



Assemblée générale

Distr. générale
25 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 Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les articles 16 à 22 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

...

Partie II. Commentaire par article

...

Article 16. Garanties de soumission¹

1. L'article 16 énonce les conditions que doivent remplir les garanties de soumission définies à l'article 2 t), notamment aux fins de leur acceptation par l'entité adjudicatrice, celles qui doivent être présentes pour que celle-ci puisse réclamer le montant de la garantie de soumission, et celles dans lesquelles l'entité adjudicatrice doit retourner ou faire retourner le document de garantie). Comme le dit le commentaire de la définition de la garantie de soumission donnée à l'article 2, dans la version anglaise, l'emploi de l'expression "tender security" (garantie de soumission), courante dans le contexte considéré, ne signifie pas que ce type de garantie ne puisse être exigé que dans le cas d'une procédure d'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition exclut également toute sûreté que l'entité adjudicatrice pourrait exiger en garantie de l'exécution du marché (en vertu de l'article 38 k) par exemple). Cette dernière peut être exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur qui conclut le marché alors que la condition de fournir une garantie de soumission, lorsqu'elle est imposée par l'entité adjudicatrice, s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions (voir par. 1 de l'article).

2. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si le fournisseur ou l'entrepreneur retire sa soumission ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 16 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir ce préjudice possible et de les dissuader de manquer à leurs obligations.

3. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures de passation de marché. Les garanties de soumission sont importantes en général pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de valeur élevée. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission qui sera normalement répercuté sur le prix du marché sera moins justifié. Dans le cas des accords-cadres, l'exigence d'une garantie devrait être

¹ Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si la pratique de certains États en matière de garanties émises sous forme électronique influencera le contenu du commentaire de cet article tel qu'il apparaît ci-dessous.

considérée comme une mesure exceptionnelle, compte tenu de leur nature². La pratique pourrait être amenée à évoluer mais au moment de la rédaction du présent Guide, on dispose de peu d'expérience de l'utilisation de garanties de soumission dans le cadre d'enchères électroniques inversées et les pratiques en la matière sont très diverses. Obtenir une garantie de soumission dans ce contexte pourrait poser problème, les banques exigeant généralement un prix fixe pour les documents de garantie. Il peut aussi y avoir des situations où une telle exigence ne se justifie pas, par exemple dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue, où une garantie de soumission n'offrirait pas une solution viable pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (contrairement aux meilleures offres finales). (Voir la discussion sur ce point dans le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 48.) Même si dans les deux cas mentionnés ci-dessus (enchères électroniques inversées et procédure de demande de propositions avec dialogue) des garanties de soumissions sont exigées, comme le précise le commentaire de la définition de "garantie de soumission" de l'article 2, l'entité adjudicatrice ne peut demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées³.

4. Des dispositions ont été incluses afin d'assurer que l'exigence de la garantie de soumission ne soit imposée que de manière équitable et dans le but prévu: garantir l'obligation qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de la soumission qu'ils ont présentée et de fournir une garantie de bonne exécution du marché, s'il leur en est demandé une.

5. L'alinéa 1 c) vise à supprimer les obstacles qui pourraient entraver la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers s'ils ne pouvaient fournir qu'une garantie émise par une institution de l'État adoptant. Toutefois, le libellé des sous-alinéas i) et ii) donne une certaine latitude sur ce point: premièrement, à l'entité adjudicatrice d'un État où accepter une garantie de soumission émise hors de cet État serait contraire à la loi; et deuxièmement, dans le cas de la passation d'un marché national, lorsque l'entité adjudicatrice a précisé dans le dossier de sollicitation, conformément au paragraphe 1 b), que la garantie de soumission devait être émise par un émetteur de l'État adoptant.

6. Au paragraphe 1 d), la référence à la confirmation de la garantie de soumission vise à tenir compte de la pratique de certains États d'exiger la confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger. Elle ne vise cependant pas à encourager cette pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale pourrait constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers à la procédure de passation (par exemple, difficultés à obtenir la confirmation locale avant la date limite de présentation des soumissions et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

² Le Secrétariat aimerait recevoir des indications quant à savoir si dans la pratique l'obtention d'une garantie de soumission ne serait pas subordonnée à la définition de l'obligation éventuelle de concurrence au titre de l'accord-cadre. La même remarque vaut pour les enchères électroniques inversées et les étapes précédant les meilleures offres définitives de la procédure de demande de propositions avec dialogue.

³ Comme le souligne le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 2, l'article 16 ne comporte pas une telle interdiction.

7. Le paragraphe 2 fournit des précisions afin d'éviter toute incertitude sur le moment à partir duquel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Même si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de celle-ci, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière lorsque celle-ci se présente sous la forme d'un dépôt en espèces ou une forme analogue. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales où, contrairement à ce qu'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps même si elle survient après l'expiration de la garantie, dès lors que le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 40 3), le paragraphe 2 d) donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, si elle le précise dans le dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de présentation des soumissions n'entraîne pas l'abandon de la garantie de soumission⁴.

8. Étant donné le coût de l'obtention d'une garantie de soumission, qui sera normalement répercuté sur le prix du marché, le recours à d'autres mécanismes devrait être envisagé et encouragé lorsque la situation le permet. Dans certains États, la déclaration de garantie de l'offre tient lieu de garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions telles que la disqualification pour la passation de marché suivante s'il survient un événement normalement couvert par une garantie de soumission. (Il ne fait pas l'objet d'une exclusion, ce type de sanction ne devant pas frapper les manquements à caractère commercial (Voir le commentaire pertinent de l'article 9 au[x] paragraphe[s] [...] ci-dessus).) Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés en augmentant la participation, en particulier celle des PME qui autrement ne pourraient participer à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission⁵.

Article 17. Procédure de préqualification

1. Cet article énonce les modalités de la procédure de préqualification, qui vise à identifier dès le début les fournisseurs et entrepreneurs ayant les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens, travaux ou services complexes ou de valeur élevée et peut même être à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible mais dont l'objet est extrêmement spécialisé. Dans les deux cas, l'évaluation

⁴ Le Secrétariat aimerait savoir s'il convient de traiter des questions liées à la prorogation de la période de validité des garanties de soumission dans le commentaire de cet article alors qu'elles font déjà l'objet d'un examen dans le commentaire de l'article 40.

⁵ Il convient d'envisager la nécessité d'examiner plus avant le caractère potentiellement onéreux des garanties. Dans ce cas, le Secrétariat aimerait recevoir des indications concernant en particulier les questions suivantes suggérées par le Groupe de travail: les effets néfastes supplémentaires qu'entraînerait le fait d'exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des garanties de soumission, les questions de reconnaissance mutuelle et le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter les garanties de soumission dans certains cas.

des soumissions est beaucoup plus longue, compliquée et onéreuse que pour d'autres marchés. Des entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de participer à une procédure de passation concernant un marché de valeur élevée, lorsque le coût de la préparation de la soumission est élevé, si les concurrents sont trop nombreux et s'ils risquent de devoir affronter des soumissions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs non qualifiés. Le recours à la procédure de préqualification peut limiter le nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice évaluera à celles émanant de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. C'est donc un moyen de faciliter une passation efficace lorsque l'objet du marché est relativement complexe.

2. Aux termes du paragraphe 1 de cet article, la préqualification est optionnelle et peut être utilisée quelle que soit la méthode de passation de marché choisie. Étape supplémentaire, elle retarde l'exécution du marché, et des fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à une passation avec préqualification, étant donné le coût qu'elle représente. On n'y recourra donc que lorsqu'elle est strictement nécessaire, dans les situations décrites au paragraphe ci-dessus.

3. La procédure de préqualification énoncée à l'article 17 est assortie de plusieurs garanties importantes, telles que les limitations de l'article 9 (en particulier celles concernant l'évaluation des qualifications, qui peuvent également s'appliquer à la procédure de préqualification) et les procédures figurant à l'article 17, aux paragraphes 2 à 10 inclus. Cet ensemble de garanties vise à assurer que la procédure de préqualification est menée selon des conditions objectives communiquées intégralement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants; il vise aussi à assurer un minimum de transparence et à permettre à un entrepreneur ou fournisseur non préqualifié d'exercer son droit de contester sa disqualification.

4. Au paragraphe 2, la référence au "journal officiel" doit être interprétée selon le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les publications papier et autres; elle englobe donc tout journal officiel utilisé dans un État ou un groupe d'États adoptants, tel que l'édition électronique du Journal officiel électronique de l'Union européenne. Les questions soulevées dans le commentaire de l'article 5 sur la publication des textes juridiques et celui de l'article 32-4 sont également pertinentes dans le contexte de l'article 17-2.

5. Le terme "adresse" utilisé au paragraphe 3 a) désigne le lieu physique enregistré mais aussi toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de téléphone, adresse électronique, etc. le cas échéant). Cette interprétation vaut pour toutes les occurrences de ce terme dans l'ensemble du texte de la Loi type, qu'il s'agisse de l'adresse de l'entité adjudicatrice ou de celle d'un fournisseur ou entrepreneur.

6. Comme dans d'autres dispositions similaires de la Loi type, l'entité adjudicatrice peut omettre dans l'invitation à la préqualification et le dossier de préqualification l'indication de la monnaie de paiement et des langues visée au paragraphe 3 en cas de passation d'un marché national, si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

7. Les dispositions de cet article permettent à l'entité adjudicatrice de demander le paiement de frais pour le dossier de préqualification mais pas de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Il est

entendu, comme le dit le paragraphe 4 de l'article, que le prix demandé se limitera aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant). En outre, les États adoptants devraient noter que la meilleure pratique est de ne pas faire payer pour ces documents⁶.

8. La référence à "l'endroit" au paragraphe 5 d) ne désigne pas le lieu physique mais plutôt une publication officielle, un portail, etc., où les textes actualisés des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public. Les questions soulevées dans le commentaire de l'article 5 concernant l'accès approprié à des textes juridiques actualisés sont donc également pertinentes dans le contexte du paragraphe 5 d) de l'article 17.

9. Aux paragraphes 9 et 10, il convient d'interpréter le terme "promptement" comme signifiant que les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés avant la sollicitation. Cette garantie essentielle assure la possibilité d'un recours efficace contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice au cours de la procédure de préqualification. C'est également pour cela que l'article 10 impose à l'entité adjudicatrice de communiquer au fournisseur ou à l'entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

10. Les dispositions de cet article concernant la communication d'informations aux fournisseurs ou entrepreneurs ou au public sont soumises à l'article 23 sur la confidentialité (qui prévoit des exceptions limitées à l'information du public).

11. Il convient d'établir une distinction entre la préqualification et la présélection, que la Loi type n'envisage que dans le cadre des procédures de demande de propositions avec dialogue visées à l'article 48. Dans le cas de la préqualification, tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent en fin de compte présenter des soumissions. Dans le cas de la présélection, le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter une soumission sera expressément limité dès le début de la procédure de passation, et le nombre maximum de participants est précisé dans l'invitation à participer à la présélection. Dans la procédure de préqualification, l'identification des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés se fait sur la base de critères de qualification préétablis remplis ou non par les candidats, alors que la présélection suppose d'autres procédures de sélection, très probablement concurrentielles, si le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter des soumissions est dépassé (la présélection peut par exemple comporter après le test éliminatoire un classement selon les critères de qualification, permettant de sélectionner les meilleurs candidats dans la limite du maximum établi). Cette mesure est prise même si des critères de préqualification stricts pourraient en fait limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

⁶ La dernière phrase reproduit l'opinion de certains commentateurs comme une déclaration de principe mais d'autres estiment que cette position n'est pas réaliste. Le Secrétariat demande des orientations sur la facturation de la mise à disposition de ce type de documents (et sur les frais de dossier).

Article 18. Abandon de la passation de marché

1. L'article 18 permet à l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché. C'est son droit absolu avant l'acceptation de la soumission à retenir, après quoi elle ne peut le faire que si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été retenue ne signe pas le marché comme il le doit ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir art. 18-1 et 21-8). [Il convient d'expliquer les raisons de cette différence.]

2. Cette disposition est importante parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir abandonner la passation pour des motifs d'intérêt public, par exemple s'il semble que la concurrence a été insuffisante ou s'il y a eu collusion, si elle n'a plus besoin de l'objet du marché ou si le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement, ou parce que toutes les soumissions se sont avérées non conformes, ou que les prix proposés dépassent largement le budget disponible. Les dispositions de l'article reconnaissent donc qu'il peut être préférable, dans l'intérêt général, de permettre à l'entité adjudicatrice d'abandonner un marché peu souhaitable plutôt que d'en exiger l'exécution.

3. L'entité adjudicatrice ayant le droit absolu d'abandonner la passation de marché jusqu'à l'acceptation de la soumission retenue, l'article prévoit des garanties contre tout abus de ce droit. La première est l'obligation de notification figurant au paragraphe 2, qui vise à encourager la transparence, la responsabilité et un recours efficace. Aux termes de ce paragraphe, la décision d'abandonner la passation et les raisons de celle-ci doivent être promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission afin qu'il puisse la contester s'il le souhaite. Les dispositions n'exigent pas que l'entité adjudicatrice justifie sa décision (étant entendu qu'en règle générale, elle devrait être libre d'abandonner la procédure de passation pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier), mais elle doit fournir un bref exposé des raisons de cette décision, suffisant pour permettre un recours efficace contre celle-ci. [Il convient d'ajouter un exemple de la différence entre raisons et justifications.] L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de fournir des justifications mais elle le peut si elle estime qu'il y a lieu de le faire (par exemple, si elle souhaite montrer que la décision ne résultait pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part). Elle peut aussi décider de procéder à un retour d'information (voir par. [...] ci-dessus).

4. Une garantie supplémentaire est l'obligation faite à l'entité adjudicatrice d'annoncer sa décision d'abandonner la passation au même endroit et de la même manière qu'ont été publiées les informations originales concernant le marché. Cette mesure est importante pour permettre au public de contrôler les pratiques des entités adjudicatrices de l'État adoptant.

5. Certaines dispositions des paragraphes 1 et 2 de cet article visent à traiter les soumissions présentées mais non encore ouvertes par l'entité adjudicatrice (par exemple, lorsque la décision d'abandon est prise avant la date limite de présentation des offres). Une fois que la décision d'abandon est prise, toute soumission non ouverte doit être renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée. Cette exigence évite le risque que les informations fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leurs soumissions soient utilisées à des fins

illégitimes, par exemple transmises à leurs concurrents. Elle vise aussi à empêcher que l'entité adjudicatrice n'abuse de son droit d'abandonner la passation pour des motifs illégitimes ou illicites, par exemple après avoir obtenu les informations souhaitées sur la situation du marché ou appris qu'un fournisseur ou entrepreneur qu'elle apprécie ne remportera pas le marché.

6. Dans de nombreux États, la décision d'abandonner la passation n'est normalement pas susceptible de recours, en particulier auprès d'autorités administratives, sauf en cas de pratiques abusives. Cependant, la Loi type n'exonère pas les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché des procédures de contestation ou d'appel prévues au chapitre VIII (même si le libellé de l'article 66 est prudent, compte tenu du fait que, dans certains États, l'organe administratif n'aurait pas compétence pour traiter ce type de recours). Le paragraphe 3 de l'article 18 de la Loi type vise à limiter à des circonstances exceptionnelles la responsabilité de l'entité adjudicatrice ayant décidé d'abandonner la procédure de passation. Sa responsabilité vis-à-vis des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions y est donc limitée au cas où l'abandon résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part.

7. La Loi type prévoit donc le droit de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et la possibilité d'exercer ce droit mais la question de savoir si la responsabilité de l'entité adjudicatrice serait engagée dépendra des circonstances de fait de l'espèce. Le paragraphe 3 est considéré comme important à cet égard parce qu'il protège l'entité adjudicatrice des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon sans motifs de la procédure de passation. On considère toutefois que malgré les limitations de responsabilité visées au paragraphe 3, l'entité adjudicatrice peut encourir une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit. En particulier, bien que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions ont été ouvertes, même dans des circonstances non prévues au paragraphe 3.

8. Dans certains pays, le droit administratif peut limiter l'exercice du droit d'abandonner la passation, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Dans d'autres pays, il peut au contraire prévoir un droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout stade de la procédure, même si la soumission à retenir a été acceptée, indépendamment des dispositions de la Loi type. La législation peut aussi prévoir d'autres recours contre les décisions administratives abusives prises d'agents publics. L'État adoptant devra donc peut-être harmoniser les dispositions de l'article avec les dispositions pertinentes de ses autres lois applicables.

9. Il convient d'établir une distinction entre l'abandon de la passation par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 18 et la décision de mettre fin à la procédure de passation de marché prévue à l'article 66-9 f) de la Loi type. Dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes: l'entité adjudicatrice ne peut prendre aucune mesure ou décision après avoir décidé d'abandonner la procédure ou après que l'organe administratif a ordonné d'y mettre fin. La différence est que la décision de l'organe

administratif de mettre fin à la procédure est prise à titre de réparation à la suite d'une procédure de contestation ou d'appel.

Article 19. Rejet des soumissions anormalement basses

1. Cet article permet à l'entité adjudicatrice de rejeter, une soumission dont le prix anormalement bas suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur l'ayant présentée à exécuter le marché. Il n'oblige pas l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse⁷. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, où on peut considérer que les risques d'offres anormalement basses sont plus grands que dans d'autres méthodes de passation, en particulier lorsque la technique est nouvelle pour le système concerné⁸.

2. Cet article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts légitimes des deux parties (entités adjudicatrices et fournisseurs et entrepreneurs). D'une part, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les soumissions susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de l'entité adjudicatrice, une soumission anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix soumis, ce qui peut renchérir et retarder le projet, et donc accroître les prix et désorganiser la passation. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

3. D'autre part, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter automatiquement une soumission sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En lui octroyant un tel droit, on introduirait une possibilité d'abus, car les soumissions pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou sur la base d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, un prix inférieur au coût de revient peut sembler anormalement bas alors qu'il peut être légitime de vendre à perte de vieux stocks ou de fixer un tel prix pour occuper la main-d'œuvre, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence⁹.

4. Pour ces raisons, cet article protège les fournisseurs et entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part de l'entité adjudicatrice en ne lui permettant de rejeter une soumission anormalement basse que si elle s'est employée à démontrer le bien-fondé de ses craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, sans préjudice de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter la soumission, par

⁷ Le Secrétariat aimerait recevoir, pour ajout dans le commentaire, des indications sur les raisons pour lesquelles la Loi type ne prévoit pas d'obligation de rejeter une soumission anormalement basse.

⁸ Le Secrétariat aimerait savoir s'il convient de conserver cette déclaration dans le commentaire de cet article plutôt que dans le chapitre VI.

⁹ Le Secrétariat demande des orientations sur la pertinence des exemples donnés dans ce paragraphe à la lumière des objectifs de la Loi type, en particulier celui de favoriser la concurrence.

exemple, en cas d'infraction (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale).

5. En conséquence, les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les exigences auxquelles l'entité adjudicatrice doit satisfaire avant de pouvoir rejeter la soumission anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

6. Premièrement, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir d'informations et d'échantillons établissant la qualité de l'objet du marché; des méthodes et des données économiques du processus de fabrication, des travaux ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées ou de toute condition exceptionnellement favorable dont le fournisseur ou l'entrepreneur bénéficie pour exécuter les travaux ou fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des biens ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur. Le prix indiqué est donc toujours analysé par rapport aux autres éléments de la soumission concernée¹⁰.

7. L'État adoptant peut choisir de réglementer le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander dans le cadre de cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'évaluation porte sur la question de savoir si le prix est réaliste (par rapport aux autres éléments de la soumission, comme ceux mentionnés au paragraphe précédent), et se fonde sur des éléments tels que les estimations d'avant la passation, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix lui-même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe, voire impossible dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas être vraiment à même d'évaluer le prix par rapport à ces coûts. Dans certains États, la loi peut interdire à l'entité adjudicatrice d'exiger des informations sur la structure des coûts, en raison du risque d'utilisation abusive de celles-ci.

8. Deuxièmement, en évaluant le prix, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur. Si un fournisseur ou entrepreneur refuse de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice, ce refus ne donne pas automatiquement à celle-ci le droit de rejeter la soumission anormalement basse mais il constitue un élément à prendre en considération pour déterminer si la soumission est anormalement basse.

9. Troisièmement, si, à l'issue de la procédure de justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les raisons de celles-ci au procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1 c) de l'article. Cette disposition vise à garantir que toute décision de rejeter la soumission anormalement basse est prise sur une base objective et qu'avant de la prendre, l'entité adjudicatrice a dûment consigné toutes les

¹⁰ Le Secrétariat demande des orientations sur la cohérence entre ce paragraphe et le paragraphe qui suit en ce qui concerne l'évaluation des coûts.

informations la concernant, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

10. Ce n'est qu'après avoir satisfait aux exigences décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter la soumission anormalement basse. La décision de rejet doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, conformément au paragraphe 2 de l'article. Elle peut être contestée conformément au chapitre VIII de la Loi type.

11. Les États adoptants devraient savoir que d'autres exigences que celles mentionnées dans cet article peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant de soumissions anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen ou l'évaluation de leurs soumissions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et que l'objet du marché soit décrit avec précision. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées en ce sens et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des soumissions présentées, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant). Ces mesures peuvent identifier efficacement les risques liés à l'exécution.

12. On peut également: i) sensibiliser les responsables de la passation aux effets préjudiciables des soumissions anormalement basses; ii) leur proposer des formations et leur fournir des ressources et des informations suffisantes, notamment des prix de référence ou des prix du marché; et iii) prévoir suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter des soumissions anormalement basses et promouvoir un comportement responsable de leur part, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices précisent dans le dossier de sollicitation ou d'autres documents équivalents que les soumissions anormalement basses peuvent être rejetées si elles suscitent chez l'entité adjudicatrice des craintes quant à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à exécuter le marché.

**Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la
procédure de passation de marché au motif d'incitations
qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste
ou d'un conflit d'intérêts**

1. Cet article contient une liste exhaustive des motifs pour lesquels un fournisseur ou entrepreneur peut être exclu de la procédure de passation de marché, autres que ceux liés au contenu de la soumission présentée ou aux qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur: incitations du fournisseur ou de l'entrepreneur, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts. On n'y trouve pas le terme "corruption" (pour lequel il n'existe pas de définition acceptée internationalement) mais une description des situations (incitation, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts) exigeant que le fournisseur ou entrepreneur concerné soit exclu

de la procédure de passation de marché. Ces situations étant couramment citées comme exemples de comportement frauduleux, cet article constitue une mesure importante de lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics.

2. L'article se veut conforme aux normes internationales de la lutte contre la corruption et vise à proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Ces normes se trouvent dans les instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption ou dans des documents publiés par des organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et les banques multilatérales de développement. Elles peuvent évoluer avec le temps. Conformément à l'article 3 de la Loi type, qui consacre la prééminence des engagements internationaux de l'État adoptant, celui-ci est encouragé à tenir compte des normes anticorruption internationales applicables au moment de l'adoption de la Loi type. Certaines de ces normes peuvent être obligatoires pour l'État adoptant s'il est partie à l'instrument international considéré.

3. Toutefois, on ne saurait considérer que l'article 20, ni d'ailleurs l'ensemble de la Loi type, prévoit des mesures exhaustives de lutte contre la corruption dans les marchés publics. Bien que les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et donc à réduire la corruption, on ne peut attendre d'une loi sur les marchés publics qu'elle élimine complètement à elle seule les pratiques de corruption dans les marchés publics de l'État adoptant. Les entités adjudicatrices n'ont pas les moyens de régler tous les problèmes de corruption dans les marchés publics et on ne doit pas attendre d'elles qu'elles le fassent. L'État devrait disposer en général d'un système efficace de sanctions contre la corruption des fonctionnaires, dont les agents des entités adjudicatrices, et des fournisseurs et entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés¹¹.

4. Le terme "incitation", expliqué au paragraphe 1 a) de l'article, peut de manière générale se décrire comme une tentative de fournisseurs ou entrepreneurs d'exercer irrégulièrement une influence sur l'entité adjudicatrice. Il revient à l'État adoptant de définir ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts aux fins de l'application du paragraphe 1 b). Les dispositions visent à traiter le conflit d'intérêts du fournisseur ou de l'entrepreneur seulement. Le conflit d'intérêts de l'entité adjudicatrice est régi par des règles distinctes, telles que l'article 25 sur le code de conduite des agents des entités adjudicatrices. Pour éviter tout avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts, les normes applicables de l'État adoptant devraient par exemple interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé. Elles devraient aussi régler la participation des filiales à la même procédure de passation de marché. On s'attend toutefois à ce que certains points liés à ces concepts soient règlementés par d'autres branches du droit de l'État adoptant, par exemple la législation antimonopoles.

¹¹ Il a été suggéré dans le Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que dans le contexte des marchés publics il pourrait être impossible d'établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur l'opportunité d'inclure cette déclaration ou d'autres déclarations dans le Guide pour tenter de décrire des exemples pertinents.

5. Bien que les expressions “avantage concurrentiel injuste” et “conflit d’intérêts” figurent dans le même alinéa, les deux situations peuvent survenir indépendamment l’une de l’autre. On peut s’attendre à ce qu’un avantage concurrentiel injuste découle d’un conflit d’intérêts (par exemple, si un même avocat représente les deux parties en l’espèce). Ce n’est toutefois pas nécessairement toujours le cas et un tel avantage concurrentiel injuste peut être obtenu dans des circonstances complètement différentes¹².

6. Les dispositions de cet article sont sans préjudice d’autres sanctions, telles que l’exclusion (voir par. ... ci-dessus), qui peuvent être imposées au fournisseur ou à l’entrepreneur. Toutefois, l’application des sanctions prévues par d’autres branches du droit applicable, telles qu’une condamnation pénale, n’est pas une condition préalable à l’exclusion du fournisseur ou de l’entrepreneur en vertu de cet article. Pour éviter toute application abusive de l’article 20, la décision d’exclusion et les motifs de celle-ci doivent être consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués promptement au coupable présumé afin de permettre une contestation efficace, le cas échéant¹³.

7. Comme indiqué ci-dessus, l’application de cet article est subordonnée à d’autres branches du droit de l’État adoptant où sont définies ses politiques anticorruption. Une harmonisation s’impose pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de l’État adoptant.

(Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir le commentaire de l’article 25 sur le code de conduite.)

Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

1. L’article 21 énonce des règles détaillées applicables à: i) l’acceptation de la soumission à retenir, ii) la garantie sous la forme d’un délai d’attente permettant au fournisseur ou à l’entrepreneur de contester la décision de l’entité adjudicatrice d’attribuer le marché ou l’accord-cadre avant leur entrée en vigueur; et iii) l’entrée en vigueur du marché. Il est complété par les exigences figurant dans la Loi type selon lesquelles toute information sur ces questions doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation de marché. Par exemple, aux fins de la transparence, il importe que les fournisseurs et entrepreneurs connaissent à l’avance les modalités d’entrée en vigueur du marché.

¹² Le Secrétariat aimerait recevoir pour ajout dans le Guide des orientations sous forme d’exemples de ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste. Il a été suggéré au sein du Groupe de travail de faire référence dans ce contexte à une fusion d’entreprises ou à une relation commerciale antérieure, ce qui pourrait être trop large.

¹³ Il a été suggéré au sein du Groupe de travail d’expliquer dans le Guide que les risques d’un rejet injustifié pourraient être atténués si on encourageait le dialogue entre l’entité adjudicatrice et le fournisseur ou l’entrepreneur concerné aux fins d’examiner les conflits d’intérêts potentiels, en s’inspirant des dispositions de l’article 19 régissant l’examen des soumissions anormalement basses. Le Secrétariat aimerait recevoir des orientations pertinentes concernant les pratiques abusives possibles et les résultats qu’un tel dialogue pourrait permettre pour ce qui est d’éviter l’application de cet article.

L'article 38 exige donc (à l'alinéa v)) que le dossier de sollicitation comporte des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application. Il exige en outre (à l'alinéa w)) que soient précisées dans le dossier de sollicitation les formalités qui devront être accomplies, une fois qu'une soumission retenue a été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur. Il peut notamment s'agir de la signature d'un marché écrit en application de l'article 21 et de l'approbation par une autre autorité.

2. Le paragraphe 1 dispose qu'en règle générale, l'entité adjudicatrice doit accepter la soumission à retenir, ce qui signifie que le marché ou l'accord-cadre doit être attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée, aux conditions qui y sont énoncées. (Il n'y a pas de définition unique de la soumission à retenir. Les articles régissant la procédure des différentes méthodes de passation définissent cette expression pour chaque méthode.) Les exceptions à la règle générale du paragraphe 1 sont énoncées aux alinéas a) à d) (disqualification du fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, abandon de la passation de marché, rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse, conformément à l'article 19, ou exclusion du fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission en raison d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, conformément à l'article 20).

3. Il convient d'interpréter le motif de rejet de la soumission à retenir énoncé à l'alinéa a) (disqualification) en tenant compte des dispositions de l'article 9-1, qui dispose que la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs peut se faire à tous les stades de la procédure de passation, de l'article 9-8 d), qui permet à l'entité adjudicatrice de demander à tout fournisseur ou entrepreneur préqualifié de justifier à nouveau de ses qualifications, et des articles 42-6 et 7 et 56-2, qui régissent spécifiquement l'évaluation des qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir.

4. Il est entendu que la liste d'exceptions des alinéas a) à d) du paragraphe 1 n'est pas exhaustive: elle ne mentionne que les motifs pouvant être invoqués par l'entité adjudicatrice. D'autres motifs peuvent découler d'une procédure de contestation ou d'appel, par exemple si l'organe administratif ordonne en vertu de l'article 66 qu'il soit mis fin à la procédure de passation, exige que l'entité adjudicatrice reconsidère sa décision ou lui interdit de prendre une décision illégale. Il convient en outre de ne pas confondre ces motifs avec ceux justifiant l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante conformément à l'article 21-8: ceux-ci interviendraient après que la soumission à retenir a été acceptée, et non au moment où l'entité adjudicatrice décide si oui ou non la soumission à retenir doit être acceptée.

5. Le paragraphe 2 régit l'application du délai d'attente défini à l'article 2 q) comme "le délai commençant à l'expédition de l'avis visé à l'article 21-2 de la présente Loi, pendant lequel l'entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission à retenir et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi contre la décision communiquée". L'objectif premier du délai d'attente est donc de permettre de rectifier toute irrégularité avant l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion de l'accord-cadre et d'éviter ainsi de devoir annuler un marché ou un accord-cadre entré en vigueur.

6. Le délai d'attente est notifié à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, y compris à celui ou ceux à qui il est prévu d'attribuer le marché ou l'accord-cadre. Il convient de ne pas confondre cette notification et l'avis d'acceptation envoyé uniquement au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir conformément au paragraphe 4 de l'article. Les informations communiquées en vertu du paragraphe 2 sont celles énumérées aux alinéas a) à c). Les dispositions de l'article 23 sur la confidentialité indiqueront s'il y a lieu de ne pas communiquer l'une ou l'autre des informations visées à l'alinéa b) pour des raisons de confidentialité. Bien qu'il puisse être nécessaire de préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles lors de l'énonciation des caractéristiques et avantages relatifs de la soumission à retenir, il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation reçoivent suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

7. Parce que le délai d'attente commence à courir au moment de l'expédition de l'avis, cet article exige, pour assurer la transparence, l'intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché, que l'avis soit expédié simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés (cette obligation est exprimée par la formule "avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur"). L'avis doit être envoyé individuellement à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné. Il ne suffirait pas, par exemple, de le mettre en ligne sur le site Web.

8. Ces dispositions n'imposent aucunement à l'entité adjudicatrice d'aviser les fournisseurs ou entrepreneurs des raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus: fournir à chacun un exposé exhaustif de ces raisons pourrait être une lourde charge. Elles ne prévoient pas non plus d'obligation de retour d'information puisque les procédures en la matière varient sensiblement non seulement d'un État à l'autre mais aussi d'un marché à l'autre, et que les dispositions en la matière ne sont pas facilement applicables. Néanmoins, le retour d'information sur demande du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné constitue la meilleure pratique et devrait être encouragé par l'État adoptant. (Sur le retour d'information, voir par. ... de la partie I du Guide.)

9. Les dispositions du paragraphe 2 exigent également que l'entité adjudicatrice précise dans l'avis d'acceptation la durée du délai d'attente. Celle-ci doit être la même que celle indiquée dans le dossier de sollicitation au début de la procédure de passation de marché. Il importe de communiquer cette information au début de la procédure, étant donné l'incidence qu'elle peut avoir sur la décision des fournisseurs ou entrepreneurs de participer à la procédure. Il importe de la communiquer également dans l'avis visé au paragraphe 2, à titre de rappel mais aussi de précision: puisque le délai d'attente court à compter de la notification de l'expédition, l'avis précisera les dates de début et de fin de ce délai, censées correspondre à la durée indiquée dans le dossier de sollicitation.

10. Il est indispensable que les fournisseurs ou entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de prendre les décisions qui s'imposent et à l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans risquer de créer des problèmes. La date d'expédition, qui crée le plus haut degré de certitude, est indiquée dans la Loi type comme point de départ du délai d'attente. La

même solution est retenue pour les autres types d'avis délivrés en vertu de cet article (voir par. ... ci-dessous). On trouvera au paragraphe 9 de l'article une explication de la signification du mot "expédition".

11. La Loi type laisse à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer au cas par cas la durée précise du délai d'attente en fonction des circonstances de la passation envisagée et en particulier des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international du marché. Pour assurer l'égalité de traitement, il peut être nécessaire de prévoir plus de temps par exemple pour qu'un avis envoyé par courrier normal arrive chez des fournisseurs ou entrepreneurs situés à l'étranger.

12. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice pour fixer la durée du délai d'attente n'est pas sans limite. Elle est soumise à un minimum qui doit être fixé par l'État adoptant [par voie législative] [et peut être modifiée ensuite par les règlements en matière de passation des marchés] [ou les règlements en matière de passation des marchés]¹⁴. Plusieurs points doivent être pris en considération pour fixer la durée minimale du délai d'attente, notamment l'incidence qu'elle aura sur les objectifs généraux de la Loi type concernant la transparence, la responsabilité, l'efficacité et le traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. L'incidence d'un long délai sur les coûts sera certes prise en compte par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer à la procédure, mais le délai devrait être suffisamment long pour permettre d'introduire un recours contre la procédure. Les États adoptants doivent cependant noter qu'un délai trop long peut être inadapté à certaines méthodes et procédures de passation telles que les enchères électroniques inversées et les accords-cadres ouverts, qui supposent une attribution rapide et pour lesquels le nombre et la complexité des questions susceptibles de recours sont limités¹⁵. Il convient de garder à l'esprit que le but premier du délai d'attente est de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs le temps de décider s'ils contestent la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Il est donc censé être relativement bref. Une fois soumise la contestation, les dispositions sur les procédures de contestation et d'appel du chapitre VIII de la Loi type traitent de la suspension de la procédure de passation de marché et d'autres recours appropriés.

13. Le paragraphe 3 énonce les exceptions à l'application du délai d'attente. La première concerne les marchés attribués au titre d'accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape¹⁶. Il convient de souligner que l'exception ne s'applique pas à la conclusion de l'accord-cadre même: quel que soit le type d'accord-cadre attribué, le délai d'attente s'appliquera. Elle ne s'applique pas non plus aux marchés attribués au titre d'accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, y compris les accords-cadres ouverts.

¹⁴ La formulation dépend de la formulation finale du paragraphe 2 c) de la Loi type.

¹⁵ Il convient de faire figurer au bon endroit dans le Guide l'idée générale selon laquelle les États adoptants devraient exprimer les délais brefs en jours ouvrables, les autres pouvant être exprimés en jours calendaires.

¹⁶ Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur les raisons de cette exception. Le compte rendu des délibérations du Groupe de travail n'est pas concluant sur ce point (voir A/CN.9/687, par. 96).

14. La deuxième exception s'applique aux marchés de faible valeur. [L'État adoptant devrait envisager d'aligner le seuil fixé au paragraphe 3 b) sur ceux figurant dans d'autres dispositions de la Loi type concernant les marchés de faible valeur, notamment ceux qui justifient une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (art. 22-2 du texte actuel) et le recours à la procédure de demande de prix (art. 28-2)]¹⁷.

15. La troisième exception se justifie par des considérations urgentes d'intérêt général. Il convient de noter que celles-ci peuvent aussi être invoquées par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 64-3 de la Loi type pour prier les autorités compétentes de lever une interdiction de conclure un marché ou un accord-cadre tant qu'une procédure de contestation ou d'appel est pendante¹⁸.

16. Le paragraphe 4 précise à quel moment l'avis d'acceptation doit être envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir. Comme il l'indique, il peut y avoir plusieurs cas de figure. Premièrement, un délai d'attente a été appliqué et aucune procédure de contestation d'appel n'est pendante à l'expiration de ce délai. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice expédie l'avis dès l'expiration du délai d'attente. Deuxièmement, un délai d'attente a été appliqué et une procédure de contestation ou d'appel est toujours pendante à l'expiration du délai d'attente. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice (en vertu de l'article 64 de la Loi type) n'est pas autorisée à expédier l'avis d'acceptation tant qu'elle n'a pas reçu des autorités compétentes une injonction ou une autorisation de le faire. Troisièmement, lorsqu'aucun délai d'attente n'a été appliqué, l'entité adjudicatrice doit expédier l'avis d'acceptation dès qu'elle a vérifié la soumission à retenir, à moins qu'un tribunal ou une autre autorité désignée dans la législation de l'État ne lui enjoigne de ne pas le faire.

17. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, sachant que les États peuvent préférer telle ou telle méthode et que même dans un État donné, des méthodes différentes peuvent être employées selon les circonstances.

18. Selon une de ces méthodes (décrite au paragraphe 5), sauf indication contraire dans le dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir. La raison pour laquelle l'entrée en vigueur est liée à l'expédition et non à la réception de l'avis d'acceptation est que cette solution est plus adaptée aux circonstances propres à la procédure de passation de marchés. Pour lier le fournisseur ou l'entrepreneur et notamment l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit notifier son acceptation que la soumission est en vigueur. Si on se fondait sur la "réception", il suffirait qu'un avis correctement envoyé soit retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il soit reçu après expiration de la période de validité de la soumission pour que l'entité adjudicatrice perde son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. En se fondant sur l'"expédition", on préserve ce droit de l'entité adjudicatrice. Si l'avis est

¹⁷ Le texte entre crochets pourrait devoir être réexaminé s'il est décidé que tous les seuils seront spécifiés dans les règlements en matière de passation de marché et non dans la Loi type elle-même.

¹⁸ Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur la manière dont les considérations justifiant une exception peuvent différer selon qu'il s'agit de la présente disposition ou de l'article 64-3.

retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur peut n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de sa soumission que celle-ci a été acceptée mais dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

19. La seconde méthode (énoncée au paragraphe 6) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté la soumission retenue d'un marché écrit conforme à la soumission. Ce n'est possible que si le dossier de sollicitation comporte cette exigence. L'exigence d'un document écrit ne devrait pas être considérée comme une norme pour l'ensemble des procédures de passation de marchés. Les États adoptants sont invités à indiquer dans leurs règlements en matière de passation des marchés les circonstances dans lesquelles un document écrit peut être exigé, en tenant compte du fait que cette exigence peut être particulièrement lourde pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers et si l'État adoptant impose des mesures de vérification du pouvoir de signature.

20. La troisième méthode (énoncée au paragraphe 7) dispose que le marché entre en vigueur lorsqu'il est approuvé par une autre autorité. Dans les États adoptant cette disposition, les règlements en matière de passation des marchés pourront préciser les circonstances dans lesquelles cette approbation sera requise (par exemple, uniquement lorsque le marché dépasse une valeur donnée). Le paragraphe 7 réaffirme le rôle du dossier de sollicitation, qui indique aux fournisseurs ou entrepreneurs, dès le début de la procédure, les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit donner une estimation du délai nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prolongation de la période de validité de la soumission retenue ni de la garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque qu'un entrepreneur ou fournisseur retenu ne reste engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée sans l'assurance que le marché entrera finalement en vigueur.

21. Afin de promouvoir les bonnes pratiques dans la passation de marchés, le paragraphe 8 précise que si le fournisseur ou entrepreneur dont la soumission est acceptée ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 6, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider d'attribuer le marché ou l'accord-cadre à la soumission à retenir suivante. Celle-ci est déterminée conformément aux dispositions régissant normalement la sélection de la soumission à retenir dans le cadre d'une méthode ou technique particulière de passation de marché. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure dans de tels cas vise à limiter les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs. [Il convient d'ajouter des indications sur l'utilité de cette disposition dans la Loi type.]

Article 22. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation de marchés et la responsabilité de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public pour ce qui est de l'utilisation des fonds publics, l'article 22 exige que l'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation est distincte de celle prévue à l'article 21-10 de communiquer un avis d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre le cas échéant) aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté des soumissions dans la procédure de passation concernée, et de celle prévue à l'article 24-2 de communiquer à toute personne qui le demande les informations de cette nature figurant au procès-verbal. La Loi type ne précise pas comment l'avis est publié; cette question est laissée à l'État adoptant qui, comme le suggère le paragraphe 3, peut la traiter dans les règlements en matière de passation de marchés. Pour les règles minimales s'appliquant à la publication de ce type d'information, voir les indications concernant l'article 5 (aux paragraphes ... ci-dessus), qui sont pertinentes dans ce cadre.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, aussi faible soit leur valeur, [le paragraphe 2 permet à l'État adoptant de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication ne serait pas exigée. Cependant, comme cette valeur seuil pourrait être sujette à des changements périodiques dus par exemple à l'inflation, il serait peut-être préférable de la fixer dans les règlements en matière de passation des marchés, qui seraient probablement moins compliqués à modifier que la législation]¹⁹. Le paragraphe 2 exige la publication périodique, au moins une fois par an, d'un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. L'exception de l'obligation de publication visée au paragraphe 2 concernant les marchés de faible valeur attribués au titre d'un accord-cadre, il est peu probable qu'elle porte sur les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés ainsi attribués excéderait très probablement la faible valeur du seuil.

¹⁹ Il faudra peut-être reformuler le texte entre crochets en fonction de la décision de la Commission concernant le lieu où les seuils devraient être précisés.