérées comme des options égales dans les cas où l'entité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'établir un cahier des charges complet. On a noté qu'une telle solution ne résolvait pas entièrement le problème du chevauchement dans l'hypothèse, peu vraisemblable il est vrai, où un Etat adoptant la Loi type y incorporerait à la fois l'appel d'offres en deux étapes et la négociation avec appel à la concurrence. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, qui souhaitait utiliser la négociation avec appel à la concurrence en arguant de l'impossibilité où elle se trouvait de définir un cahier des charges, ne pourrait pas le faire en vertu de l'ordre de préférence défini à l'article 7-nouveau 3 régissant les cas de chevauchement des conditions d'utilisation. Le Groupe de travail a donc décidé d'examiner à nouveau à la prochaine session la question du chevauchement des conditions régissant l'utilisation des méthodes de passation de marchés, notamment la question de l'ordre de préférence défini à l'article 7-nouveau 3.

199. Le Groupe de travail a confirmé la décision prise à sa session précédente de ne considérer l'urgence comme condition autorisant la négociation avec appel à la concurrence que dans les cas où les circonstances, dont découlait l'urgence, n'aient pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou ne résultaient pas de manœuvres dilatoires de celle-ci.

200. Il a été proposé que l'alinéa *e* couvre désormais le cas dans lequel l'entrepreneur ou le fournisseur n'exécutait pas un marché entré en vigueur et que l'entité adjudicatrice n'avait pas le temps de se lancer dans une nouvelle procédure d'appel d'offres pour des raisons d'urgence. On a estimé que, dans l'ensemble, un tel cas était déjà couvert par l'alinéa *b* et qu'il n'était donc pas nécessaire d'élargir la portée de l'alinéa *e*. On s'est par ailleurs demandé si une

telle extension n'aurait pas pour effet involontaire d'encourager l'utilisation injustifiée de la négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail a toutefois prié le Secrétariat de veiller à ce que toutes les versions linguistiques de l'alinéa *b* couvrent clairement le cas en question.

Article 34

Modalités d'application de la procédure de négociation avec appel à la concurrence

201. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

202. Le Groupe de travail a décidé de remplacer l'expression "peut demander" par "demande" au paragraphe 3 *bis*, afin de rendre obligatoire la procédure de soumission de la "meilleure offre définitive". L'article 34 a été jugé par ailleurs acceptable dans l'ensemble.

Nouvel article 34 bis

Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

203. Le Groupe de travail a examiné la version révisée du nouvel article 34 *bis* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

204. On s'est demandé s'il convenait d'employer l'expression "biens normalisés" pour les types de biens qui faisaient l'objet de procédures de sollicitation de prix : il n'apparaissait pas clairement si on entendait par là uniquement des biens faits en série, par opposition aux biens fabriqués conformément aux spécifications d'un client particulier ou des biens conformes à des normes techniques nationales ou internationales. Selon le Groupe de travail, c'était la première interprétation qu'il fallait retenir. Cependant, il fallait, selon un avis, tenir compte dans le libellé choisi du fait que les pays importateurs tenaient à ce que les biens soient conformes à certaines normes qualitatives. Il a été proposé de remplacer le mot "normalisés" par des expressions telles que "standard" ou "disponibles sur le marché". Ces expressions ont cependant été jugées insuffisamment claires. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner la question plus avant en fonction des observations qui avaient été faites.

Paragraphe 2

205. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

Article 34 bis

Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix

206. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 34 *bis* figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 3

207. Comme il l'avait déjà fait à l'article 17-2 *i* concernant les éléments constitutifs du prix dans les procédures d'appel d'offres, le Groupe a décidé d'ajouter une référence aux droits et taxes comme exemples supplémentaires d'éléments à inclure dans le prix proposé.

208. On a craint que la référence au "coût" des biens ait pour effet non intentionnel de donner lieu à l'interprétation selon laquelle les entités adjudicatrices seraient tenues de demander une ventilation complète de la base sur laquelle les entrepreneurs et fournisseurs calculaient le prix des biens eux-mêmes (par exemple, calcul des frais généraux et des bénéfiques). On a dit que la difficulté était accentuée par l'emploi ultérieur du mot "prix" dans le même paragraphe et qu'il serait préférable d'utiliser le mot "prix" aux deux endroits. Bien que la formulation actuelle ait reçu un certain appui et que des hésitations aient été exprimées à propos de l'emploi du mot "prix" dans les deux cas, le Groupe de travail a reconnu le problème posé par l'emploi du mot "coût" et a prié le Secrétariat de tenter de trouver un libellé approprié.

Paragraphes 3 bis et 4

209. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 bis et 4 acceptables dans l'ensemble.

*Article 35**Procédure de sollicitation d'une source unique*

210. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 35 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.33.

Nouveau paragraphe 1

211. Un certain nombre d'interventions ont été faites pour atténuer quelque peu les restrictions énoncées à l'alinéa *c*, aux termes duquel l'urgence constituait un motif de recours à la procédure de sollicitation d'une source unique. Selon une proposition, il fallait supprimer la référence aux événements catastrophiques; ainsi, on pourrait recourir à cette procédure en cas d'urgence, dans la mesure où les circonstances justifiant cette urgence n'étaient pas prévisibles et n'étaient pas imputables à des manœuvres dilatoires de l'entité adjudicatrice. Il a en outre été avancé qu'avec la suppression de la référence à un événement catastrophique, cet alinéa devrait prendre la forme d'une clause de force majeure, c'est-à-dire d'une clause permettant le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique lorsque cela était justifié par des faits indépendants de la volonté de l'entité adjudicatrice. Selon une autre proposition, il fallait prévoir simplement que le recours à une telle procédure serait autorisé lorsqu'il serait impossible de recourir à une autre des méthodes. Toutefois, ces propositions n'ont pas reçu un large appui et le Groupe de travail a réaffirmé que le recours à une telle procédure pour un motif d'urgence devrait être limité aux événements catastrophiques. Dans le même temps, il a été convenu que l'on indiquerait dans le commentaire que, dans de tels cas, l'entité adjudicatrice devrait limiter le marché aux quantités requises pour faire face à la situation d'urgence, le reste

pouvant faire l'objet d'un marché attribué selon une méthode plus concurrentielle.

212. Le Groupe de travail a également examiné une proposition tendant à supprimer la restriction qui avait été ajoutée à la session précédente et qui tendait à limiter les cas d'urgence aux cas où les circonstances dont résultait l'urgence étaient imprévisibles et n'étaient pas imputables à des manœuvres dilatoires de l'entité adjudicatrice. On a fait remarquer que, étant donné que l'alinéa supposait déjà un événement catastrophique, le maintien de cette restriction conduirait à des résultats excessifs. En particulier, l'exigence d'un événement catastrophique associée à la formulation restrictive de l'alinéa *c* risquerait d'empêcher l'entité adjudicatrice de recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique, voire à toute autre méthode de passation des marchés, ce qui serait très préjudiciable à l'intérêt public. Vu ce risque, le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait supprimer la restriction en question. Il a été jugé qu'avec la limitation aux événements catastrophiques et la condition qu'aucune autre méthode de passation des marchés ne puisse être utilisée, il y avait suffisamment de garde-fous limitant un recours abusif à la procédure de sollicitation d'une source unique en cas d'urgence.

213. A l'alinéa *d*, le Groupe de travail a convenu de remplacer les mots "de la taille du marché envisagé" par les mots "des dimensions limitées du marché envisagé". A l'alinéa *e*, il a été décidé de remplacer le mot "développement" par les mots "développement conduisant à l'acquisition d'un prototype", afin d'aligner cet alinéa sur le libellé du nouvel article 34 *c*.

*Article 36**Droit de recours*

214. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 36 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.33.

215. Il a été proposé d'ajouter à l'article 36 une condition aux termes de laquelle, afin que le recours puisse aboutir, la réclamation devrait indiquer que l'entité adjudicatrice "avait, sauf preuves contraires, agi en violation de ses obligations énoncées dans la Loi type", c'est-à-dire qu'il devrait ressortir de la réclamation que la conduite alléguée de l'entité adjudicatrice constituait en fait une violation des obligations que lui impose la Loi type. Il a été avancé que cet ajout contribuerait à empêcher les plaintes non fondées, ce qui réduirait les risques d'interruption de la procédure de passation des marchés. Cette proposition n'a pas reçu un large appui, notamment parce que l'on a craint qu'un tel libellé à l'article 36, semblant limiter le droit de recours, ne soit source d'incertitudes et ne nuise à l'efficacité des procédures de recours en tant que moyen de faire appliquer la Loi type. On a également noté qu'une telle restriction était implicite dans la procédure de recours, comme il ressortait de la référence, à l'article 38-2, à la possibilité de rejet de la demande. On a en outre noté que la limitation proposée serait peut-être pertinente en cas de procédure judiciaire, mais que l'article 36 ne visait pas uniquement les recours judiciaires.

216. Le Groupe de travail a ensuite examiné les variantes qui avaient été incluses afin d'indiquer les dispositions imposant des obligations dont la violation permettrait l'introduction d'un recours. Il a convenu que la variante 1, qui faisait simplement référence à la violation d'une obligation imposée par "la présente Loi", était préférable à la variante 2, qui énumérait un grand nombre de dispositions de la Loi type pouvant être à l'origine d'une procédure de recours. On a estimé que l'approche la plus simple serait plus facile à appliquer et éviterait le danger, inhérent à la variante 2, d'une liste incomplète. Dans le même temps, il a été convenu que le commentaire indiquerait, sur la base des dispositions énumérées à la variante 2 et dans le paragraphe additionnel convenu pour l'article 33 *quater*, quelles dispositions pourraient donner lieu à des procédures de recours privé. Il a en outre été convenu que, comme suite à la décision de retenir la variante 1, il faudrait indiquer, soit à l'article 36, soit dans diverses dispositions pertinentes de la Loi type, que certaines dispositions fondées sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part de l'entité adjudicatrice ne pourraient pas donner lieu à des procédures de recours privé.

217. Le Groupe de travail a approuvé une proposition tendant à supprimer les mots "à tout stade de la procédure de passation de marché ou après son achèvement" à la fin de l'article 36. Il a été jugé que cette notion était suffisamment traitée, avec plus de précision, dans les dispositions ultérieures relatives au recours.

Article 37

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

218. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 37 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

219. On s'est demandé s'il était approprié de faire référence, au paragraphe 1, à une "autorité", référence qui apparaissait pour la première fois dans la Loi type. Il a été répondu qu'il fallait inscrire cette référence dans le contexte de la condition d'approbation optionnelle mentionnée dans différentes dispositions de la Loi type. Dans le même temps, il a été noté que la référence à l'approbation figurant au paragraphe 1 devrait peut-être être modifiée, compte tenu du caractère optionnel de la condition d'approbation énoncée dans la Loi type. Cela excepté, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

220. Il a été convenu que la référence, dans la deuxième phrase du paragraphe 2, aux réclamations qui ne visent que le dédommagement des frais engagés pour la préparation d'une offre ou d'une proposition devrait être supprimée, car cette question était traitée de manière plus appropriée à l'alinéa 2 g de l'article 38. Il a été noté que la référence à la "personne" présentant une réclamation devait être remplacée par une référence à "l'entrepreneur ou fournis-

seur", conformément à la décision prise à la session antérieure à propos de l'article 36 de ne permettre que les recours des entrepreneurs et des fournisseurs. Pour ce qui est de la version anglaise, une modification de forme a été proposée tendant, dans un souci de clarté, à remplacer les mots "the earlier of the time when" par les mots "which-ever is earlier".

Paragraphe 3

221. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

222. Il a été noté que la référence à la "personne" ayant présenté la réclamation serait remplacée par une référence à "l'entrepreneur ou fournisseur". Cela excepté, le paragraphe 4 a été jugé acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 5

223. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 5 et d'en reprendre la teneur dans d'autres dispositions. Selon cette suggestion, la première phrase, qui faisait référence à l'ouverture d'une procédure prévue à l'article 38 ou 40, serait incorporée à l'article 38-1 b et la deuxième phrase, qui indiquait que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle en application du paragraphe 37 n'avait plus compétence dès l'ouverture d'une telle procédure, serait incorporée au paragraphe 6 de l'article 37. Toutefois, la suggestion a été considérée comme inapplicable, car le paragraphe 5 faisait référence non seulement aux recours administratifs en vertu de l'article 38, mais aussi aux recours judiciaires en vertu de l'article 40.

Paragraphe 6

224. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 acceptable dans l'ensemble.

Article 38

Recours administratif

225. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 38 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

Paragraphe 1

226. On a fait observer que, si le paragraphe 1 précisait un certain délai pour l'introduction du recours administratif par rapport au moment où le requérant avait pris connaissance des circonstances en question, la Loi type ne prévoyait aucun délai absolu de prescription. Il a été convenu qu'il serait préférable de laisser cette question à la législation nationale applicable et que ce point devrait être abordé dans le commentaire. On a fait observer que ce cas était une bonne illustration de l'utilité du commentaire, lequel permettrait d'attirer l'attention du législateur, dans les Etats ayant adopté la Loi type, sur la relation qui pouvait exister entre les dispositions concernant le recours administratif dans ladite Loi et d'autres dispositions de la législation nationale.

227. On a estimé que la référence à la "personne" s'estimant lésée à l'alinéa *c* devrait être remplacée par une référence à "l'entrepreneur ou fournisseur".

Paragraphe 1 bis

228. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 *bis* acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

229. Le Groupe de travail a fait observer qu'il conviendrait de préciser l'alinéa *d*, et peut-être aussi l'alinéa *e*, qui avaient trait à l'annulation ou à la révision d'actions et de décisions de l'entité adjudicatrice, afin qu'il en ressorte clairement qu'ils n'allaient pas jusqu'à autoriser l'annulation d'un marché qui était entré en vigueur. Cela serait conforme à la décision adoptée par le Groupe de travail à sa précédente session, selon laquelle la Loi type ne devrait pas elle-même autoriser l'annulation des marchés. Toute procédure d'annulation devrait relever du droit national applicable, par exemple, du droit pénal ou du droit administratif. Afin de clarifier ce point à l'alinéa *d*, il a été proposé d'ajouter un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit : "à l'exception de tout acte ou décision en vertu duquel le marché est constitué". S'il était jugé nécessaire d'apporter les mêmes précisions à l'alinéa *e*, on pourrait alors y ajouter un membre de phrase s'inspirant de la formule suivante : "à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché". Une autre solution proposée consistait à limiter l'applicabilité des alinéas *d* et *e* à la période antérieure à l'entrée en vigueur du marché.

230. On a fait observer que la question soulevée à l'alinéa *g*, concernant les types de pertes qui seraient indemnisables dans le cadre de la procédure de recours administratif, n'avait pas été réglée à la précédente session. Différents avis ont été exprimés au sujet des deux variantes examinées par le Groupe de travail, dont l'une ne prévoyait un dédommagement que pour les dépenses encourues par le requérant du fait de sa participation à la procédure de passation du marché, alors que l'autre envisageait des préjudices plus importants. Selon un avis, si l'on se contentait de prévoir uniquement le recouvrement des dépenses imputables à la préparation de la soumission ou de la proposition, l'indemnisation serait insuffisante. Dans le même temps, on a reconnu qu'il serait abusif de faire encourir à l'entité adjudicatrice une responsabilité pour d'autres préjudices subis, en particulier pour un manque à gagner, dans la mesure où l'indemnité serait prélevée sur des fonds publics. Il a donc été proposé que le dédommagement soit d'un montant qui se situe entre les frais de participation à la procédure de passation du marché et le manque à gagner. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, la Loi type ne devrait pas recommander, comme condition nécessaire, l'adoption d'un niveau de dédommagement supérieur aux dépenses encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché. En particulier, on a fait valoir que la Loi type ne devrait pas alourdir la charge subie par les entités adjudicatrices dans les pays en développement. Dans le même temps, il a été convenu que la Loi type ne devrait pas exclure la possibilité d'un dédommagement pour les dépenses autres que celles encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché.

231. Plusieurs suggestions ont été examinées en vue de ménager la possibilité d'un tel dédommagement. Selon une suggestion, on pourrait indiquer que l'organe administratif peut exiger le versement d'un dédommagement "au moins" pour les dépenses encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché. Selon une autre suggestion, un dédommagement supplémentaire serait possible sans que cela doive être précisé dans le corps du texte, étant entendu que le requérant pourrait obtenir un tel dédommagement auprès d'un tribunal. Le Groupe de travail a finalement décidé que la meilleure solution serait de conserver les deux approches actuellement énoncées à l'alinéa *g* sous forme d'options entre lesquelles l'Etat ayant adopté la Loi type pourrait choisir et de traiter dans le commentaire du choix que devrait faire à cet égard le législateur.

Paragraphes 3 et 4

232. Le Groupe de travail a jugé les paragraphes 3 et 4 acceptables dans l'ensemble.

Article 39

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

233. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 39 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/ WP.33.

Paragraphe 1

234. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 2

235. Selon une opinion, le paragraphe 2 n'était pas clair sur deux points touchant la question de la participation à la procédure de recours d'entrepreneurs et fournisseurs autres que l'entrepreneur ou le fournisseur soumettant la réclamation. Le premier point concernait le critère à appliquer pour déterminer quels entrepreneurs et fournisseurs auraient le droit de participer. Selon un avis, le critère énoncé, selon lequel pouvait être admis à participer tout entrepreneur ou fournisseur dont les intérêts étaient ou pouvaient être lésés, était trop vague et devrait être remplacé par une référence à un intérêt "direct et matériel". Une telle limitation aiderait, a-t-on déclaré, à faire en sorte que la procédure de recours ne prenne pas des proportions incontrôlables. Selon l'avis qui a prévalu cependant, le libellé actuel était adéquat, compte tenu en particulier du fait que l'organe de recours demeurerait libre de déterminer si un entrepreneur ou un fournisseur donné répondait au critère d'admission. On a aussi estimé qu'il ne fallait pas limiter indûment la possibilité d'une participation plus large, car il était de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations se fassent jour et que des renseignements soient portés à son attention le plus tôt possible. Le second point examiné par le Groupe de travail portait sur la question de savoir si le paragraphe 2 donnait suffisamment d'indications permettant de déterminer la mesure dans laquelle les entrepreneurs et fournisseurs tiers admis à la procédure pourraient y participer. On a déclaré, à cet égard, que les termes "droit de participer" n'indiquaient peut-être

pas assez clairement si ces tiers pourraient participer pleinement à la procédure (en ayant, par exemple, le droit de présenter des exposés) ou si leur participation pouvait être restreinte d'une façon ou d'une autre. Là encore, le Groupe de travail a été d'avis qu'il serait préférable de conserver le libellé général actuel. Les membres du Groupe sont convenus cependant qu'il fallait, dans le commentaire, attirer l'attention du législateur sur l'éventuelle nécessité d'établir dans sa juridiction des règles régissant les questions qui n'étaient pas traitées à l'article 39-2.

Paragraphe 3

236. Le Groupe de travail a noté que la référence, au paragraphe 3, au "requérant" serait remplacée par une référence à l'entrepreneur ou au fournisseur. Le terme "personne", employé plus loin, serait remplacé de la même manière et il faudrait également faire référence, à cet endroit, à la communication de la décision à toute instance officielle (telle que l'autorité de tutelle) qui pouvait avoir participé à la procédure de recours. Les membres du Groupe de travail sont aussi convenus que la référence, à la fin du paragraphe 3, à la notion de confidentialité devrait être alignée sur les dispositions restreignant la divulgation d'informations qui léseraient des intérêts commerciaux légitimes, figurant en d'autres points de la Loi type.

Article 40

Recours judiciaire

237. Le Groupe de travail a examiné la version révisée de l'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33.

238. Le libellé de l'article 40 devrait, a-t-on convenu, être amélioré, afin qu'il ne puisse être interprété comme interdisant aux entités adjudicatrices d'intenter un recours judiciaire contre des décisions adoptées à des niveaux inférieurs de la procédure de recours. Il a été suggéré à cette fin de remplacer les mots "est compétent pour toute action intentée par l'entrepreneur ou fournisseur" par "est compétent pour toute action intentée, ou liée à l'action intentée, par l'entrepreneur ou fournisseur". Ceci excepté, le Groupe de travail a jugé l'article 40 acceptable dans son ensemble.

Article 41

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

239. Le Groupe de travail a examiné le texte de l'article 41 figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.33, ainsi que la note du Secrétariat sur la question de la suspension publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.34.

240. Le Groupe de travail a repris l'examen de la question de la suspension de la procédure de passation du marché et de la suspension de l'exécution du marché, question qui n'avait pas été réglée lors de sa dernière session. Des vues divergentes se sont exprimées sur le point de savoir si, tout d'abord, la Loi type devait impérativement comporter une disposition sur la suspension. Selon un avis, l'article 41 devait être supprimé, car la suspension était

déjà traitée dans la Loi type et il n'était donc pas nécessaire de lui consacrer un article. En particulier, la suspension était prévue pour l'entité adjudicatrice elle-même en vertu de l'article 37-4, pour l'instance administrative de recours en vertu de l'article 38-2 *b*, et pour les tribunaux en vertu des règles applicables de la procédure civile. Il a été aussi indiqué qu'une disposition telle que l'article 41 empiéterait sur les règles de procédure en vigueur, règles qui, de plus, ne devaient pas relever du domaine de compétence de la Loi type. Il a enfin été précisé que, dans nombre de pays, on pouvait solliciter des mesures conservatoires englobant les mesures telles que la suspension, ce qui rendrait inutile toute mention de la possibilité d'une suspension aux échelons inférieurs de la procédure de recours. L'avis qui a prévalu, toutefois, était que la Loi type devait énoncer une disposition de suspension, notamment parce qu'il fallait promouvoir l'uniformité du droit. Dans le même temps, il a été décidé que l'article 41 se limiterait à traiter de la suspension dans le cadre des procédures de recours engagées en vertu des articles 37 et 38, et qu'il ne devait pas s'aventurer hors de ce cadre et traiter de la question des pouvoirs qu'avaient les tribunaux d'ordonner la suspension. L'article 41 ne devait pas non plus, a-t-on convenu, prévoir la suspension de l'exécution du marché. Il a été décidé que cette question serait laissée aux autres lois nationales.

241. Ayant décidé que l'article 41 devait être conservé sous une forme ou une autre, le Groupe de travail s'est penché sur les deux variantes issues des travaux de sa précédente session, la variante A prévoyant une suspension automatique et la variante B prévoyant une suspension discrétionnaire. Des vues divergentes et diverses considérations ont été formulées à propos des avantages et inconvénients de l'une et l'autre de ces variantes. Il a été noté que le mécanisme de suspension automatique prévu par la variante A avait pour avantage d'assurer le *statu quo* et, partant, de préserver les droits de l'auteur de la réclamation. On a tout particulièrement souligné l'intérêt que présentait une telle approche pour les réclamations introduites peu de temps avant l'émission de l'avis d'acceptation, c'est-à-dire peu de temps avant l'entrée en vigueur du marché. Il a été rappelé que, suite à la décision du Groupe de travail de ne pas prévoir dans la Loi type la suspension du marché, la suspension automatique serait très vraisemblablement plus efficace que l'approche discrétionnaire pour garantir l'existence d'un recours efficace pour les réclamations introduites peu de temps avant l'entrée en vigueur du marché. Il a en outre été indiqué qu'une approche prévoyant la suspension automatique serait plus à même d'assurer le règlement des réclamations à un échelon inférieur, avant toute intervention des tribunaux, et, partant, d'encourager un règlement des litiges plus économe et plus efficace, épargnant un contentieux. Dans le même temps, on a estimé que l'approche discrétionnaire consacrée par la variante B avait l'avantage de ne pas perturber la procédure de passation du marché, contrairement au régime de la suspension automatique, parce que l'instance de recours serait en mesure de déceler les réclamations inconsistantes, sources de problèmes dans la variante A.

242. Les deux variantes comportant des avantages et des inconvénients réels, un fort courant s'est dessiné en faveur

de l'élaboration d'une disposition sur la suspension qui combinerait les éléments positifs des deux variantes. Sur cette base, le Groupe de travail a pu arriver à un large accord sur le fait que l'article 41 devait prévoir la suspension obligatoire, mais que cette suspension ne s'appliquerait que si l'instance administrative de recours déterminait que la réclamation répondait à certains critères énoncés dans la Loi type. Il a été en outre décidé que l'article 41 aurait pour autre caractéristique fondamentale d'autoriser l'entité adjudicatrice à déroger à l'obligation de suspension sur la base de considérations d'intérêt public présentant un caractère d'urgence. Afin de veiller à ce qu'il ne soit pas fait un usage injustifié ou arbitraire de cette faculté, il a été convenu que l'entité adjudicatrice qui souhaitait ne pas appliquer la suspension devait motiver sa démarche, en produisant ainsi une pièce pour un recours judiciaire ultérieur. Dans le même temps, dans le souci d'éviter toute perturbation de la procédure lors de circonstances critiques de ce type, il a été décidé que la pièce produite par l'entité adjudicatrice serait irréfutable à tous les échelons de la procédure de recours, sauf à l'échelon judiciaire.

243. Le Groupe de travail a examiné la question de la durée de la suspension. La proposition tendant à ce qu'elle soit globalement fixée à trente jours n'a rallié aucun suffrage, car on a estimé qu'une telle période était trop longue et qu'elle serait une source de perturbation. Selon une autre proposition, il fallait fixer une période préliminaire de suspension très courte durant laquelle on pourrait déterminer si une période de suspension plus longue était nécessaire. Certaines réserves ont été émises à propos de l'intérêt que présenterait une période courte, mais on a estimé, dans l'ensemble, que la période initiale de suspension devait être courte : de cinq jours à une semaine, par exemple. Une telle durée, conforme au souci de définir un moyen terme entre la variante A et la variante B, limiterait les perturbations tout en atteignant l'objectif principal, à savoir maintenir le *statu quo*, pendant que l'instance de recours prenait connaissance de la réclamation et déterminait la durée de la suspension, le cas échéant, qui serait justifiée. Il a aussi été noté que, dans les cas où l'avis d'acceptation entraînait automatiquement l'entrée en vigueur du marché, une personne introduisant une réclamation après l'émission de l'avis devrait être autorisée à demander une suspension. Autre point relevé : l'exécution de la suspension pourrait avoir une incidence sur les dates limites de la procédure de passation du marché, par exemple, la date limite de soumission des offres.

244. Le Groupe de travail a examiné diverses propositions portant sur les conditions que devait remplir la réclamation pour que la suspension soit effective. Selon une proposition, la personne soumettant la réclamation devrait être tenue de fournir un affidavit ou autre forme de déclaration écrite sous serment d'où il ressortirait que l'allégation de préjudice est dûment fondée. On s'est interrogé sur l'intérêt d'une telle formule, sur sa faible valeur probante et sur le caractère inusité des affidavits dans certains systèmes juridiques. En réponse à ces interrogations, il a été indiqué qu'une telle déclaration n'aurait pas pour objet, à ce stade, de déclencher une audition contradictoire ou un examen des preuves, mais simplement d'exiger de l'auteur de la réclamation qu'il formule ses

allégations *ex parte* sous serment. Il a été en outre indiqué que si l'affidavit pouvait ne pas être une pièce d'usage courant dans tous les systèmes juridiques, les déclarations sous serment, sous une forme ou une autre, étaient en revanche très répandues. On a également proposé comme condition que l'auteur de la réclamation soit tenu de faire une déclaration concernant l'effet qu'aurait l'octroi ou le refus de la suspension sur l'équilibre entre ses intérêts et ceux de l'entité adjudicatrice, et entre ses intérêts et ceux des autres entrepreneurs et fournisseurs. Des observations ont été faites en faveur et contre cette condition, similaires à celles qu'avait suscité la notion de la déclaration sous serment. Selon une ultime suggestion, l'auteur de la réclamation devait être tenu de déposer une garantie pour couvrir les pertes que pourrait engendrer la suspension au cas où la réclamation se révélerait infondée. Cette proposition a rallié certains suffrages, mais l'avis qui a prévalu était qu'elle soulèverait des difficultés en raison du délai requis pour obtenir une garantie et de l'effet négatif que l'exigence d'une garantie pourrait avoir sur les possibilités d'obtenir la suspension.

245. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de remanier l'article 41 à la lumière des délibérations résumées ci-dessus.

* * *

Note à propos des dispositions sur le droit de recours

246. Il a été rappelé qu'à sa treizième session le Groupe de travail avait reporté la décision finale sur la manière dont la Loi type devrait traiter la question de la procédure de recours. Ayant examiné à nouveau les articles s'y rapportant à la présente session, le Groupe de travail a décidé de conserver les articles sur le droit de recours, qui formeraient une partie de la Loi type que les Etats pourraient promulguer sans changement ou avec les changements minimes que pourraient exiger certains impératifs qui leur étaient propres. Toutefois, étant donné que les dispositions sur les recours étaient plus susceptibles que d'autres parties de la Loi type d'avoir des incidences sur les régimes constitutionnels et administratifs des Etats adoptant la Loi type, le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait indiquer, au moyen d'une note de bas de page placée au début du chapitre IV, que les Etats adoptant la Loi type pourraient ne pas juger utile d'incorporer, partiellement ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. Cette note de bas de page indiquerait, dans le même temps, que ces dispositions pourraient néanmoins servir de référence pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur dans chaque Etat adoptant la Loi type.

III. Travaux futurs

247. A l'issue de ses délibérations sur les projets d'articles de la Loi type, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser la Loi type afin de tenir compte des décisions prises à la présente session.

248. Le Groupe de travail a examiné son futur plan de travail et s'est penché sur la question de la mise au point

définitive du projet de loi type pour présentation à la Commission et sur les fonctions, la structure et le calendrier d'élaboration du commentaire. S'agissant de la mise au point du projet de loi type pour présentation à la Commission, le Groupe de travail a noté que la Loi type répondait à une demande pressante et a manifesté son intention d'en achever l'élaboration lors de sa prochaine session, afin d'être en mesure de la présenter à la Commission à sa vingt-sixième session.

249. Comme il l'avait fait lors de sa précédente session, le Groupe de travail a insisté sur la nécessité de joindre un commentaire à la Loi type. Quant à la nature du commentaire, le Groupe de travail a noté que son contenu dépendrait de sa fonction. Trois fonctions possibles ont été définies : orienter le législateur qui envisage d'adopter la Loi type, conseiller pratiquement les entités adjudicatrices appliquant la Loi type, et enfin, servir de guide à l'interprétation de la Loi type par les tribunaux. On a décidé

qu'au stade initial la priorité irait à l'élaboration d'un commentaire servant de guide au législateur, sans écarter la possibilité qu'à un stade ultérieur la décision serait prise d'établir des commentaires ayant d'autres fonctions. Quant au calendrier et à la méthode d'élaboration du commentaire, on a décidé que, bien qu'il eût été souhaitable que le commentaire législatif puisse être examiné par le Groupe de travail au moment de l'examen final du projet de loi type, l'achèvement de l'examen de la Loi type par le Groupe de travail ne devait pas être retardé par l'élaboration par le Secrétariat d'un projet de commentaire. Dans le même temps, le Groupe de travail a décidé que lorsque ce projet de commentaire aurait été établi par le Secrétariat, il réunirait une petite équipe de travail spéciale informelle chargée de l'examiner.

250. Le Groupe de travail a noté que sa quinzième session se tiendrait du 22 juin au 2 juillet 1992 à New York, sous réserve de l'accord de la Commission.

D. Documents de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa quatorzième session

1. *Passation des marchés : projets d'articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général*

(A/CN.9/WG.V/WP.30) [Original : anglais]

Texte reproduit au chapitre III, B, 1, p. 236 à 259.

2. *Passation des marchés : projets d'articles 28 à 42 de la Loi type sur la passation des marchés : note du Secrétariat*

(A/CN.9/WG.V/WP.33) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	292
CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	293
SECTION VII. OUVERTURE, EXAMEN, ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	293
Article 27. Ouverture des offres	293
Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres	293
Article 29. Rejet de toutes les offres	295
Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	295
SECTION VIII. [Déplacée au chapitre III, section I]	295
Article 31. [Déplacé aux articles nouveau 33 bis et 33 bis]	295
SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTRÉE EN VIGUEUR DU MARCHÉ	295
Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	296
Article 33. [Incorporé à l'article 10 ter]	297