FILE COPY

NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE

Distr. LIMITEE

A/CN.9/376
5 mai 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS
ARABE
ESPAGNOL

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-sixième session
Vienne, 5-23 juillet 1993

LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

Compilation des observations des gouvernements

TABLE DES MATIERES

	Page
INTRODUCTION	2
COMPILATION DES OBSERVATIONS	3
Argentine	3
Australie	7
Bolivie	17
Colombie	18
Egypte	19
Espagne	22
Malaisie	23
Pologne	25
Trinité-et-Tobago	26
Turquie	27
Yougoslavie	28

V.93-83263 3620P

INTRODUCTION

1. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a prié le Groupe de travail du nouvel ordre économique international de lui présenter à sa vingt-sixième session, en 1993, un projet de Loi type sur la passation des marchés 1/. Le Groupe de travail, à sa quinzième session (New York, 22 juin-2 juillet 1992), a adopté le texte du projet de Loi type et l'a présenté à la Commission pour examen (A/CN.9/371, par. 253).

2. Le texte du projet de Loi type tel qu'il a été adopté par le Groupe de travail a été envoyé à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour observations. Les observations reçues au 5 mai 1993 de 11 gouvernements sont reproduites ci-après.

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément N° 17 (A/47/17), par. 153.

COMPILATION DES OBSERVATIONS

ARGENTINE

[Original : Espagnol]

Article 1. Champ d'application

Les mots "adjudicación" ou "adjudicación de contratos" (passation de marchés) sont employés comme synonymes de sélection du contractant, bien que le sens puisse varier. Or, l'"adjudicación" n'est qu'une des étapes de la procédure d'appel d'offres qui, à son tour, ne représente qu'une des méthodes jugées appropriées pour la sélection du contractant.

Article 2. Définitions

Pour des raisons de forme, il serait préférable de faire figurer les définitions dans l'article premier du projet de Loi, compte tenu en particulier du fait que l'on emploie déjà dans cet article, qui concerne le champ d'application, des termes non encore définis.

En ce qui concerne les expressions définies, l'Argentine formule les observations suivantes :

a) Passation d'un marché. On notera tout d'abord, qu'il n'est fait aucune référence à l'objet du marché, qui constitue l'élément normalement utilisé pour caractériser les marchés publics ou administratifs.

Le terme "adquisición" (acquisition) employé dans la définition de la passation d'un marché signifie normalement en langue espagnole obtention par achat et non, par exemple, par location. C'est pourquoi nous proposons de remplacer ce terme par le terme "obtención" (obtention).

Nous ne voyons pas pourquoi les "services" doivent être limités aux services "connexes à la fourniture des biens ou aux travaux". Il semble préférable d'avoir une définition plus large, incluant tous les services sans restriction, ainsi que toute autre prestation destinée à satisfaire des besoins de caractère général.

Enfin, il convient d'indiquer que la restriction en question limite la portée de la règle envisagée à certains contrats administratifs - essentiellement les contrats de travaux publics et de location d'objets et de travaux - en en excluant d'autres tels que la concession de services publics et la location de services.

Compte tenu de ce qui précède, nous proposons de modifier la définition pour qu'elle se lise comme suit : les mots "passation d'un marché désignent l'obtention par un moyen légal quelconque, y compris l'achat, la concession, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux, et de services visant à promouvoir des intérêts collectifs ou à satisfaire des besoins de la collectivité".

b) Entité adjudicatrice. En espagnol, les termes "Entidad adjudicadora" désignent des entités décentralisées ayant la personnalité juridique. Il serait préférable de les remplacer par l'expression plus large "órgano adjudicador", en employant le mot "organe" dans son acceptation juridique d'"ensemble de compétences". Pour dissiper tout doute, on pourrait également inclure dans les définitions le terme "organe adjudicateur". Nous proposons la définition suivante : "organe habilité à conclure des marchés publics".

c) Biens. Nous ne jugeons pas souhaitable de limiter ce terme aux objets matériels dans la mesure où les biens immatériels peuvent aussi faire l'objet de marchés publics. Le marché peut aussi avoir pour objet l'obtention de types d'énergie autres que l'électricité, qui est la seule envisagée dans la définition. C'est pourquoi nous proposons de modifier cette définition comme suit : "le mot 'biens' désigne tout objet matériel (y compris l'énergie) ou immatériel auquel peut être attribuée une valeur pécuniaire".

d) Travaux. La définition donnée dans le projet semble limiter la signification du concept aux travaux de construction, bien qu'il existe de nombreuses autres activités pouvant constituer matière à contrats de travaux publics, de concession de travaux publics ou de location de travaux. Nous proposons une définition plus large : "le mot 'travaux' désigne les activités ayant un objet certain et déterminé, dont l'exécution a été stipulée dans un marché".

e) Fournisseur ou entrepreneur. La définition porte exclusivement sur une des étapes des marchés publics la ("adjudicación"). Il serait préférable de définir le fournisseur ou l'entrepreneur comme "la personne physique ou morale qui, conformément à la réglementation en vigueur, intervient dans un processus de sélection pour la passation d'un marché public ou conclut un marché public avec l'organe adjudicateur".

f) Marché (Contrato adjudicado). Là encore, il convient de noter que le processus porte sur la sélection du contractant et non sur l'octroi d'un marché (adjudicación), qui n'est qu'une des étapes du processus.

g) Garantie de soumission. Dans cette partie comme dans d'autres parties du projet, on emploie le terme "licitación" ("appel d'offres") comme synonyme du mot "oferta" ("offre"). Il serait préférable de remplacer "licitación" par "oferta", compte tenu notamment du fait que le mot "licitación" désigne l'une des procédures existantes de sélection du cocontractant avec l'Etat.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

On pourrait ajouter à l'alinéa c) relatif aux incompatibilités le texte suivant : "Ne sont pas et n'ont pas été non plus dans le cas de personnes morales, que leurs représentants légaux, leurs préposés ou les actionnaires possédant plus de 5 % du capital, dans les deux années précédant l'ouverture de la procédure de sélection correspondant à la passation d'un marché, des agents de l'Etat, que ce soit de l'Etat d'origine du fournisseur ou de l'entrepreneur, ou de l'Etat où le marché est exécuté.

Chapitre II

Nous proposons de remplacer l'expression "Metodos de adjudicación" (Méthodes de passation des marchés) par "Procedimientos de selección" (Procédures de sélection), car l'adjudicación constitue l'acte qui conclut le processus de sélection du cocontractant avec l'Etat, et non la procédure elle-même.

Il serait souhaitable d'envisager les marchés passés avec l'intervention d'organismes d'achat. Il s'agit, comme on le sait, d'entreprises privées internationales que l'on charge de passer les marchés nécessaires en exigeant des prix internationaux, une qualité standard, etc. Ces entreprises sont rétribuées au pourcentage et ce système est très utilisé dans les procédures modernes de passation de marchés internationaux.

Article 14. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes

Au sous-alinéa 1-a) ii) il serait utile de remplacer les mots "nature technique des biens ou des travaux" par les mots "nature scientifique, technique ou artistique des biens ou des travaux" étant entendu que l'on peut également, pour ces cas, appliquer la procédure de sollicitation d'une source unique, envisagée à l'article 16.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

Nous proposons de supprimer la dernière partie de cette disposition. "Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de soumission ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs". Il convient de signaler à cet égard que dans la pratique en Argentine, le prix du dossier de sollicitation a aussi joué le rôle, dans les marchés d'importance économique, d'élément permettant d'assurer la participation à la procédure d'appel d'offres de futurs soumissionnaires manifestant un véritable intérêt pour ces marchés.

Article 27. Garanties de soumission

Pour les raisons exposées à propos de l'article 2-g), nous proposons de remplacer les mots "garantías de licitación" ("garanties de soumission") par les mots "garantías de oferta" (garanties d'offre).

Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

Malgré les arguments du Groupe de travail, nous pensons qu'il est préférable de remplacer les membres de phrase "Entre le moment où ... est expédié" et "a été expédié" à l'alinéa b) du paragraphe 2) et au paragraphe 4) respectivement par les mots "Entre le moment où ... est reçu" et "quand ... est reçu", pour ce qui est de l'avis mentionné au paragraphe 1.

Articles 16 et 37. Sollicitation d'une source unique

Il serait souhaitable d'exiger (comme à l'article 8 concernant l'exclusion de soumissionnaires étrangers) que l'autorité compétente décide expressément par un acte écrit que le marché doit être effectué de cette manière. Cette acte devrait indiquer des motifs pertinents et suffisants pour dûment démontrer que dans le cas particulier les conditions énoncées au

paragraphes a) à g) de l'article 16 du projet s'appliquent. C'est là la seule façon de prévenir un recours répété et abusif à cette forme de marché, qui aurait pour conséquence de porter atteinte à l'objectif du projet de Loi type qui est de garantir la concurrence, la publicité et la transparence dans les procédures de sélection.

Chapitre V. Recours

De manière générale, nous estimons qu'il vaudrait mieux que cette question soit traitée dans le cadre du droit interne de chaque pays d'autant plus que, comme il est mentionné dans la note de bas de page concernant ce chapitre, pourraient surgir des problèmes d'ordre constitutionnel.

Sans remettre en cause ce qui a été dit, il serait important d'interdire que les dossiers de sollicitation concernant des marchés internationaux contiennent des clauses - délais de contestation beaucoup trop courts et cautionnement élevé - qui limitent le droit de recours des soumissionnaires. En tout état de cause, si le dossier de sollicitation contient un système de recours différent de celui qui s'applique généralement dans le pays concerné, le système énoncé dans ledit dossier devrait être moins sévère que le système général. On pourrait ainsi dûment respecter le droit de recours des soumissionnaires et indirectement, par les arguments et les raisons que ces derniers peuvent avancer, permettre à l'Etat de tirer un meilleur parti du marché, du fait de la sélection de l'offre la plus appropriée.

En ce qui concerne la forme proposée, nous formulons les commentaires suivants :

Article 39. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle

Malgré les avis formulés par le Groupe de travail, nous pensons qu'un délai de 10 jours pour la présentation d'une réclamation est suffisant. Il convient de souligner que, même lorsque les soumissionnaires sont étrangers, ils devront logiquement établir leur domicile dans le pays et y avoir une représentation juridique. Le délai de 20 jours semble quelque peu excessif, compte tenu de la nécessité d'éviter les incertitudes aux différents stades de l'appel d'offres.

Article 42. Suspension de la procédure de passation du marché

Nous partageons l'opinion selon laquelle la présentation d'une réclamation doit automatiquement entraîner la suspension de la procédure. A notre avis :

- Il ne devrait pas y avoir de limite à la période pendant laquelle l'appel d'offres ou le marché peuvent être suspendus (sept jours prorogeables jusqu'à trente). On devrait, soit ne rien mentionner à ce propos, et la durée de suspension dépendrait alors de l'autorité compétente, soit indiquer expressément que la suspension doit durer jusqu'à aboutissement de la réclamation présentée par le soumissionnaire.

- En ce qui concerne le paragraphe 4 de cet article, on pourrait ajouter que, dans ces circonstances, l'Administration devrait prévoir une caution suffisante pour les dommages que pourrait subir le soumissionnaire non retenu, si l'on détermine par la suite que ses arguments étaient valides.

Il convient d'indiquer enfin que le projet ne réglemente que le stade de la passation d'un marché (adjudicación), sans faire aucune référence à l'exécution.

Il serait souhaitable d'inclure au moins quelques directives essentielles concernant le stade de l'exécution du marché dans la mesure où peuvent exister également à ce stade, bien que dans une moindre mesure, des situations incompatibles avec la transparence qui devrait prévaloir dans toutes les opérations de passation de marchés.

AUSTRALIE

[Original : Anglais]

Afin d'arrêter notre position sur le projet de Loi type, nous avons sollicité les avis, non seulement des organismes compétents du Commonwealth mais également des administrations des Etats et des territoires.

Observations générales

Il convient tout d'abord de préciser que la plus grande partie du projet de Loi type est compatible avec la pratique australienne en matière de passation de marchés et ferait même, à certains égards, double emploi avec la législation existante, notamment avec les textes relatifs au recours contre des décisions administratives. Nous avons cependant quelques inquiétudes concernant certains aspects de cette Loi type, qui reposent dans la pluspart des cas sur la question de savoir si une telle Loi est vraiment nécessaire en Australie. Notre opinion en la matière n'est pas encore arrêtée, mais nous n'en restons pas moins attachés aux principes et objectifs de l'harmonisation du droit commercial en général.

Sous la coordination du Commonwealth Department of Administrative Services (DAS), on procède depuis 1988, date à laquelle le gouvernement fédéral a approuvé un programme de réforme des marchés publics, à une réduction du nombre de règles centrales détaillées sur la passation de marchés dans le Commonwealth figurant dans la réglementation financière du Commonwealth Audit Act de 1901. Les arrangements adoptés par le Commonwealth en matière de passation de marchés ont été conçus de façon à assurer rationalité et efficacité, tout en laissant les décisions concernant les procédures d'achat, notamment les méthodes de passation de marchés, aux organismes et aux cadres chargés de cette tâche.

Compte tenu de ce qui précède, le caractère "normatif" du projet de Loi type sur la passation des marchés, nous cause quelques inquiétudes. Etant donné la souplesse actuelle que permettent nos arrangements en la matière, le projet de Loi type aurait, s'il est adopté, des incidences importantes sur nos procédures de passation des marchés. Nous ne sommes pas convaincus que ces

incidences seraient compensées par l'harmonisation internationale que vise cet instrument. Celui-ci ne paraît pas envisager la passation de marchés par "des arrangements contractuels types". Il semble, a-t-on également fait observer, accorder une importance démesurée à l'appel d'offres aboutissant à l'acceptation d'une offre par une entité adjudicatrice particulière. Il existe divers tests et critères permettant de choisir la méthode de passation de marchés qui convient en fonction des besoins. Un arrangement type pour les offres (ou méthode du contrat type) peut être un moyen rationnel, efficace et économique d'acheter des biens et des services courants.

Nous estimons qu'un cadre général pour la passation des marchés publics, qu'il prenne la forme d'un texte législatif ou d'arrangements administratifs, devrait poser clairement et sans ambiguïté que l'objectif premier des achats de l'Etat est d'appuyer les programmes publics en obtenant le meilleur rapport qualité/prix possible lors de l'acquisition des intrants d'un programme. Il faudrait en outre reconnaître la nécessité d'intégrer la gestion des arrangements en matière d'achats à d'autres activités pour atteindre l'objectif logistique qu'est la fourniture de biens en temps voulu, là où ils sont nécessaires.

Le caractère normatif du projet de Loi type a été mentionné par plusieurs de ceux que nous avons consultés. Ils se sont inquiétés en particulier du fait que l'on pourrait voir dans les chapitres II à IV une approche incompatible avec les réformes récemment adoptées par le Commonwealth qui ont permis une délégation des pouvoirs pour la passation des marchés, en vue d'accroître la souplesse.

Le chapitre V, qui traite des droits et des obligations, porte, quant au fond, sur des questions de procédure. On peut estimer que la prise en considération, dans la Loi type, de telles questions réduit sensiblement les possibilités de libre décision, qui sont souvent jugées nécessaires dans la passation de marchés.

Le projet de Loi type insiste beaucoup sur l'acceptation de l'offre la plus basse, ce qui, peut-on estimer, diminue la valeur de la notion de rapport qualité/prix. L'obligation d'ouvrir les offres en présence des adjudicataires et d'annoncer les prix illustre bien cette démarche. Il est reconnu à l'alinéa 4 c) de l'article 29 que, pour déterminer l'offre la plus basse, on tiendra compte de facteurs autres que le prix mais cet alinéa est peut-être trop normatif en ce qui concerne les éléments qu'une entité adjudicatrice peut envisager.

Nous notons par ailleurs que l'interdiction proposée dans le projet de Loi type, de toute négociation après la soumission d'une offre, serait incompatible avec la pratique établie en Australie.

L'un de nos correspondants estime que le projet de Loi type est une illustration des doctrines, principes et pratiques qui avaient cours dans les années 60 pour les marchés publics et qui étaient axés davantage sur la procédure que sur les résultats à obtenir. Des études menées pendant les années 80 ont montré que les fonctionnaires chargés des achats suivaient la procédure à la lettre plutôt que d'essayer d'atteindre les objectifs suivants :

- Meilleur rapport qualité/prix
- Concurrence ouverte et efficace
- Haut degré de responsabilité financière à l'égard du public.

Les textes législatifs récents concernant les marchés publics sont donc moins normatifs. Ainsi, il peut ne pas y avoir obligation de lancer un appel d'offres pour l'achat d'un bien, quel qu'il soit. Il peut être demandé par contre de planifier les achats importants et de déterminer la stratégie la plus rationnelle de passation d'un marché.

En vertu du projet de Loi type, des aspects du processus de passation de marché, qui ne pouvaient auparavant être contestés, pourraient donner lieu à un recours judiciaire, sauf disposition expresse prévoyant l'exclusion de ce type de recours. L'article 43 du projet, lorsqu'il est associé à l'article 38, tente bien de limiter quelque peu le recours judiciaire, mais il pourrait être nécessaire d'aller plus loin. Il faudrait examiner de plus près la situation avant d'entamer la procédure de recours judiciaire, dans la mesure où ce recours réduit considérablement le contrôle des parties contractantes sur le règlement des différends, question que certains peuvent considérer comme étant traitée de façon appropriée dans les contrats individuels.

Toute loi régissant la passation de marchés devrait prévoir une procédure suffisamment souple tout en assurant un contrôle de l'utilisation des fonds. Nous ne sommes pas sûrs que l'on soit parvenu, au stade actuel, à concilier dans le projet de Loi type ces objectifs concurrents.

Observations spécifiques sur certains articles du projet de Loi type sur la passation des marchés

Préambule

Paragraphe a)

L'économie et l'efficacité peuvent, dans certains cas, être compromises lorsque les fournisseurs et les entrepreneurs utilisent largement les mécanismes de recours et d'appel prévus au chapitre V du projet de Loi type.

Paragraphe d)

La notion de traitement équitable, envisagée au paragraphe d) est admirable. Elle pourrait cependant amener à placer la barre plus bas qu'il n'est souhaitable si, pour éviter une discrimination sur la base de la nationalité, on n'autorise pas l'entité adjudicatrice à prendre en considération dans l'évaluation d'offres en concurrence le fait qu'une entreprise de tel ou tel pays applique des normes moins rigoureuses en matière d'environnement. En ce qui concerne les façons de fixer des normes, se reporter également aux observations relatives à l'alinéa 2 d) de l'article 6.

Article premier. Champ d'application

Cet article nous paraît acceptable; il permet à l'Etat adoptant la Loi type de préciser les limites applicables pour divers types de marchés. L'alinéa 2 c) permet de le faire par la réglementation des marchés.

La réglementation pourrait permettre l'exclusion des marchés portant sur des biens nécessaires dans des situations d'urgence touchant la santé et la sécurité publiques. Cependant, il conviendrait peut-être d'envisager ce type de marchés dans le corps du projet de Loi type.

Le projet de Loi type semble contenir une exemption générale pour "la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale" à l'alinéa 2 a) de l'article premier. La signification de cette exemption et les différentes façons de l'interpréter sont sujets à conjectures, notamment dans la mesure où, selon l'alinéa 4 c) iv) de l'article 29, il peut être tenu compte de considérations liées à la défense et à la sécurité nationales dans un marché entrant dans le cadre du projet de Loi type.

Article 2. Définitions

"Passation d'un marché"

En vertu du projet de Loi type, les procédures de passation de marchés s'appliquent tant aux biens qu'aux travaux. Or, les stratégies actuelles d'achat mettent les biens et les travaux dans deux catégories assez différentes. Une des différences fondamentales est le fait que les biens sont en général fabriqués à partir des plans du fabricant, alors que les travaux sont en général effectués à partir des plans du client.

Il conviendrait peut-être d'élargir cette définition afin d'y inclure les "services". Dans quelques domaines, tels que les techniques informatiques, il est souvent difficile de faire une distinction entre biens et services. Les contrats de service constituent un élément très important des marchés publics. En élargissant ainsi la définition, on réglerait également le problème que pose l'interprétation du mot "connexes" à l'alinéa a) de l'article 2.

"Entité adjudicatrice"

Les paragraphes 25 et 26 du document A/CN.9/343 stipulent ce qui suit :

"25. Selon une opinion, le sous-alinéa a) i) devrait viser non seulement les organes de gouvernement de l'Etat qui appliquerait la Loi type, mais aussi les organes de gouvernement des subdivisions de l'Etat (tels que les organes de gouvernement des différentes unités constituant une fédération ou des collectivités locales). Il a été noté à ce propos que dans certains systèmes fédéraux, le gouvernement fédéral ne pouvait légiférer en matière de passation de marchés ni pour les unités constitutives de la fédération, ni pour les collectivités locales. Par contre, les différentes unités constitutives de la fédération pouvaient adopter elles-mêmes la Loi type. [souligné par l'auteur]

26. Le Groupe de travail a envisagé différentes manières d'inclure au sous-alinéa a) i) les organes de gouvernement de tous niveaux et de tenir compte des besoins des Etats fédéraux qui ne pouvaient légiférer pour les organes de gouvernement de leurs subdivisions, mais aucune solution satisfaisante n'a été trouvée. Finalement, les membres du Groupe de travail sont convenus de proposer deux variantes du sous-alinéa. La première engloberait tous les organes de gouvernement, y compris ceux des subdivisions des Etats fédéraux. Elle serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux qui pouvaient légiférer pour leurs subdivisions. La seconde ne viserait que les organes du gouvernement central; elle serait adoptée par les Etats fédéraux ne pouvant légiférer pour leurs subdivisions."

En ce qui concerne l'alinéa b) i) de l'article 2 : si l'on prend comme hypothèse que l'option I de cet alinéa vise à couvrir tous les organes de gouvernement, y compris les organes de gouvernement de subdivisions d'une fédération, la définition paraît appropriée.

L'option II peut, en l'état actuel, présenter une difficulté si ce qui est désigné est le "gouvernement" national, car les gouvernements au sein de la fédération constituent des subdivisions de l'Etat, par exemple de l'Australie, mais non du "gouvernement" australien. Les options devraient peut-être être formulées comme suit "tout département, organisme, organe ou autre service d... (nom de l'Etat) ou toute subdivision d... (nom de l'Etat) qui passe des marchés, sauf...".

En ce qui concerne l'alinéa b) ii) de l'article 2, les pouvoirs publics ont de plus en plus tendance à acheter par l'intermédiaire de courtiers ou de sous-traiter leurs opérations d'achat. Ces deux options sortent virtuellement du champ d'application du projet de Loi type. L'alinéa b) ii) de l'article 2 permet d'inclure des entités spécifiques, mais les agents auxquels il peut être fait appel n'étant pas connus à l'avance, il conviendrait peut-être de préciser que la passation de marchés par une entité adjudicatrice comprend la passation de marchés par l'intermédiaire de courtiers ou de tiers.

Autres définitions

Il faudrait peut-être envisager de définir les mots "offre", "quotation" (traduit par "prix" dans la version française) et "négociation". On utilise dans le corps du texte à la fois les mots "offre" et "prix" ("quotation"). Dans l'usage courant, les deux constituent des offres, la différence résidant dans les procédures employées et le seuil monétaire imposé.

Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

Il faut se féliciter de cet article. Le Commonwealth d'Australie a un système moderne et complet de recours administratif contre des décisions de l'administration, de libre accès à l'information publique et de contrôle judiciaire de la légalité des décisions administratives.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

Aucune observation à ce stade. L'alinéa 2 c) semble cependant limiter potentiellement le sens des termes "ressources financières" à l'alinéa 2 a).

L'expression "fausses ou inexactes" au paragraphe 6 devrait être modifiée pour ne conserver que le terme "inexactes". On pourrait sinon se demander si l'un des mots ajoute quelque chose à l'autre.

On peut arguer que le paragraphe 3 est trop restrictif et qu'il devrait être élargi pour donner aux entités adjudicatrices le droit d'obtenir des assurances des soumissionnaires si des doutes surgissent après la fermeture des offres.

Nous rappelons ici nos observations concernant le paragraphe d) du préambule et ajoutons que dans la mesure où l'alinéa 2 d) de l'article 6 traite des obligations en matière de cotisations sociales, il serait également

possible d'inclure des dispositions visant à fixer certains critères ou normes internationaux sur l'hygiène et la sécurité sur le lieu de travail et les accords salariaux et conditions d'emploi.

Article 7. Procédures de présélection

En ce qui concerne le paragraphe 7, il serait utile de donner aux soumissionnaires non retenus le motif du rejet de leur offre. En leur expliquant les raisons pour lesquelles ils n'ont pas satisfait aux critères d'évaluation, on pourrait inciter les soumissionnaires prospectifs à présenter à l'avenir de meilleures propositions. Nous reconnaissons certes que la disposition envisage de telles raisons, mais il y est dit que les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons, qui les ont amenées à conclure qu'il y avait motif à rejet au stade de la présélection, ce qui diffère de la pratique en Australie.

Article 9. Forme des communications

Il semble qu'on ait tenté, dans cet article, de traiter la question des échanges de données informatisées. On n'y évoque pas, cependant, l'obligation énoncée au paragraphe 5 de l'article 25, de soumettre les offres dans une enveloppe scellée et éventuellement même de les soumettre par écrit. Cet article ne prévoit pas non plus l'authentification de données informatisées ni la signature au titre de l'article 32.

De l'avis de l'un de nos correspondants, il faudrait peut-être envisager de rédiger l'article 9 de manière à ce qu'il soit entendu que fournisseurs et entrepreneurs ne peuvent pas communiquer verbalement sans restrictions. Une telle pratique pourrait être inappropriée si l'on y recourt de manière abusive.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

Si l'on inclut les "services" dans le projet de Loi type, il faudrait modifier le mot "emploi" pour couvrir la "sous-traitance" par des entités.

Article 15. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

Le paragraphe 1) de l'article 15 montre la nécessité de donner une définition claire du mot "prix" ("quotation") à l'article 2.

Article 17. Appel d'offres national

Nous notons que la liberté d'appréciation au paragraphe b) de l'article 17 n'est pas exclue des procédures de recours prévues au chapitre V. L'article 17 reconnaît la nécessité de procédures efficaces pour les petits contrats. Nous notons que le recours, au chapitre V, est exclu pour les décisions prises au titre de l'article 18, en reconnaissance peut-être de l'obligation d'efficacité.

Article 20. Communication du dossier de sollicitation

Le membre de phrase "le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs" n'est peut-être pas d'une portée assez large pour couvrir les coûts effectifs. On pourrait couvrir

davantage par les termes "le coût de reproduction du dossier et de sa distribution". Cependant, le groupe de travail a peut-être décidé d'utiliser le montant le plus faible.

Telle qu'actuellement libellée, la disposition peut vouloir dire que la décision de l'entité adjudicatrice de demander un prix pour le dossier est discrétionnaire en raison de la présence du mot "peut". Mais une fois cette décision prise, le prix demandé "ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs et aux entrepreneurs"; en d'autres termes l'entité adjudicatrice n'est pas libre de demander un prix inférieur à celui que définit cette formule.

Compte tenu des deux observations précédentes, il conviendrait peut-être de changer le libellé de la disposition afin de permettre à une entité adjudicatrice de demander pour le dossier de sollicitation un prix qui "ne dépasse pas le coût de sa reproduction et de sa distribution".

Nous notons que rien n'est dit sur la possibilité pour l'entité adjudicatrice de faire payer des prix différents à différents soumissionnaires.

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

On trouve dans la première phrase de l'article 21 les mots "comporte, au minimum" alors qu'au paragraphe 1) de l'article 19 on trouve les mots "doit contenir au moins". Il faudrait aligner les deux formules.

Le paragraphe q) de l'article 21 devrait faire ressortir clairement que ces procédures ne sont nécessaires que lorsqu'une ouverture publique des offres est exigée.

Article 22. 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

On nous a fait observer que l'on préférait aujourd'hui indiquer la fonction à remplir ou la tâche à accomplir plutôt que des données techniques. Lorsque le dossier de sollicitation ne spécifie pas la fonction à remplir ou la tâche à accomplir, c'est au fournisseur qu'il incombe de fournir des biens qui remplissent cette fonction ou permettent d'effectuer cette tâche. On pourrait peut-être tenir compte de ce point en remplaçant la première phrase du paragraphe 2) de l'article 22 par le libellé suivant : "Dans la mesure du possible, toutes spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques et fonctionnelles et normes de qualité objectives et pertinentes des biens ou des travaux requis." Une modification analogue pourrait être apportée à l'alinéa 3 a).

Article 25. Soumission des offres

Le paragraphe 1) de l'article 25 devrait aussi préciser un lieu pour la soumission des offres.

Le paragraphe 5), qui énonce qu'une offre doit être soumise dans une enveloppe scellée, semble dépassé par rapport à la pratique actuelle qui consiste pour l'entité adjudicatrice à recevoir des offres par télécopie ou par échange de données informatisées.

Le paragraphe 6) insiste sur le fait que les offres soumises en retard ne sont pas ouvertes et sont renvoyées au fournisseur. Lorsqu'il est prouvé qu'une offre arrive en retard en raison d'une erreur de l'entité adjudicatrice ou d'un service postal ou de télécommunications agréés, des procédures pourraient prévoir l'acceptation d'une offre dans des circonstances particulières.

L'enveloppe peut ne pas comporter suffisamment d'informations pour pouvoir être renvoyée au soumissionnaire sans être ouverte. La pratique est d'ouvrir l'offre parvenue en retard, d'informer le soumissionnaire de ce retard et de lui demander les raisons pour lesquelles elle devrait être examinée. Ces raisons, ainsi que la teneur de l'offre peuvent conduire à rejeter toutes les offres et à faire un nouvel appel. Une telle disposition impliquerait nécessairement des décisions discrétionnaires permettant de demander des réparations au titre des dispositions relatives au recours du chapitre V.

Article 28. Ouverture des offres

Le moment de l'ouverture des offres mentionné au paragraphe 1) de l'article 28 devrait peut-être être le moment le plus proche possible, sur le plan pratique de la date limite de soumission des offres.

En ce qui concerne les paragraphes 2) et 3), la pratique envisagée dans ces paragraphes met l'accent sur le prix comme principal facteur de l'octroi d'un contrat, et l'on pourrait donc considérer qu'elle induit les fournisseurs en erreur. Dans la pratique actuelle, on essaie d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix possible et le prix ne constitue que l'un des facteurs pris en considération. Il est souvent arrivé que le prix le plus bas ait abouti aux résultats les plus coûteux. La procédure qui consiste à annoncer le prix soumissionné semble assez simpliste compte tenu de ce qui précède ainsi que de la taille et de la variété des projets que le projet de Loi type pourrait couvrir. Il pourrait donc être souhaitable d'introduire dans cette disposition un élément de libre appréciation par lequel l'entité adjudicatrice pourrait choisir, le cas échéant, un facteur autre que le prix, qui serait annoncé au moment de l'ouverture des offres. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire pourrait donner lieu à recours au titre du chapitre V.

L'ouverture des offres en présence des soumissionnaires n'est pas la pratique courante en Australie. L'ouverture "publique" des offres met trop l'accent sur le prix le plus bas, notamment si l'offre ne répond pas aux conditions précises posées et est en contradiction avec la politique de prise en compte de tous les facteurs pour la détermination du "meilleur rapport qualité-prix". Cette notion de "rapport qualité-prix" concorde avec les dispositions de l'article 29. L'ouverture publique des offres pourrait aussi aller à l'encontre du principe du secret des affaires.

En outre, la divulgation à l'article 28 est incompatible avec les dispositions de l'article 11. A l'article 11 en effet la divulgation intervient après l'acceptation d'une offre lorsque des précisions sont fournies aux soumissionnaires, mais en sont exclus le prix et d'autres informations si ces dernières sont jugées comme n'étant pas dans l'intérêt général ou pouvant entraver le libre jeu de la concurrence.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Comme il a déjà été indiqué, le prix peut n'être qu'un des facteurs pris en considération dans l'évaluation des offres et des options d'achat. Le State Supply Board d'un des Etats de la fédération exige par exemple que le coût de chacun des éléments soit calculé sur la durée prévue de leur vie utile, en prenant en considération, outre les facteurs énumérés au sous-alinéa 4 c) ii) de l'article 29, les facteurs suivants :

- Capacité de production
- Valeur résiduelle du matériel
- Durée de vie du matériel
- Taux d'emprunt (à savoir taux d'escompte).

La technique utilisée ici est appelée calcul des coûts sur toute la durée du cycle de vie. Elle permet d'exprimer chaque option sur la même base en vue d'une comparaison rationnelle, soit la valeur actuelle nette (VAN) ou la valeur annuelle équivalente.

D'autres facteurs pris en considération sont notamment les suivants :

- Assurance de la qualité fournie par le soumissionnaire
- Facteurs liés à l'environnement
- Emploi d'une main-d'oeuvre syndiquée (contrats de travaux).

L'alinéa 1) b) de l'article 29 impose à l'entité adjudicatrice une vaste obligation, ceci du fait que les mots "erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre" se prêtent à une large interprétation qui pourrait rendre l'obligation de l'entité adjudicatrice envisagée à cet alinéa extrêmement difficile à remplir, notamment dans les cas d'offres portant sur des travaux importants. Il ne fait guère de doute que cette obligation serait de celles dont un fournisseur ou un entrepreneur déclarant avoir subi une perte pourrait se prévaloir pour introduire un recours au titre de l'article 38, tel que libellé actuellement. On pourrait supposer, d'après l'alinéa 4 b) de l'article 39, que le responsable de l'entité adjudicatrice a le pouvoir d'énoncer les mesures correctives à prendre, y compris, peut-on penser, le pouvoir d'accorder ou de proposer des dommages-intérêts. Le requérant a d'autres droits au titre de l'article 40. En effet, il est possible, en vertu de l'alinéa 3 f) de cet article, de demander le versement d'un dédommagement pour perte. Ces réparations peuvent être disproportionnées étant donné la nature du manquement qui en est à l'origine. Elles pourraient donc être jugées inéquitables du fait que c'est le requérant qui a, en premier lieu, fait l'erreur arithmétique. Pour remédier à ce problème, il conviendrait de changer dans la première phrase de l'alinéa 1 b) de l'article 29 le mot "corrige" par les mots "peut corriger". Il faudrait aussi envisager d'inclure cet alinéa modifié dans la disposition d'exception du paragraphe 2 de l'article 38.

Article 30. Rejet de toutes les offres

L'expression "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" dégage-t-elle l'entité adjudicatrice des obligations en matière de recours au titre du chapitre V ? Si tel est le cas, il faudrait peut-être que l'article 30 soit cité au paragraphe 2 de l'article 38. Les droits de recours

devraient être exclus de toutes décisions prises au titre de l'article 30 pour des raisons d'équité et de proportionnalité, ce qui semble être implicitement reconnu, tout au moins en ce qui concerne la responsabilité, au paragraphe 2 de l'article 30 qui exclut toute responsabilité de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres.

Article 31. Négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs

Un de nos Etats a indiqué que les négociations entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur sont une pratique courante, qui peut de surcroît être nécessaire dans de nombreux cas pour le développement économique, l'investissement national et l'emploi. Dans cet Etat, des négociations sont autorisées, dans des limites très strictes, après la soumission de l'offre.

Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

S'agissant des paragraphes 1 à 3 de l'article 32, on peut se demander si l'avis d'acceptation d'une offre doit être donné avant obtention de toutes les approbations.

Article 36. Procédure de sollicitation de prix

Il a été déclaré que l'emploi des termes "un seul prix" portait à confusion et que l'on pourrait en déduire que d'autres propositions concernant des marques et autres éléments n'étaient pas permises.

Recours

Nous pensons que nous aurons, à la session annuelle, certaines observations à faire sur la question du recours, y compris la possibilité pour une partie lésée d'arrêter effectivement un projet pendant l'introduction du recours. Nous examinons encore la question mais, selon une observation formulée, la portée des dispositions relatives au recours et à l'appel est telle que ces dispositions pourraient être utilisées de façon irréfléchie ou tracassière afin d'entraver ou de retarder des projets de travaux publics.

Article 38. Droit de recours

La notion de "violation d'une obligation" pourrait avoir des effets importants sur la responsabilité de l'entité adjudicatrice, compte tenu des divers motifs de recours possibles. On pourrait atténuer ce risque en faisant mention de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans la prise de décisions.

Le paragraphe 2 de l'article 38 devrait être modifié de façon à y inclure les observations formulées en ce qui concerne certains articles.

Nous ne sommes pas sûrs de la façon dont fonctionnera cet article en raison, pour une grande part, des incertitudes concernant ce qu'il faut entendre par violation d'une obligation. Ainsi, peut-on introduire un recours contre le jugement porté par l'entité adjudicatrice au titre de l'alinéa 9 d) de l'article 34 ? Il ne pourrait probablement y avoir recours que si l'entité adjudicatrice ne jugeait pas le fournisseur non fiable ou incompétent mais refusait néanmoins d'évaluer ses propositions. De même, nous ne savons pas exactement dans quelle mesure les décisions au titre du paragraphe 3 de l'article 36 et de certaines autres dispositions peuvent donner lieu à recours.

Article 40. Recours administratif

Nous avons des doutes quant à l'ampleur du dédommagement permis au titre de l'option II de l'alinéa 3 f) de l'article 40, car le lien nécessaire entre la perte et la passation d'un marché n'apparaît pas immédiatement.

BOLIVIE

[Original : Espagnol]

Le projet de Loi type sur la passation des marchés contient des éléments nouveaux et précieux par rapport à la réglementation en vigueur en Bolivie. En conséquence, les dispositions figurant dans ce projet peuvent, après examen comparatif avec la réglementation bolivienne, être utilement prises en considération lors de l'adoption de nouvelles dispositions législatives sur la passation des marchés.

Nous considérons toutefois que le projet de Loi type comporte une restriction fondamentale en ce qu'il devra être soumis aux organes législatifs pour approbation. Or, les organes législatifs des pays membres ont tous pouvoirs d'analyser, et éventuellement de modifier, le projet de Loi type aux différentes étapes du processus législatif qui, dans le cas de la Bolivie, sont prévues par la Constitution du pays.

Pour cette raison, le projet actuellement élaboré par la CNUDCI n'aura aucun caractère obligatoire et aura donc davantage valeur de référence pour l'adoption éventuelle de dispositions législatives sur le sujet. L'examen d'une convention ou d'un accord multilatéral sur la passation des marchés aura sans doute des limites dans la mesure où ce serait le seul type de texte que le corps législatif approuverait sans avoir à le modifier.

Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement bolivien estime qu'il faudrait tenir compte, lors de l'examen du projet de Loi type, des suggestions suivantes :

1. Il conviendrait de fixer un montant à partir duquel les pays devraient se conformer aux dispositions du projet de Loi type. Il faudrait donc inclure à l'alinéa 2 b) de l'article premier le texte suivant : "La passation de marchés portant sur des montants auxquels s'appliquent les procédures concernant les acquisitions mineures, conformément à la réglementation interne de chaque pays".

2. S'agissant de l'alinéa 4 d) de l'article 29, il faudrait apporter une précision concernant l'existence d'une réglementation autorisant une marge de préférence en faveur des soumissionnaires nationaux. Dans le cas de la Bolivie, la marge accordée est de 10 % sur le total des points comptant pour la sélection. Il conviendrait donc de modifier le texte du premier alinéa pour qu'il se lise comme suit : "Si la réglementation interne des marchés le permet, l'entité adjudicatrice ... ".

3. En ce qui concerne le chapitre IV intitulé "Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres", il convient d'indiquer qu'en vertu de la législation bolivienne, la seule procédure autorisée pour

les acquisitions et les contrats de service à caractère international est la passation de marchés. Cette dernière s'effectue par le biais d'organismes spécialisés avec lesquels l'Etat passe un contrat par l'intermédiaire du Ministère des finances. Ces organismes jouent le rôle de mandataires des entités publiques pour la passation des marchés. Par ailleurs, l'article 209 du décret suprême 21660 énonce six cas faisant exception à cette règle. En conséquence, les dispositions prévues au chapitre IV du projet de Loi type, n'allant pas à l'encontre de la législation bolivienne peuvent être adoptées.

COLOMBIE

[Original : Espagnol]

En Colombie, les textes législatifs en vigueur sur la passation des marchés tout comme les règles que l'on entend consacrer dans un nouveau projet de Loi actuellement à l'examen, établissent des principes spéciaux qui diffèrent considérablement, dans leur essence, de ceux du projet de Loi type que nous devons examiner, encore que ces différences se trouvent sensiblement réduites dans le nouveau projet sur les marchés publics.

Il suffit en effet de rappeler que notre législation prévoit un traitement préférentiel pour les offres d'origine nationales grâce à des principes tels que celui du dégroupage technologique et celui qui consiste, toutes choses égales par ailleurs, à accorder la préférence à l'offre d'un soumissionnaire national.

Cela dit, certaines de ces restrictions ont été éliminées dans le projet dont est actuellement saisi le Congrès, mais on a gardé, comme principe minimum, l'octroi de la préférence aux soumissionnaires nationaux lorsque, toutes conditions étant par ailleurs égales, ils soumettent des offres en concurrence avec celles d'étrangers.

De même, des procédures prévues dans le projet de Loi type, telles que la "présélection" ou l'appel d'offres en deux étapes, vont à l'encontre de principes considérés comme directeurs tant pour les marchés publics que pour l'Administration en général, où l'on exige notamment économie et rapidité. Dans notre projet, la "présélection" a été remplacée par une simple formalité d'inscription auprès de la Chambre de commerce.

Nos observations concernant la teneur des articles du projet de Loi type sont les suivantes :

Article 2 d) : Nous estimons que la liste des activités considérées comme des "travaux" relève d'une approche très descriptive d'où le risque d'oublier ou d'exclure certains types de travaux qui pourraient y être inclus.

Article 6-2 : Il nous paraît dangereux que l'entité adjudicatrice puisse, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation d'un marché, exiger des soumissionnaires des renseignements "qu'elle pourra juger utiles", car cette exigence limite le droit de protection de la propriété intellectuelle et des secrets professionnels.

Article 7 : Cet article prévoit la présélection des fournisseurs ou des entrepreneurs. Nous estimons que cette procédure qui précède la sélection n'est pas nécessaire, notamment si l'on tient compte du fait que dans la législation colombienne, il existe une procédure distincte, à savoir l'inscription au Registre des fournisseurs et des entrepreneurs, dans lequel des renseignements tels que l'existence, la représentation juridique, les qualifications, la capacité doivent être constamment mis à jour. En outre, ajouter au processus de sélection des offres un processus de présélection, est très peu pratique et provoquerait des retards, alors que notre système est plus souple et plus simple.

Articles 7-8 : D'autre part, il paraît peu pratique et efficace d'exiger, une fois établies les qualifications d'un fournisseur ou d'un entrepreneur déjà présélectionné, que ces derniers reconfirment leurs qualifications "conformément aux critères utilisés pour la présélection".

Article 8-1 : Cette disposition ne fait pas apparaître clairement si l'entité adjudicatrice peut décider de limiter la participation à la procédure pour des motifs autres que la nationalité.

Article 10 : Il serait souhaitable d'unifier, dans cette disposition, le critère concernant l'"authentification".

Article 11 : Cet article n'expose pas clairement les raisons qui justifient la limitation du droit d'examen tel qu'il y est défini. De même, un des principes fondamentaux de la législation colombienne est la confidentialité concernant les propositions et la sélection avant la passation d'un marché, principe qui diffère de celui qui est établi à l'article 11.

Article 16 : En ce qui concerne la disposition figurant à l'alinéa a), les entrepreneurs n'ont aucun droit exclusif dans la législation colombienne.

Article 21 : Cet article prévoit que le dossier de sollicitation doit contenir le contrat qui sera signé une fois l'offre acceptée, ce qui limite le pouvoir de négociation des parties. Nous recommandons d'inclure non pas le contrat mais une note ou un projet de contrat qui ne comprendrait pas de dispositions essentielles telles que valeur, délais et autres clauses particulières.

Article 32 : Cet article prévoit que le contrat entrera en vigueur avant que l'offre ne soit approuvée, ce qui va à l'encontre des principes du droit.

EGYPTE

[Original : Arabe]

En ce qui concerne le paragraphe b) de l'article 2, qui définit les mots "entité adjudicatrice", nous sommes en faveur de l'option II pour l'alinéa i) qui se lit comme suit : "Tout département, organisme, organe ou autre service du ('Gouvernement' ...), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...", car le libellé de cet alinéa est plus général que celui de l'option I et couvre donc tous les organismes publics, leurs divisions et

subdivisions et les organes qui leur sont subordonnés, y compris les entreprises du secteur privé dans la mesure où elles ont un lien de subordination avec l'Etat.

Le premier membre de phrase du paragraphe 2 de l'article 6, qui se lit comme suit : "Sous réserve du droit qu'ont les fournisseurs et entrepreneurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels", devrait être supprimé, car ces droits visent en général à protéger les inventeurs ou les auteurs eux-mêmes, à l'exclusion des fournisseurs et des entrepreneurs qui exercent des activités telles que la promotion ou la fourniture de biens et de services, qui constituent l'objet d'un marché.

Il faudrait modifier le paragraphe 6 de l'article 6, concernant les cas où "l'entité adjudicatrice peut exclure un fournisseur ou un entrepreneur", en ajoutant que l'entité adjudicatrice (département) peut le faire si elle constate qu'un marché a été antérieurement conclu avec un fournisseur qui a gravement manqué à ses obligations contractuelles et si elle constate qu'un fournisseur ou un entrepreneur a antérieurement été condamné pour un délit - situation prévue dans la législation égyptienne.

Il conviendrait d'ajouter un nouveau point au paragraphe 1 de l'article 6 concernant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs, indiquant que l'entité adjudicatrice (département) peut, afin de s'assurer de l'intérêt des fournisseurs et des entrepreneurs pour l'appel d'offres, demander un dépôt temporaire conformément à la législation de chaque Etat.

Le paragraphe 5 de l'article 6, selon lequel l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère ... qui entraîne une discrimination à l'encontre ou parmi des fournisseurs et entrepreneurs ou à l'encontre de catégories de fournisseurs et d'entrepreneurs sur la base de la nationalité, devrait être modifié par l'ajout du membre de phrase suivant : ", compte tenu de la disposition du paragraphe 1 de l'article 8 concernant le droit de l'entité adjudicatrice (département) de limiter, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité".

Le libellé de l'article 12 relatif aux "Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs", qui autorise l'entité adjudicatrice (département) à rejeter une offre, devrait être modifié par l'ajout d'une référence aux cas où un fonctionnaire ou un employé de l'entité adjudicatrice s'abstient d'accomplir une tâche que devrait être accomplie, ce qui autorisera l'entité adjudicatrice (département) à rejeter l'offre soumise par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant incité le fonctionnaire ou l'employé de l'entité adjudicatrice à s'abstenir d'effectuer une tâche.

Il conviendrait d'ajouter à l'article une nouvelle phrase faisant référence au droit de l'entité adjudicatrice (département) de rejeter une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur qui propose une incitation à un fonctionnaire de l'entité adjudicatrice, même lorsque le fournisseur ne savait pas que ledit fonctionnaire n'avait pas compétence pour la tâche requise, procédure conforme aux dispositions de la législation égyptienne.

Nous proposons par conséquent de reformuler comme suit l'article 12 :

"L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou l'entrepreneur offre ou promet ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice, que ce fonctionnaire ou cet employé soit ou non compétent, un avantage financier - pécuniaire ou autre - un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour l'inciter à accomplir une tâche ou s'abstenir d'accomplir une tâche qui devrait être accomplie, ou à ne pas s'acquitter des obligations de sa charge."

L'article 42 du projet de Loi type, relatif à la suspension de la procédure de passation du marché en raison de la présentation en temps voulu d'une réclamation, devrait être modifié, étant donné que la suspension de la procédure de passation d'un marché - que ce soit avant ou après la conclusion du marché - résultant de la présentation d'une réclamation ne sera pas conciliable avec l'exécution de marchés importants conclus par le département, exécution qui doit être rapide du fait que ces marchés sont associés à l'intérêt de l'Etat, notamment lorsque entre en jeu le fonctionnement d'un service public. Selon la règle qui s'applique à cet égard dans le droit égyptien, le fonctionnement normal et permanent de services publics exclut l'interruption tant de l'exécution d'un marché que de la procédure de passation d'un marché. En vertu d'une règle établie, un entrepreneur qui a passé un marché avec une entité adjudicatrice (département) ne peut se soustraire à ses obligations en alléguant que l'entité adjudicatrice (département) ne s'est pas acquittée de ses propres obligations contractuelles, sauf si l'entrepreneur ne peut, pour cette raison, remplir ses obligations - puisque, selon la réglementation, l'exécution des décisions concernant des différends administratifs, y compris des marchés, ne peut être suspendue que dans des circonstances exceptionnelles, si le tribunal en décide ainsi ou si l'entrepreneur ne peut remplir ses obligations en raison de la négligence de l'entité adjudicatrice (département) dans l'acquittement de ses propres obligations. Nous proposons par conséquent de modifier comme suit l'article 42 :

"La présentation d'une réclamation en application de l'article 39 n'entraîne la suspension de la procédure de passation du marché que s'il est établi que cette suspension ne sera pas incompatible avec la bonne marche des travaux entrepris par l'entité adjudicatrice et si la réclamation n'est pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs et entrepreneurs."

Nous proposons également, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, de supprimer le paragraphe 2 du même article.

Nous proposons en outre, en ce qui concerne le libellé, de changer les mots "la réclamation ne soit pas futile" au paragraphe 1 de l'article 42 par "la réclamation soit sérieuse".

Il conviendrait de modifier l'article 43 relatif au recours judiciaire, car cette expression peut être comprise différemment dans le projet et dans la législation de certains Etats dont le système juridique prévoit des actions récursoires. Il s'agit là d'un moyen exceptionnel de contestation de

décisions, qui autorise le tribunal compétent à réviser des jugements antérieurs, même lorsqu'ils sont définitifs et exécutoires, si de nouveaux facteurs et de nouvelles circonstances, non connus auparavant, impliquent une modification des décisions rendues par les tribunaux. La disposition figurant dans le projet de Loi type sur la passation des marchés, cependant, a pour objectif de déterminer, dans chaque Etat, quel est le tribunal compétent pour connaître des actions récursoires intentées contre des décisions administratives concernant des marchés publics.

ESPAGNE

[Original : Espagnol]

Après examen du projet de Loi type sur la passation des marchés élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, nous formulons les observations suivantes :

1. Le "projet" analysé, qui s'inspire manifestement, dans ses principes, des directives de la Communauté européenne en matière de marchés publics, semble conçu pour établir des bases uniformes dans le domaine des marchés publics, susceptibles de servir de modèles à tous les Etats (essentiellement d'Europe orientale et d'Afrique) qui, pour une raison ou pour une autre, n'ont pas de réglementation ou d'expérience appropriées en la matière. Etant donné l'importance que revêt la passation de marchés dans tous les pays qui doivent développer ou reconstruire leur économie, le projet a pour objectif d'être un moyen adéquat - grâce à son incorporation dans les législations nationales - de disposer d'une "norme" qui donne aux entreprises de tous les pays la possibilité de participer aux procédures de passation de marchés, avec la meilleure sécurité juridique possible.

Cela dit, il convient de formuler deux observations plus précises : la première pour rappeler que le "projet" n'a pas caractère contractuel et que l'objectif n'est pas de le transformer en traité international; en conséquence, sur le plan formel et juridique, il n'aura, une fois approuvé, aucune force obligatoire pour les Etats : il s'agit uniquement, comme son nom l'indique, d'une Loi type susceptible d'influer sur les législations nationales. Il n'a donc, de ce point de vue, aucune répercussion sur l'Administration espagnole ou, du point de vue du droit international, sur l'Etat espagnol.

On peut noter en second lieu que la "norme" susmentionnée, contenue dans le projet, est donc bien moins rigoureuse que celle des directives communautaires et de la législation espagnole (tant la loi sur les marchés de l'Etat en vigueur que le projet de loi sur les marchés des collectivités publiques), si bien que le projet, outre le fait qu'il n'a pas force obligatoire, n'ajoute rien, sur le fond, à la législation espagnole en vigueur.

2. Pour ce qui est du texte proprement dit du projet, nous formulons les observations suivantes :

2.1. L'article 2 exclut du champ d'application de la loi les contrats de gestion de services publics, se limitant aux contrats de travaux, de fourniture et, dans la mesure où ils sont connexes aux précédents, au

crédit-bail ou à la location-vente et la location. Compte tenu de l'importance des marchés portant sur la gestion de services publics - et en l'absence de motifs particuliers qui en justifient l'exclusion, dont nous n'avons pas connaissance faute d'informations à ce propos - on pourrait inclure ce type de marché dans le projet. La cession partielle de la puissance publique (ainsi que, au sens large, dans une certaine mesure, de la souveraineté) que pourraient impliquer de tels marchés, par lesquels la gestion d'un service est confiée à un tiers, est compensée par les précautions suffisantes prévues dans le projet de Loi type concernant les conditions que doit remplir l'entrepreneur - y compris en matière de nationalité (voir l'article 8-1).

2.2. Il serait possible d'améliorer le libellé de l'article 17 [dans le texte espagnol] en séparant plus clairement les paragraphes a) et b) et la proposition principale se rapportant aux deux, qui actuellement semble faire partie du paragraphe b).

2.3. L'obligation, au paragraphe 2 de l'article 18, de publier les invitations dans un journal de diffusion internationale semble excessivement onéreuse pour les Etats - et même pour les entrepreneurs, s'ils doivent supporter le coût de cette publication. Il devrait être suffisant de faire publier les invitations dans des publications ou journaux officiels appropriés, dont la consultation par des parties intéressées ne peut être considérée comme une tâche trop lourde ou disproportionnée.

3. Pour le reste, nous n'avons aucune observation de fond à formuler concernant le projet qui, comme nous l'avons déjà indiqué, s'inspire des principes concernant les marchés sur lesquels se fonde le droit communautaire et qui sont eux-mêmes communs aux pays les plus évolués en la matière, à l'intérieur comme à l'extérieur de la communauté.

MALAISIE

[Original : Anglais]

1. Le projet de Loi type sur la passation des marchés énonce les règles juridiques de base applicables aux procédures de passation des marchés, notamment aux procédures de sélection de l'entrepreneur ou fournisseur auprès duquel doivent être obtenus les biens, travaux ou services connexes, aux méthodes de passation des marchés et à leurs conditions d'utilisation, aux procédures d'appel d'offres et aux recours des participants lésés par des actes ou décisions de l'entité adjudicatrice qui sont contraires aux règles et procédures applicables. La Loi type a été rédigée de manière à être applicable tant aux marchés nationaux qu'aux marchés internationaux.

2. Le champ d'application de la Loi type se limite aux marchés de biens et de travaux et exclut les marchés de services, à l'exception des services connexes à la fourniture de biens ou aux travaux faisant l'objet du marché. Les entités adjudicatrices auxquelles s'applique la Loi type sont les départements ou organismes de l'Etat et toute autre entité qui sera déterminée par chaque Etat appliquant ladite loi. On notera que, bien que la Loi type vise tous les types de marchés de biens et de travaux de manière à uniformiser

au maximum les lois relatives à la passation des marchés, certains types de marchés ont été exclus, par exemple ceux qui intéressent la sécurité nationale ou la défense nationale. Toutefois, l'entité adjudicatrice pourra appliquer la Loi type aux marchés exclus si elle le souhaite. Afin de promouvoir la transparence, l'attention des entrepreneurs et fournisseurs sera dans ce cas appelée, par le biais du dossier de sollicitation, sur le fait que la Loi type sera applicable.

3. Il est important de noter que la Loi type, dans son préambule, énonce plusieurs objectifs en matière de passation des marchés. Un examen des dispositions de Loi type fait apparaître qu'elles sont structurées de manière à permettre la réalisation de ces objectifs.

4. La Loi type énonce clairement la mutualité des obligations de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs participants. Dans un certain nombre de cas, les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit d'exiger que l'entité adjudicatrice se conforme à la loi. A ce propos, le chapitre V de la Loi type donne aux fournisseurs et aux entrepreneurs un droit de recours au cas où l'entité adjucatrice ne se serait pas conformée à la législation des marchés. Par contre, l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre et le fournisseur ou entrepreneur ne pourra dans ce cas se faire rembourser par l'entité adjudicatrice les frais d'établissement et de soumission d'une offre (article 30).

5. Afin d'atteindre l'objectif de la transparence, la Loi type énonce clairement les règles et procédures à suivre par l'entité adjudicatrice et par les fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés. En vertu de l'article 6, par exemple, l'entité adjudicatrice est tenue d'énoncer dans la documentation de présélection les conditions régissant les qualifications des fournisseurs et des entrepreneurs. L'entité adjudicatrice est également tenue, en vertu de l'article 11, d'établir un procès-verbal de la procédure de passation des marchés où figurent tous les éléments d'information énumérés dans ledit article. La Loi type énonce également clairement les procédures à suivre par l'entité adjudicatrice pour la sollicitation d'offres, ainsi que la teneur requise des dossiers de sollicitation.

6. Afin de promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la Loi type énonce des procédures visant à promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs et à instaurer un climat favorable à la participation à la passation des marchés. La méthode préconisée par la Loi type est l'appel d'offres. Les dispositions relatives à l'appel d'offres sont clairement énoncées au chapitre III de la Loi type. D'autres méthodes telles que la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, la sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique peuvent certes être utilisées, mais elles ne doivent l'être que dans des circonstances précises. La Loi type a énoncé certains critères permettant à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode la plus appropriée dans un cas donné. Une fois qu'elle a décidé d'appliquer une méthode donnée, l'entité adjudicatrice doit se conformer aux règles relatives à cette méthode énoncées dans la Loi type.

7. Pour ce qui est de l'objectif consistant à encourager, le cas échéant, la participation à la procédure de la passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs de toutes nationalités, la Loi type dispose à l'article 8 que les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité. L'entité adjudicatrice ne pourra limiter la participation sur la base de la nationalité que pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives.

8. La Loi type donne, au chapitre V, un droit de recours aux participants à la procédure de passation des marchés qui ont été lésés par des actes ou décisions de l'entité adjudicatrice contraires à la loi. Ces dispositions sont nécessaires afin de promouvoir la confiance en la procédure et l'intégrité de cette dernière. On notera que la détermination de l'instance compétente pour connaître un tel recours dépendra de la structure juridique et administrative de l'Etat. Aussi la Loi type propose-t-elle des variantes de caractère général entre lesquelles un Etat pourra choisir celle qu'il veut appliquer. Ainsi, les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre l'article 40 relatif au recours administratif et ne conserver que l'article 43 qui concerne le recours judiciaire.

9. Compte tenu des paragraphes ci-dessus, l'adoption par la Malaisie de la Loi type sur la passation des marchés suppose que les objectifs de sa politique en matière de passation des marchés soient conformes aux objectifs énoncés dans la Loi type. En effet, les dispositions de la Loi type sont structurées de manière à permettre la réalisation de ces objectifs. Comme il a déjà été noté ci-dessus, les dispositions de la Loi type sont "transparentes" en ce sens que les règles et procédures à suivre par l'entité adjudicatrice et par les participants sont portées à la connaissance des fournisseurs et entrepreneurs participants. Cette participation ne devrait pas, sauf disposition contraire expresse de la législation et de la réglementation applicables aux marchés, être limitée à une certaine nationalité seulement. En outre, afin de promouvoir l'économie dans la passation des marchés, tous les fournisseurs et entrepreneurs intéressés devraient être autorisés à se concurrencer pour la fourniture de biens ou de travaux et la Loi type dispose que la procédure d'appel d'offres est la méthode privilégiée de passation des marchés.

10. Même si la Malaisie choisit de ne pas adopter la Loi type, elle pourra se fonder sur elle pour restructurer ou améliorer sa législation et ses procédures de passation des marchés. On notera toutefois que, si la Loi type est adoptée par d'autres pays, cela permettra de renforcer la confiance en la passation des marchés à l'échelon international, ce qui aurait pour effet de favoriser le commerce international.

POLOGNE

[Original : Anglais]

Article 2 : La liste n'est pas complète. Il conviendrait de tenir compte des marchés de services (services d'experts ou analyse, par exemple).

Article 8 : La participation à une procédure de passation de marchés ne peut être limitée que selon des critères de citoyenneté et non des critères de nationalité (au sens de l'appartenance à une communauté ethnique ou à une nation).

TRINITE-ET-TOBAGO

[Original : Anglais]

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

Modifier le paragraphe 7 pour qu'il se lise comme suit :

> "Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection, un fournisseur ou un entrepreneur affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas fourni la preuve qu'il est qualifié conformément au paragraphe 2 du présent article, s'il s'engage à fournir cette preuve dans les sept (7) jours suivant une demande émanant de l'entité adjudicatrice, et si on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit en mesure de le faire."

Article 7. Procédure de présélection

Modifier la première phrase du paragraphe 4 pour qu'elle se lise comme suit :

> "L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou d'un entrepreneur dans un délai de sept (7) jours."

Modifier la première phrase du paragraphe 7 pour qu'elle se lise comme suit :

> "L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés leur classement et le nombre de points attribués au titre de chaque critère."

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

Modifier la première ligne du paragraphe 3 pour qu'elle se lise comme suit :

> "La partie du procès-verbal visée aux alinéas c), e), f) et g) du ..."

Article 21. Teneur du dossier de sollicitation

Modifier l'alinéa x) en insérant après les mots "ainsi que" et avant les mots "l'approbation" à la troisième ligne, les mots ", s'il y a lieu".

Article 25. Soumission des offres

Modifier le paragraphe 5 en ajoutant à la fin les mots ", après l'ouverture des offres".

Article 28. Ouverture des offres

Modifier le paragraphe 2 en ajoutant à la fin la nouvelle phrase ci-après :

"En outre, d'autres personnes peuvent être autorisées, en fonction des places disponibles."

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Modifier l'alinéa b) du paragraphe 1 pour qu'il se lise comme suit :

"Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice indique les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre. L'entité adjudicatrice en avise le fournisseur ou l'entrepreneur qui a soumis l'offre."

Remplacer l'alinéa b) du paragraphe 3 par le texte suivant :

"Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise en modifie le prix pour quelque raison que ce soit."

Ajouter, à la fin du paragraphe 5, les mots ", monnaie qui est indiquée par l'entité adjudicatrice".

Article 34. Sollicitation de propositions

Supprimer à l'alinéa c) du paragraphe 4 les mots "exprimés dans la mesure du possible en termes pécuniaires,".

TURQUIE

[Original : Anglais]

Article 2. Définitions

Etant donné le champ d'application et le caractère international du projet de Loi type, il conviendrait de remanier cet article de façon à y définir les mots "location" et "crédit-bail ou location-vente" mentionnés à l'alinéa a).

Article 18. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

Il conviendrait de prévoir pour les réponses aux invitations à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, une date limite pourrait être déterminée conformément aux usages internationaux.

Article 27. Garanties de soumission

Il serait utile d'ajouter un paragraphe visant à établir, comme condition préalable à la participation à une procédure de passation d'un marché, "un certain pourcentage de la valeur de l'offre pour garantir la soumission".

Il serait aussi utile de définir l'expression "dossier de sollicitation".

YOUGOSLAVIE

[Original : Anglais]

Remarques générales

Le projet de Loi type sur la passation des marchés comporte des dispositions qui seront très utiles dans de nombreux pays - notamment ceux qui ont besoin de technologie, de savoir-faire, de matériel et de biens d'équipement internationaux. Néanmoins, le projet dans son ensemble est orienté à l'excès sur la participation de fournisseurs et entrepreneurs internationaux et les exceptions en faveur des fournisseurs et entrepreneurs nationaux sont vraiment marginales. Dans de nombreux pays, la situation exigera souvent que l'on recrute des entrepreneurs et fournisseurs nationaux - vu notamment la pénurie de ressources financières dans de nombreux pays en développement.

Il y a disproportion dans le projet entre la partie consacrée aux dispositions de fond et celle qui traite des recours. La partie relative aux procédures de recours ne comporte que cinq articles - dont certains sont rudimentaires (voir par exemple l'article 43; dans de nombreux pays, le recours judiciaire serait en fait la seule solution au cas où une méthode illégale aurait été appliquée). C'est pourquoi il est proposé :

a) De supprimer entièrement la partie traitant de la question des recours; ou

b) De soumettre cette question à la loi applicable; ou

c) De détailler davantage certains des droits que pourrait avoir la partie lésée au cas où l'entité adjudicatrice commettrait un acte illégal entraînant une perte ou un préjudice pour les fournisseurs et entrepreneurs.

De nombreuses dispositions du projet sont trop détaillées (voir, par exemple, l'article 21 qui énumère les renseignements que doit comporter le dossier de sollicitation).

On peut se demander pourquoi le chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes, art. 13 à 16) n'est pas rattaché au chapitre IV (Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, art. 33 à 37). Il y a sans doute de bonnes raisons à cela, mais, pour le lecteur et l'utilisateur de la Loi type, il serait mieux que les dispositions pertinentes soient réunies. Si cette remarque était considérée comme justifiée, le seul article à déplacer serait l'article 13, qui serait sans doute mieux placé au chapitre III qui traite de la procédure d'appel d'offres.

Remarques particulières

Article 2. Définitions

L'option II pour l'alinéa i) est meilleure, car elle est plus détaillée et serait utile notamment dans les cas où il n'est pas facile de déterminer qui entre dans le cadre de la définition de l'"entité adjudicatrice". Si cette option est retenue par la majorité, il faudrait alors supprimer les parenthèses entourant l'alinéa ii).

Par ailleurs, on peut se demander pourquoi la définition de l'"entité adjudicatrice" n'est pas simplifée. Une définition unique pourrait englober tous les organes et entités (entreprises) publics que l'Etat adoptant la Loi type définit comme entités adjudicatrices (auquel cas les alinéas i) et ii) pourraient être fusionnés en une définition unique).

Une définition simplifiée serait de l'intérêt d'un Etat adoptant la Loi type, car les organes, départements ou autres services gouvernementaux soumis à la Loi type peuvent varier d'un Etat à l'autre; aussi l'Etat devrait-il être totalement libre de déterminer quelles entités sont des "entités adjudicatrices" aux fins de la Loi type.

Article 12. Incitations proposées par des fournisseurs et entrepreneurs

Cet article est bien rédigé et devrait être conservé dans la Loi type. Son utilité est évidente et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Il devrait même être complété par un autre paragraphe disposant que, si une pratique illégale est découverte, l'ensemble de la procédure sera annulé et une nouvelle procédure entamée. La deuxième phrase de l'article 12 est insuffisante à cette fin.

On pourrait répondre à cela qu'il existe une disposition au paragraphe 3 e) de l'article 40, mais on devrait reprendre cette idée à l'article 12 également.

Article 17. Appel d'offres national

Puisque la Loi type dans son ensemble vise en fait les appels d'offres internationaux, l'article 17 ne devrait pas commencer par décrire un cas considéré comme une exception plutôt que la règle. Nous ne suggérons pas que l'on supprime cette disposition, car elle est très importante pour tous les Etats, mais peut-être devrait-elle faire l'objet d'un article distinct, après un article qui soulignerait le principe énoncé dans le préambule, à savoir que la procédure d'appel d'offres doit s'adresser à tous les participants "sans distinction de nationalité". Puisque l'objectif suprême de la Loi type est de promouvoir le commerce international, ce qui est d'ailleurs la tâche de la CNUDCI, l'appel d'offres national devrait être considéré comme une exception et cela devrait ressortir de la structure des articles pertinents.

Article 29. Examen, évaluation et comparaison des offres

Selon le paragraphe 2 b), "l'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas matériellement les caractéristiques ... énoncées dans le dossier

de sollicitation ...". Sans mettre en doute la nécessité d'une telle disposition, nous noterons toutefois qu'elle donne une latitude importante à l'entité adjudicatrice, qui pourra considérer une offre comme conforme, même dans les cas où les écarts sont plus que "mineurs". La disposition devrait être conservée, car elle contribuera à la bonne marche de la procédure d'appel d'offres et, dans la pratique, les abus de pouvoir de l'entité adjudicatrice en la matière sont rares, mais il faudrait appeler l'attention sur les possibilités d'abus dans un commentaire.

Article 30. Rejet de toutes les offres

Selon le droit yougoslave des obligations, le rejet de toutes les offres "si le dossier de sollicitation le prévoit" ne sera pas considéré comme un appel d'offres réel, mais plutôt comme un appel d'offres conditionnel. Toutefois, puisque cette règle figure dans de nombreux dossiers de sollicitation, elle devrait être conservée dans la Loi type. Le fait que l'entité adjudicatrice ne soit pas tenue de justifier les motifs de son rejet est clair et ne saurait être remis en cause. Nous suggérons toutefois que l'on explique clairement ce droit de l'entité adjudicatrice dans un commentaire.

Article 31. Négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs

Cet article devrait être modifié de manière à interdire à l'entité adjudicatrice de négocier avec un fournisseur ou entrepreneur avant que l'offre ne soit acceptée, tout en reconnaissant que des négociations ultérieures sont nécessaires et utiles pour les deux parties. L'idée sur laquelle se fonde l'article est claire, mais peut-être de légères modifications permettraient d'établir une distinction entre la période précédant l'acceptation de l'offre et la période la suivant.

Articles 40 et 43. Recours administratif et judiciaire

Notre remarque générale (que nous avons déjà mentionnée plus haut) est la suivante : l'ensemble de cette section concernant la procédure de recours n'est pas suffisant pour protéger comme il convient les parties contre toute procédure illégale. C'est pourquoi (malgré les difficultés que cela risque d'entraîner) il faudrait s'efforcer de définir les "actes (ou procédures) illégaux" au sens de la Loi type. Si cela se révèle trop difficile, peut-être un commentaire pourrait-il donner des exemples de tels actes. Il est donc proposé :

a) De définir les "actes (ou procédures) illégaux";

b) De définir les circonstances dans lesquelles une instance administrative ou un tribunal ont le droit d'annuler la procédure de passation des marchés;

c) De spécifier quand et dans quels cas l'instance administrative ou un tribunal peuvent décider d'un dédommagement et si le dédommagement doit être accordé à tous les participants ou seulement à ceux qui ont subi un préjudice du fait de l'acte illégal.