



Assemblée générale

Distr. générale
18 mai 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 7 (suite du document A/CN.9/731/Add.1) à 15 du chapitre I (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 7. Communications dans la passation des marchés

[suite du document A/CN.9/731/Add.1]

12. La Loi type n'aborde pas la question des droits d'accès et d'utilisation des systèmes d'information de l'entité adjudicatrice. Cette question est laissée à l'État adoptant, qui décide en tenant compte des circonstances locales. Ces circonstances peuvent évoluer dans le temps et influencer sur la politique de l'État adoptant en la matière. L'État adoptant devrait évaluer avec soin dans quelle mesure une redevance influe sur l'accès des fournisseurs et entrepreneurs au marché, afin de préserver les objectifs de la Loi type tels que favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation, ainsi que promouvoir la concurrence. Dans l'idéal, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes d'information de l'entité adjudicatrice et leur utilisation. S'il en est demandé une, elle devrait être transparente, justifiée, raisonnable et proportionnée, et ne devrait entraîner aucune discrimination ni restriction en ce qui concerne l'accès à la procédure de passation.

13. L'objectif du paragraphe 5 de l'article (qui exige des mesures appropriées garantissant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations) est de renforcer la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la fiabilité de la procédure de passation, notamment pour ce qui est du traitement des informations commerciales. Cette confiance dépendra du sentiment qu'auront les utilisateurs que des garanties appropriées existent pour ce qui est de la sécurité du système d'information utilisé, de la préservation de l'authenticité et de l'intégrité des informations transmises au moyen de ce système et d'autres facteurs dont chacun fait l'objet de différents règlements et solutions techniques. D'autres aspects et branches du droit entrent en jeu, en particulier ceux touchant le commerce électronique, la gestion des dossiers, la procédure judiciaire, la concurrence, la protection des données et la confidentialité, la propriété intellectuelle et les droits d'auteur. La Loi type et les règlements en matière de passation des marchés pouvant être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type ne représentent par conséquent qu'une petite partie du cadre législatif pertinent. En outre, la fiabilité de la procédure de passation devrait être abordée dans un cadre général de bonne gouvernance traitant des questions de personnel, de gestion et d'administration dans l'entité adjudicatrice et dans l'ensemble du secteur public.

14. Les solutions techniques et juridiques visant à garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité peuvent varier selon les circonstances et les contextes. En les élaborant, il convient de tenir compte de leur efficacité mais aussi de l'effet discriminatoire ou anticoncurrentiel qu'elles pourraient avoir, notamment dans le contexte international. L'État adoptant doit s'assurer au moins que les systèmes sont configurés de manière à pouvoir y effectuer un examen et un audit indépendants et en particulier vérifier quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui et quand, y compris la durée de la communication, et que le système peut reconstituer la suite des événements. Le système doit offrir une protection suffisante contre toute action non autorisée visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. Il faut mettre en place des technologies permettant d'atténuer le risque de perturbations d'origine humaine ou autre. Pour renforcer la confiance dans la procédure de passation et la transparence de celle-ci, les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs potentiels devraient être précisées à ces derniers dès le début de la procédure de passation ou portées à la connaissance du public. Le système doit garantir aux fournisseurs et entrepreneurs l'intégrité et la sécurité des données qu'ils soumettent à l'entité adjudicatrice et la confidentialité des informations qui devraient être traitées comme confidentielles et leur garantir également que les informations qu'ils soumettent ne seront pas utilisées de manière inappropriée. Une autre question liée à la confiance est celle de la propriété des systèmes et de l'appui qui leur est fourni. Toute intervention de tiers doit être traitée avec soin afin que les arrangements pris n'ébranlent pas la confiance des fournisseurs et entrepreneurs ni du public en général dans la procédure de passation. (D'autres points intéressant les dispositions de l'article 7 sur la forme et les moyens de communication sont examinés dans le commentaire des articles 39 et 41 du présent Guide)¹.

15. Outre les exigences concernant la forme et les moyens de communication, cet article traite des mesures et prescriptions que l'entité adjudicatrice peut imposer dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées pour assurer la protection de ces informations au niveau requis. Les dispositions en ce sens se trouvent au paragraphe 3 b). Par exemple, il est courant, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, que ces informations figurent dans un appendice au dossier de sollicitation, qui n'est pas rendu public. Toute mesure de cet ordre, toute autre exception aux règles de transparence de la Loi type ou toute autre mesure destinée à protéger des informations classifiées doit être signalée au début de la passation, conformément au paragraphe 3 de cet article. (Pour la définition de l'expression "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" et le commentaire s'y rapportant, voir l'article 2 j)).

16. Il convient d'établir une distinction entre les mesures et prescriptions visées au paragraphe 3 b) et les mesures visées au paragraphe 5 de cet article. Ces dernières font référence aux conditions et mesures générales s'appliquant à toute passation, qu'elle mette ou non en jeu des informations classifiées, alors que le paragraphe 3

¹ Le texte ci-dessus et le commentaire se rapportant à d'autres dispositions pertinentes de la Loi type pourraient devoir être modifiés compte tenu de l'évolution survenue récemment dans le domaine du commerce électronique, en particulier en ce qui concerne la gestion de l'identité, qui pourrait être portée à l'attention de la CNUDCI.

b) concerne les exigences et mesures techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se conformer pour assurer l'intégrité des informations classifiées, telles que les exigences de cryptage. Elles permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser par exemple le niveau de l'agent chargé de recevoir les informations concernées. Ces prescriptions et mesures ne seraient autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant que dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées et seulement pour ce type d'informations, à l'exclusion des autres informations que l'entité adjudicatrice pourrait choisir de protéger à sa discrétion.

[Il est prévu d'inclure une liste de toutes les règles de transparence de la Loi type auxquelles une dérogation peut se justifier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées.]

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. L'article 8 précise les motifs pour lesquels l'entité adjudicatrice peut restreindre la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché (par. 1 et 2) et prévoit les garanties procédurales qui entrent en jeu lorsqu'une telle restriction est imposée (par. 3 à 5). Toute restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation restreint les échanges et peut contrevenir aux engagements pris par les États dans le cadre des instruments internationaux pertinents tels que [l'AMP de l'OMC].

2. Les paragraphes 1 et 2 précisent que les motifs de restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché se limitent à ceux qui figurent dans les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Alors que le paragraphe 1 concerne la restriction au motif de la nationalité, le paragraphe 2 est ouvert en ce qui concerne la nature du motif pouvant se trouver dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Les politiques socioéconomiques de l'État adoptant peuvent comporter des restrictions fondées sur les motifs énoncés dans l'un ou l'autre de ces paragraphes mais les dispositions elles-mêmes ne se limitent pas aux questions socioéconomiques: d'autres questions intéressant l'État, telles que la sûreté et la sécurité, peuvent justifier ces restrictions.

3. Le paragraphe 1 ne vise pas uniquement la "passation de marché national" au sens où seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, tels que définis par l'État adoptant, seraient autorisés à participer à la procédure de passation (la passation de marché national éteignant l'obligation de sollicitation internationale visée à l'article 32). Il peut s'agir de la passation d'un marché international dont seules certaines nationalités sont exclues, par exemple lorsque le droit international public impose à l'État adoptant d'éviter de traiter avec des personnes d'un État faisant l'objet de sanctions internationales.

4. Le paragraphe 2 vise les situations où la restriction de la participation à la procédure de passation se fonde entièrement ou partiellement sur d'autres motifs, telles que la mise en œuvre de programmes réservés aux petites et moyennes

entreprises ou aux entreprises de zones défavorisées. Il peut s'appliquer comme le paragraphe 1 à la passation de marchés nationaux (par exemple une passation ouverte uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs des régions défavorisées du même État), ou à la passation de marchés internationaux limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple les personnes handicapées)².

5. Si l'entité adjudicatrice se fonde sur un des motifs prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation pour restreindre la participation à une procédure de passation, le paragraphe 3 lui impose de faire une déclaration en ce sens au début de la procédure. Cette déclaration doit être publiée de la même manière et au même endroit que les informations originales concernant la procédure de passation, telles que l'invitation à participer à la procédure (par exemple à la préqualification ou à l'enchère) ou l'avis de passation de marché visé à l'article 33, et en même temps que celles-ci. Pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, cette déclaration ne peut être modifiée ultérieurement.

6. Les paragraphes 4 et 5 contiennent d'autres garanties procédurales. Le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision, en indiquant en particulier la source juridique du motif invoqué pour restreindre la participation. Le paragraphe 5 dispose que la même information doit être fournie à tout membre du public qui en fait la demande

(Voir aussi les paragraphes ... de la première partie du Guide).

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Cet article vise à: dresser une liste exhaustive de critères que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché (par. 2); réglementer d'autres conditions et procédures qu'elle peut imposer à cette fin (par. 3 à 7); et énumérer les motifs de disqualification (par. 8). Ces dispositions visent à limiter la possibilité pour les entités adjudicatrices de formuler des exigences ou des critères trop stricts concernant les qualifications et de limiter en les appliquant le nombre de participants, aux fins notamment de réduire leur propre charge de travail.

2. Cet article vise également à empêcher que la procédure de qualification ne soit détournée pour restreindre l'accès au marché au moyen de barrières cachées (que ce soit au niveau national ou international). Des exigences concernant des licences particulières, des diplômes peu courants, une présence en personne ou une expérience appropriée peuvent se justifier dans le cas d'une passation donnée ou

² Il a été suggéré au sein du Groupe de travail que le Guide souligne que cet article vise des mesures clairement discriminatoires autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, mais que dans la pratique certaines mesures peuvent avoir un effet involontaire tout aussi discriminatoire à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs, que ce soit sur le plan national ou international (par exemple, imposer l'utilisation de la langue parlée uniquement par la minorité au pouvoir dans un État, ou des exigences techniques reflétant des normes en usage dans une seule région du pays ou un seul pays de la région) (voir A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1, note 47). Il convient de préciser à quel endroit du Guide figurerait cette déclaration.

être le signe d'une tentative de fausser la participation en faveur d'un fournisseur ou entrepreneur ou d'un groupe de fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions sont donc souples et le risque d'utilisation malveillante est atténué par les dispositions du paragraphe 2 sur la transparence, qui permettent d'évaluer la pertinence d'exigences données. Il serait particulièrement préoccupant que des exigences superflues utilisées de manière occulte pour limiter la participation des fournisseurs étrangers créent directement ou indirectement une discrimination à leur encontre (si par exemple la restriction autorisée en vertu de l'article 8 n'est pas explicitement invoquée, comme l'explique le commentaire des paragraphes 2 e) et 6), ci-après).

3. Comme il est dit au paragraphe 1 de cet article, les dispositions de celui-ci peuvent s'appliquer à tous les stades de la procédure de passation de marché. L'évaluation des qualifications peut se faire: i) au début de la procédure, lors de la préqualification visée à l'article 17 ou de la présélection visée à l'article 48-3; ii) lors de l'examen des soumissions (voir par exemple l'article 42-3 a), qui dispose qu'une offre peut être rejetée au motif que le fournisseur n'est pas qualifié); iii) à tout autre moment de la procédure de passation où les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont priés de justifier à nouveau de leurs qualifications (voir le paragraphe 8 d) de cet article et le commentaire au paragraphe ... ci-après); et iv) à la fin de la procédure de passation, lorsque seules les qualifications du fournisseur ou entrepreneur retenu sont évaluées (voir art. 56-2) ou lorsqu'il est prié de justifier à nouveau de ses qualifications (art. 42-6).

4. L'évaluation des qualifications au début de la procédure, à la préqualification ou à la présélection, peut s'avérer utile pour certaines passations mais peut aussi avoir pour effet de limiter la concurrence et l'entité adjudicatrice ne doit donc y recourir qu'en cas de nécessité: la Loi type encourage une concurrence ouverte à moins qu'il n'y ait une raison de limiter la participation. Les dispositions du chapitre VIII de la Loi type permettent de contester les décisions de disqualification rendues au début de la procédure de passation mais seulement si le recours est soumis avant la date limite de présentation des soumissions. Ce délai limité, assorti de dispositions plus strictes sur la suspension de la procédure de passation, garantit que la procédure de passation ne sera pas perturbée aux stades ultérieurs pour des motifs sans rapport avec ceux-ci.

5. Le paragraphe 2 énumère les critères de qualification pouvant être utilisés dans le processus. Ces critères doivent être pertinents et appropriés par rapport à l'objet du marché. L'entité adjudicatrice ne doit pas appliquer l'ensemble des critères énumérés au paragraphe 2 mais se limiter à ceux qui sont appropriés aux fins de la passation considérée. Elle doit préciser dans les dossiers de préqualification, de présélection et de sollicitation les critères qui seront utilisés, ce qui permet d'évaluer leur pertinence mais aussi de les contester avant la conclusion du marché.

6. L'exigence du paragraphe 2 a) selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir les "équipements et autres moyens matériels nécessaires" ne vise pas à restreindre la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et moyens nécessaires mais peuvent cependant s'assurer que leurs sous-traitants ou leurs partenaires les mettront à leur disposition aux fins de l'exécution du marché.

7. Au paragraphe 2 b), la mention des “autres” normes vise à indiquer que l’entité adjudicatrice devait être en droit de s’assurer, par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises et d’imposer une habilitation en matière de sécurité ou de tenir compte des aspects environnementaux, si nécessaire. Les normes environnementales en particulier pouvant avoir pour effet d’exclure des fournisseurs étrangers (si elles varient d’une région à l’autre), l’État adoptant voudra peut-être formuler des règles ou des orientations sur l’application de ces normes afin que les entités adjudicatrices puissent les appliquer sans s’exposer à des procédures de recours. Il s’agit ici des normes et processus généralement appliqués par les fournisseurs ou entrepreneurs et non des caractéristiques environnementales de l’objet du marché (qui font l’objet du commentaire des articles 10 et 11 ci-dessous)³.

8. Il convient d’appliquer le paragraphe 2 e) en ayant à l’esprit l’effet discriminatoire qu’il pourrait avoir sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne disposant pas d’une présence permanente (filiale, bureau de représentation ou succursale) dans l’État adoptant. Les fournisseurs étrangers ne seront généralement pas tenus de payer des impôts ou des cotisations sociales dans l’État adoptant; l’article 8 interdit à l’entité adjudicatrice d’imposer des conditions autres que celles prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d’autres dispositions de la législation de l’État adoptant, et qui auraient pour effet d’empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation.

9. Le paragraphe 2 f) de l’article 9 fait référence à la disqualification de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la suite d’une procédure administrative de suspension ou d’exclusion. Une telle procédure administrative – dans laquelle le fautif présumé devrait bénéficier du droit à une procédure régulière et notamment de la possibilité de réfuter les accusations – est couramment utilisée pour suspendre ou exclure des fournisseurs ou entrepreneurs reconnus coupables d’une faute (états financiers faux ou trompeurs, fraude ...). Il est à noter que la Loi type laisse à l’État adoptant le soin de fixer la période durant laquelle une infraction pénale telle que celles visées au paragraphe 2 f) devrait priver un fournisseur ou entrepreneur de la possibilité d’entrer en ligne de compte pour un marché⁴.

10. Le paragraphe 3 permet à l’entité adjudicatrice d’exiger des fournisseurs ou entrepreneurs les pièces ou autres renseignements pertinents prouvant qu’ils satisfont aux critères figurant dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Il peut s’agir de rapports annuels vérifiés (attestant de ressources financières), d’inventaires d’équipements et autres moyens matériels, d’autorisations à entreprendre certains types d’activités ou de certificats

³ Il convient peut-être d’inclure ici l’examen des programmes réservés et de préciser notamment qu’ils sont considérés comme moins efficaces que les préférences puisqu’ils n’encouragent pas le développement local. Les considérations pertinentes sont soulevées dans le projet de première partie du Guide (voir en particulier les paragraphes 97 à 103 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.2).

⁴ Il a été suggéré à la dix-septième session du Groupe de travail que le Guide mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d’exclusion (A/CN.9/687, par. 50). Il convient d’examiner cette suggestion à la lumière des délibérations que le Groupe de travail a tenues à sa vingtième session quant à savoir dans quelle mesure il était souhaitable de faire référence dans le Guide à la réglementation des banques multilatérales de développement sur diverses questions liées à la passation des marchés.

de conformité aux normes applicables, confirmant leur capacité juridique. En fonction de l'objet du marché et du stade de la procédure de passation auquel les critères de qualification sont évalués, une simple déclaration du fournisseur ou entrepreneur peut suffire. Une telle déclaration peut suffire par exemple à l'ouverture d'une enchère électronique inversée en tant que procédure autonome s'il est prévu que les qualifications du fournisseur retenu seront vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Les exigences concernant les pièces ou autres renseignements pertinents doivent s'appliquer de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et se justifier objectivement compte tenu de l'objet du marché (voir par. 4 et 6 de l'article).

11. Le paragraphe 4 dispose que l'ensemble des critères et conditions concernant l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs doivent être énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Dans certains pays, des conditions de qualification standard se trouvent dans les règlements en matière de passation de marchés et les dossiers de qualification, de présélection ou de sollicitation peuvent simplement renvoyer à ces règlements. Aux fins de la transparence et de l'égalité de traitement, la Loi type exige que toutes les exigences figurent dans les documents pertinents; ceux-ci peuvent toutefois satisfaire aux exigences du paragraphe 4 en renvoyant aux conditions de qualification figurant dans des textes juridiques transparents et aisément disponibles (par exemple au moyen d'hyperliens).

12. Le paragraphe 6 interdit toute mesure qui pourrait avoir un effet discriminatoire dans l'évaluation des qualifications ou ne se justifie pas objectivement, à moins qu'elles ne soient expressément autorisées par la législation de l'État adoptant. Malgré cette interdiction dans la Loi type, certaines mesures pratiques telles que le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent conduire à des discriminations à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux.

13. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, le paragraphe 7 interdit d'imposer des conditions concernant l'authentification⁵ des pièces fournies à l'appui des qualifications à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs que celui qui a présenté la soumission retenue. Ces exigences doivent être prévues dans la législation de l'État adoptant concernant l'authentification des documents de ce type. Cet article n'exige pas l'authentification de tous les documents fournis par le fournisseur ou entrepreneur gagnant. Au contraire, il reconnaît que les États ont une législation en la matière et pose le principe qu'aucune formalité supplémentaire ne devrait être imposée en ce qui concerne la procédure de passation de marchés.

14. Le paragraphe 8 d) prévoit que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés seront confirmées à un stade ultérieur de la procédure de passation, tel que l'examen des soumissions. L'entité adjudicatrice peut ainsi s'assurer que les renseignements fournis par un fournisseur ou entrepreneur en vue de la qualification au moment de la présélection restent valables et exacts. Les conditions de procédure visent à garantir à la fois les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs, qui devront être traités équitablement, et de l'entité adjudicatrice, qui ne conclura de marché qu'avec un fournisseur ou entrepreneur qualifié. Dans la plupart des passations de marchés (sauf peut-être les passations longues et

⁵ Il convient d'envisager la nécessité d'inclure ici une explication du terme "authentification".

complexes à phases multiples), l'application de ces dispositions devrait se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, comme le prévoient les articles 42-6, 42-7 et 56-2 de la Loi type.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre⁶

1. L'article 10 souligne qu'il importe que l'objet du marché soit décrit de manière claire, précise, complète et objective dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation; elle leur permet de formuler et de présenter des soumissions répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et de prévoir les risques et les coûts de leur participation à la procédure de passation et de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. De plus, une description bien préparée de l'objet du marché permet d'évaluer et de comparer les offres sur une même base, ce qui est une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Elle favorise en outre la transparence et réduit les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires ou abusifs de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle selon laquelle la description de l'objet du marché devrait être formulée de manière à ne favoriser aucun fournisseur ou entrepreneur augmentera la probabilité qu'un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs puisse répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation des marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent (et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique).

2. Les exigences minimales mentionnées au paragraphe 1 visent également à couvrir les seuils prévus dans les dispositions régissant la procédure de demande de propositions. La référence du paragraphe 4 aux caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou aux caractéristiques de performance peut également inclure des caractéristiques relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant⁷.

3. Conformément au paragraphe 4 de cet article, un nom de marque ne devrait être mentionné dans une sollicitation qu'en cas d'absolue nécessité et la sollicitation

⁶ Il convient peut-être d'enrichir le commentaire de cet article et d'y examiner en particulier les questions suivantes: l'expression "ou l'équivalent"; l'utilisation de spécifications de performance ou de spécifications techniques dans la demande de propositions, dans les méthodes de passation fondées sur l'appel d'offres, et les avantages et inconvénients des deux approches; et la manière d'atteindre les objectifs de l'évaluation comparative par exemple lorsque plusieurs conceptions sont proposées.

⁷ Il a été suggéré au sein du groupe de travail que le Guide explique la manière dont les facteurs socioéconomiques peuvent être pris en compte dans la description de l'objet du marché et l'établissement des conditions du marché ou d'un accord-cadre. Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur la portée du commentaire, qui pourrait porter par exemple sur l'utilisation d'exigences appropriées et pertinentes par référence aux normes nationales, afin d'éviter que la souplesse à cet égard ne puisse ponctuellement donner lieu à une utilisation abusive, sur l'interaction des exigences socioéconomiques pouvant s'appliquer aux articles 9, 10 et 11 et sur l'utilisation des mécanismes de transparence aux fins de l'objectivité du processus. Voir aussi les indications se rapportant aux articles 9 et 11.

devrait alors préciser les caractéristiques principales de l'objet recherché et indiquer expressément que l'article portant le nom de marque "ou l'équivalent" peut être proposé.

4. Dans certains pays, des pratiques exigeant que le dossier de préqualification ou de présélection et le dossier de sollicitation indiquent la source servant de référence aux termes techniques employés (telle que le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV)) se sont avérées utiles.

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

1. Cet article énonce les exigences régissant la formulation, la communication et l'application des critères d'évaluation par l'entité adjudicatrice. Les règles principales énoncées aux paragraphes 1 à 6 de cet article sont qu'à l'exception de quelques critères énumérés au paragraphe 4, tous les critères d'évaluation appliqués par l'entité adjudicatrice doivent avoir un lien avec l'objet du marché (voir par. 1). Cette exigence vise à assurer l'objectivité du processus et à éviter que la procédure ne soit faussée au moyen de critères qui favoriseraient un fournisseur ou entrepreneur ou un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Les dispositions sont souples (elles n'énoncent pas une liste exhaustive de critères)⁸ afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'adapter les critères aux circonstances de la passation de marché. Comme on l'a dit plus haut à propos des critères de qualification, les mécanismes de transparence accompagnant les exigences de fond – selon lesquels seuls les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation peuvent être utilisés pour évaluer les soumissions et déterminer quelle est la soumission à retenir – visent à permettre d'évaluer l'objectivité du processus et, si nécessaire, de former un recours⁹.

2. Le principe énoncé au paragraphe 1 selon lequel les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché est fondamental pour garantir le meilleur rapport qualité-prix et juguler les abus. Il contribue également à différencier les critères à appliquer en vertu du paragraphe 2 de cet article des critères exceptionnels ne pouvant être appliqués qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article, comme il est expliqué au paragraphe ... ci-dessous.

3. Le paragraphe 2 énonce une liste indicative de critères d'évaluation, étant entendu que tous les critères ne s'appliqueront pas à l'ensemble des situations et qu'il serait impossible de dresser une liste exhaustive de critères d'évaluation pour tous les types de passation de marchés, aussi générale soit leur formulation. L'entité adjudicatrice peut même appliquer des critères d'évaluation sortant des grandes catégories visées au paragraphe 2 à condition qu'ils répondent à l'exigence énoncée au paragraphe 1: avoir un lien avec l'objet du marché. L'État adoptant voudra peut-être prévoir d'autres règles ou orientations afin d'aider les entités adjudicatrices à concevoir des critères d'évaluation appropriés et pertinents.

⁸ La section du Guide expliquant les révisions apportées au texte de 1994 devra indiquer qu'on s'est écarté de l'approche consistant à fournir la liste complète des critères d'évaluation dans la Loi type (voir article 34-4 de la Loi type de 1994).

⁹ Ce paragraphe devra peut-être être enrichi, notamment par des exemples.

4. Selon les circonstances de la passation de marché, les critères d'évaluation peuvent être très simples, tels le prix et les critères ayant un lien étroit avec celui-ci (quantités, période de garantie, délai de livraison ...) ou très complexes, englobant des considérations socioéconomiques telles que les caractéristiques de l'objet du marché liées à la protection de l'environnement. Le choix de la soumission à retenir sur la base du prix seul est la méthode la plus objective et la plus prévisible mais dans certaines procédures, l'entité ne peut choisir une soumission sur cette seule base ou, quand bien même elle le pourrait, cette solution peut ne pas être appropriée. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "la soumission la plus avantageuse", c'est-à-dire celle retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les alinéas 2 b) et c) donnent des exemples de ces critères additionnels. (Le paragraphe 4 énonce d'autres critères possibles sans lien avec l'objet du marché, expliqués plus en détail au paragraphe ... ci-après) Les critères énoncés au paragraphe 2 c) (expérience, fiabilité et compétence professionnelle et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché) ne s'appliqueraient que dans le cas d'une procédure de demande de propositions. La raison en est que la procédure de demande de propositions s'utilise traditionnellement pour acquérir des "services de type intellectuel" (notamment dans le domaine de l'architecture, du droit, de la médecine ou du génie civil) pour lesquels l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et de gestion des personnes fournissant ce service importent au plus haut point. Il convient de souligner qu'il s'agit ici de critères d'évaluation et non de qualification. Les mêmes caractéristiques pourraient constituer aussi bien des critères de qualification que des critères d'évaluation, mais les premiers sont des exigences minimales, alors que les seconds sont les avantages que l'entité adjudicatrice évalue de manière concurrentielle afin d'attribuer le contrat.

5. L'exigence du paragraphe 3 selon laquelle les critères autres que le prix doivent dans la mesure où cela est faisable être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires vise à permettre une évaluation et une comparaison des soumissions sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions arbitraires. L'expression "dans la mesure où cela est faisable" a été incluse compte tenu du fait que dans certaines procédures de passation de marchés, telles que la procédure de demande de propositions avec dialogue (article 48 de la Loi type), il ne serait pas réaliste ni approprié d'exprimer en termes pécuniaires l'ensemble des critères d'évaluation autres que le prix. L'État adoptant voudra peut-être préciser dans les règlements en matière de passation des marchés comment ces critères doivent être exprimés en termes pécuniaires lorsque cela est faisable.

6. Un groupe spécial de critères autres que le prix comprend ceux énoncés au paragraphe 4, par lesquels l'État adoptant poursuit ses politiques socioéconomiques (voir au [paragraphe] ... ci-dessus la définition de cette expression à l'article 2 n) de la Loi type et le commentaire s'y rapportant). Puisque le paragraphe 4 renvoie à des critères découlant de politiques générales de l'État, il se peut que l'entité adjudicatrice n'ait pas la latitude de décider si elle les prend en considération ou non. Le libellé du paragraphe 4 (autorisent ou exigent) vise donc à couvrir deux situations: celle où les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant laissent l'entité adjudicatrice libre de prendre en compte les critères pertinents et celle où ils l'obligent à le faire. Il est peu probable que ces critères d'application générale soient admis comme critères

d'évaluation au sens du paragraphe 2 puisqu'ils sont généralement sans lien avec l'objet du marché. On peut donner comme exemples la manière dont l'entité adjudicatrice peut éliminer les sous-produits d'un processus de fabrication ou compenser les émissions de carbone découlant de la production des biens et services concernés¹⁰.

7. Les critères sont donc énumérés séparément de ceux visés au paragraphe 2. Ils seront moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux mentionnés au paragraphe 2 (bien que certains d'entre eux, tels que la marge de préférence visée au paragraphe 4 b), pourraient être quantifiables et s'exprimer en termes pécuniaires comme l'exige le paragraphe 3 de cet article). Pour ces raisons, ces critères devraient être considérés comme exceptionnels, comme le veut l'exigence selon laquelle leur application peut faire l'objet d'une condition distincte – que les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant autorisent ou exigent leur prise en compte. En outre, pour ce qui est des marges de préférence, les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir la méthode de calcul. [La méthode de calcul peut consister à appliquer une marge de préférence au prix ou aux facteurs de qualité seulement ou au classement général de la soumission, le cas échéant.¹¹] Les règlements en matière de passation des marchés envisagés fixant les règles de calcul et d'application de la marge de préférence peuvent également énoncer des critères permettant de déterminer quels entrepreneurs ou fournisseurs sont "nationaux" et quels biens sont "produits localement" (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locale minimale) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut différer selon que l'objet du marché consiste en biens, travaux ou services. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumis de l'ensemble des soumissions les droits et taxes d'importation liés à la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus autres que ceux des soumissions devant bénéficier de la

¹⁰ Il faudra peut-être de plus amples indications concernant en particulier la différence entre le recours aux politiques socioéconomiques comme critère d'évaluation ou aux fins d'imposer des restrictions à la participation à la procédure de passation en vertu de l'article 8, comme critère de qualification en vertu de l'article 9 ou comme critère de conformité en vertu de l'article 10 (dans les trois derniers cas, la capacité de suivre les politiques socioéconomiques sera évaluée comme un critère décisif et non en attribuant des points dans le cadre d'une analyse comparative des soumissions). Il est demandé de fournir des exemples au Secrétariat. Un autre point qu'il faudra peut-être développer est la réalisation d'une politique de concurrence à long terme au moyen des critères d'évaluation et la manière dont les accords-cadres en particulier pourraient compromettre une telle politique en provoquant une concentration du marché (par exemple, le fait que l'attribution du dernier contrat de l'accord-cadre pourrait devenir un critère d'évaluation).

¹¹ Il faudra peut-être reformuler le texte entre crochets en fonction du libellé définitif des dispositions pertinentes de la Loi type. Par exemple, si la marge de préférence s'applique à l'ensemble de la soumission, y compris le prix, son incidence sur la qualité est moindre que si elle s'applique au "panier" qualité.

marge de préférence le montant de la marge ou le droit d'importation effectif si celui-ci est inférieur¹².

8. L'utilisation de critères tels que ceux envisagés au paragraphe 4 a) et des marges de préférence visées au paragraphe 4 b) pour l'évaluation des soumissions pourrait être considérée comme exceptionnelle puisqu'elle risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et réduire la confiance en cette procédure. Il convient d'être prudent en fournissant une liste élargie de critères autres que les prix conformément au paragraphe 4 a) ou de circonstances dans lesquelles la marge de préférence visée au paragraphe 4 b) peut être appliquée, compte tenu du risque que ces autres critères peuvent représenter pour les objectifs de la passation des marchés. En énonçant ces critères, il convient d'éviter les catégories trop larges, telles que les considérations environnementales. Par exemple, comme l'envisage déjà le paragraphe 2 b) de cet article, certaines considérations environnementales, telles que le niveau des émissions de carbone, sont liées à l'objet du marché (par exemple s'il s'agit d'automobiles) et l'entité adjudicatrice pourrait donc les envisager en vertu du paragraphe 2 b) même si la prise en compte de telles considérations n'est pas spécifiquement autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si elles ne sont pas ainsi liées à l'objet du marché, elles peuvent toujours être envisagées mais dans le cadre du paragraphe 4 de cet article. Les règlements en matière de passation des marchés et les autres règles ou indications devraient non seulement prévoir les critères mais aussi réglementer ou préciser la manière dont les critères visés au paragraphe 4 devraient être appliqués à une passation donnée pour que cette application se fasse de manière objective et transparente.

9. Comme pour les autres critères d'évaluation, le recours aux critères visés au paragraphe 4 a) ou à la marge de préférence visée au paragraphe 4 b) et leurs modalités d'application doivent être communiqués au préalable dans le dossier de sollicitation conformément aux paragraphes 5 et 6 de cet article. En outre, l'application de tout critère socioéconomique ou de marges de préférence doit figurer au procès-verbal de la procédure de passation de marché et les modalités d'application doivent y être précisées (voir art. 24-1 i) et t)). Ces dispositions sur la transparence sont essentielles pour permettre d'évaluer dans quelle mesure la souplesse conférée par ces articles est utilisée à bon escient; un autre avantage est que le coût d'ensemble de la prise en compte de considérations socioéconomiques peut être comparée avec les avantages qui en découlent. (Voir le paragraphe ... de la première partie du Guide sur les raisons d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence. Voir en outre les paragraphes ... de la première partie du Guide concernant les restrictions que certains traités internationaux et régionaux imposent à leurs États parties en ce qui concerne l'application de critères socioéconomiques aux procédures de passation de marchés, en particulier dans le but d'accorder un traitement préférentiel.)

¹² Il faudra peut-être préciser i) comment une marge de préférence s'applique généralement en pratique, et les avantages et inconvénients des autres solutions possibles; et ii) le lien entre les dispositions sur les marges de préférence figurant à l'alinéa b) et celles sur les politiques socioéconomiques figurant à l'alinéa a), et en particulier l'effet cumulatif qu'elles pourraient avoir (A/CN.9/713, par. 131). Il est demandé de fournir des orientations au Secrétariat.

10. Le paragraphe 5 énonce les informations concernant les critères et procédures d'évaluation qui doivent figurer au minimum dans le dossier de sollicitation. Ces informations minimales sont: i) la base du choix de la soumission à retenir (il peut s'agir de la soumission au prix le plus bas, lorsque l'attribution se fait selon ce critère, ou de la soumission la plus avantageuse, lorsque le prix et d'autres critères sont pris en compte); ii) les critères d'évaluation eux-mêmes; et iii) les modalités d'application de chaque critère et notamment le coefficient de pondération de chaque critère ou, lorsque ce n'est pas possible ou pas pertinent (par exemple dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 48), où il n'est pas toujours possible d'établir au début de la procédure le coefficient de pondération des critères d'évaluation), une énumération de ces critères par ordre décroissant d'importance. Cette disposition vise à garantir une complète transparence, de sorte que les fournisseurs ou entrepreneurs sauront comment leurs soumissions seront évaluées. Un panier des critères autres que le prix inclura normalement des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments subjectifs (par exemple, l'importance relative que l'entité adjudicatrice accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront tous pris en compte pour former un classement qualitatif global. Pour les passations ne reposant pas sur des négociations, l'entité adjudicatrice doit donc indiquer quel sera le poids des facteurs autres que le prix et quel sera leur poids par rapport au prix. L'importance de définir le niveau de détail approprié des critères d'évaluation est réaffirmée par les dispositions correspondantes des articles régissant la teneur du dossier de sollicitation pour chaque méthode de passation (voir articles 38, 46 et 48).

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

1. Cet article vise à empêcher l'entité adjudicatrice de manipuler l'estimation de la valeur du marché en la réduisant artificiellement aux fins de limiter la concurrence et de se soustraire à d'autres obligations découlant de la Loi type. Par exemple, l'article 21-3 b) dispense l'entité adjudicatrice de l'obligation d'appliquer un délai d'attente lorsque le prix du marché est inférieur au seuil fixé par l'État adoptant (c'est-à-dire dans le cas d'un marché de faible valeur). L'article 22 dispose que l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier un avis d'attribution individuel pour un tel marché. Les articles 17-2 et 32-4 permettent à l'entité adjudicatrice de ne pas publier internationalement l'invitation à participer à une procédure de passation si elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions. En outre, en vertu de certaines dispositions de la Loi type, la valeur du marché peut avoir une incidence directe sur le choix de la méthode de passation. Par exemple, l'appel d'offres restreint peut être utilisé de préférence à l'appel d'offres ouvert lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (voir art. 28-1 b). Le recours à la demande de prix (art. 28-2) se justifie dans le cas de biens ou services immédiatement disponibles lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés. Dans tous ces cas, la méthode d'estimation choisie par l'entité adjudicatrice déterminera la valeur du

marché, qui peut s'avérer inférieure ou supérieure au seuil fixé. En l'absence de telles dispositions, l'entité adjudicatrice pourrait choisir de scinder le marché au lieu de grouper ses achats dans le but de se soustraire aux règles de transparence ou à l'obligation de recourir à des méthodes de passation plus concurrentielles.

2. Pour éviter toute subjectivité dans le calcul de la valeur du marché et tout comportement anticoncurrentiel et non transparent de la part de l'entité adjudicatrice, le paragraphe 1 pose le principe que celle-ci ne peut fractionner le marché ni utiliser une méthode d'évaluation particulière dans le but de limiter la concurrence ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la Loi. L'interdiction vise donc directement i) toute fragmentation d'un marché ne se justifiant pas objectivement, et ii) toute méthode d'évaluation réduisant artificiellement la valeur du marché.

3. Le paragraphe 2 exige la prise en compte, pour l'estimation de la valeur du marché, de la valeur totale maximale du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un fournisseur ou entrepreneur ou à plusieurs, et de toutes les formes de rémunération (y compris les primes, honoraires, commissions et intérêts). Dans le cas d'un accord-cadre, on se réfèrera donc à la valeur totale maximale de l'ensemble des marchés envisagés. Lorsque la passation prévoit la possibilité d'options, la valeur estimée selon cet article sera la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options.

4. Les estimations doivent avant tout être utilisées par l'entité adjudicatrice à des fins internes. L'entité adjudicatrice doit prendre garde à ne pas communiquer cette information à la légère à des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels parce qu'elle risque de ne pas obtenir le meilleur prix (si l'estimation est supérieure au prix du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient avoir tendance à proposer une soumission aussi proche que possible de celle-ci, au détriment de la concurrence; si elle est inférieure au prix du marché, de bons fournisseurs pourraient choisir de ne pas participer, au détriment de la qualité). Cependant, une interdiction générale de communiquer l'estimation aux fournisseurs ou entrepreneurs ne se justifierait pas. Par exemple, il peut s'avérer nécessaire de communiquer la valeur estimée du marché sur toute la durée de l'accord-cadre pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs parties à celui-ci de stocker l'objet du marché en suffisance pour garantir la sécurité de l'approvisionnement.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. Cet article vise à définir la langue utilisée dans les documents et communications des procédures de passation menées dans l'État adoptant. Cette disposition est particulièrement utile pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers qui, en se fondant sur la loi de l'État adoptant concernant la passation des marchés, pourront calculer les coûts additionnels (de traduction et d'interprétation) qu'ils devront supporter s'ils veulent participer à une procédure de passation dans cet État.

2. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle les documents relatifs à la procédure de passation publiés par l'entité adjudicatrice doivent être dans la ou les langues officielles de l'État adoptant. L'État adoptant dont la langue officielle n'est pas la langue d'usage courant dans le commerce international peut exiger, en

conservant le membre de phrase figurant dans la deuxième parenthèse, que les documents soient aussi publiés dans cette langue en règle générale. Cette exigence permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer plus facilement à la procédure de passation en contribuant à ce que les documents établis par l'entité adjudicatrice leur soient compréhensibles. Si ce membre de phrase est conservé, l'entité adjudicatrice ne pourra déroger à l'exigence supplémentaire qu'en cas de passation de marchés nationaux ou si elle décide, compte tenu de la faible valeur du marché, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement participer à la procédure de passation.

3. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure dans la législation ou la réglementation en matière de passation des marchés une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids.

4. La règle de base énoncée au paragraphe 2 de l'article est que la langue des documents présentés par les fournisseurs ou entrepreneurs en réponse à ceux établis par l'entité adjudicatrice dans une passation donnée doit correspondre à la langue ou à l'une des langues de ces derniers. Ces dispositions n'excluent cependant pas la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'autoriser la présentation de documents dans une autre langue, qu'elle préciserait dans ses documents.

Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions

1. Cet article vise à réglementer le mode, le lieu et le délai de soumission des principaux documents de la passation de marché par les fournisseurs et entrepreneurs. D'importantes conséquences juridiques peuvent découler du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice (telles que l'obligation pour l'entité adjudicatrice de renvoyer une soumission tardive ou non conforme aux conditions de mode ou de lieu (voir par exemple art. 39-3)). Le paragraphe 1 de cet article prévoit donc d'importantes garanties afin que des conditions égales concernant le mode, le lieu et le délai de soumission des documents à l'entité adjudicatrice s'appliquent à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et soient précisées dès le début de la procédure de passation dans le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, selon le cas. Il convient d'appeler l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs sur toute modification apportée aux documents qui leur ont été fournis. Si ces documents ont été fournis à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'ils pouvaient être téléchargés sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se les procurer.

2. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs suffisamment de temps pour préparer leurs demandes ou leurs soumissions. Le paragraphe 2 reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction de facteurs tels que la complexité du marché, la part

de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumissions. C'est donc à l'entité adjudicatrice qu'il revient de fixer la date limite de soumission des demandes et soumissions en tenant compte des circonstances du marché en question. Un État adoptant voudra peut-être fixer dans les règlements en matière de passation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit prévoir à cette fin (en particulier si ses engagements internationaux lui imposent de le faire). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation, des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international de la passation. Le délai doit être suffisamment long dans les passations de marchés internationales et complexes, en particulier celles où il n'est pas prévu de recourir à des moyens de communication électroniques pour la transmission des informations, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions.

3. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 3 impose à l'entité d'adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances: premièrement, si des éclaircissements, des modifications ou le procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, sont communiqués peu avant la date limite de soumission, et qu'il est donc nécessaire de reporter cette date pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de tenir compte des informations pertinentes dans leurs demandes ou soumissions; et deuxièmement dans les cas visés à l'article 15-3, s'il survient une modification substantielle des informations publiées à l'origine. Une modification touchant le mode, le lieu et la date limite de soumission des documents constitue toujours une modification substantielle, qui oblige l'entité adjudicatrice à reporter la date limite indiquée à l'origine.

4. Le paragraphe 4 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de présentation des soumissions dans d'autres cas, c'est-à-dire lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur soumission dans les délais en raison de circonstances indépendantes de leur volonté¹³. Cette disposition vise à préserver une concurrence suffisante dans des circonstances où une partie importante des intéressés risqueraient de ne pas pouvoir participer.

5. La Loi type ne traite pas la question de la responsabilité potentielle de l'entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système automatisé. Des défaillances se produisent inévitablement dans de tels systèmes; lorsque cela se produit, l'entité adjudicatrice détermine si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des soumissions. Les paragraphes 3 et 4 de cet article donnent à l'entité adjudicatrice suffisamment de souplesse pour reporter la date limite dans de tels cas. L'entité adjudicatrice peut aussi décider que la défaillance du système est telle qu'elle ne peut poursuivre la passation et doit donc annuler la procédure. Les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations peuvent fournir davantage de précisions sur les défaillances survenant dans la présentation des soumissions et la répartition des risques. L'entité adjudicatrice doit avoir à l'esprit que les défaillances attribuables à une négligence ou à une faute intentionnelle de sa part ainsi que les décisions qu'elle prend à la suite de la

¹³ Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur la manière d'éviter que cette latitude donne lieu à des abus et en particulier à du favoritisme.

défaillance d'un système automatisé pourraient ouvrir aux fournisseurs et aux entrepreneurs lésés un droit de recours en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 15 énonce les procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation destinées à favoriser une conduite efficace et équitable de la procédure de passation. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation de manière à s'assurer que la passation de marché lui permette d'obtenir ce qui est nécessaire à ses besoins. L'article 15 dispose que l'entité adjudicatrice doit communiquer les éclaircissements, les questions qui y ont donné lieu et les modifications à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne suffirait pas de leur permettre d'obtenir ces éclaircissements sur demande, puisqu'ils ne pourraient d'eux-mêmes savoir qu'un éclaircissement a été donné. Cependant, si le dossier de sollicitation a été communiqué à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'il pouvait être téléchargé sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se le procurer. L'entité adjudicatrice ne sera tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle a connaissance de son identité.

2. La règle régissant les éclaircissements vise à garantir que l'entité adjudicatrice répondra suffisamment tôt à une demande d'éclaircissement présentée en temps voulu, pour que l'éclaircissement puisse être pris en compte dans la préparation et la présentation des soumissions. La communication rapide des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs d'exercer leur droit de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de présentation des soumissions, par exemple en vertu de l'article 40-3, à moins que ce droit n'ait été supprimé dans le dossier de sollicitation. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement à ces derniers afin qu'ils puissent également les prendre en compte dans la préparation des soumissions.

3. Le paragraphe 3 traite des situations où, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier initialement publié, les informations qui y figurent deviennent substantiellement inexacts. L'entité adjudicatrice est alors tenue de publier promptement les informations modifiées au même endroit que les informations originales. Cette exigence de publication s'ajoute à celle du paragraphe 2, selon laquelle les modifications doivent être signalées à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le dossier de sollicitation original a été fourni, le cas échéant. Les dispositions du paragraphe 3 rappellent également que dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue de reporter la date limite de présentation des soumissions (voir art. 14-3).

4. Il convient d'établir une distinction entre les situations où, en raison d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier de sollicitation original, les informations originales deviennent substantiellement inexacts et celles où survient une modification substantielle de la passation. Par exemple, comme l'indique le commentaire de l'article 14, toute modification concernant le mode, le lieu et la date

limite de présentation des soumissions rendra les informations originales substantiellement inexactes, sans nécessairement provoquer de modification substantielle de la passation. Cependant, si une telle modification a une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, si on passe de la présentation des soumissions sur papier à la présentation par voie électronique dans une société où les moyens de communication électroniques ne sont pas répandus), on peut estimer qu'il y a eu "modification substantielle" de la passation. Dans un tel cas, les mesures envisagées au paragraphe 3 de cet article seraient insuffisantes – l'entité adjudicatrice devrait annuler la passation et entamer une nouvelle procédure. Il est également très probable qu'une "modification substantielle" se produise si, à la suite d'une clarification ou d'une modification du dossier de sollicitation original, l'objet du marché a changé au point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

5. Même si le paragraphe 4 fait référence aux demandes d'éclaircissements présentées lors d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, rien dans la Loi type n'empêche l'entité adjudicatrice d'y rendre compte de demandes d'éclaircissements soumises préalablement et de ses réponses. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique également dans ce cas.
