



Assemblée générale

Distr.: Limitée
20 février 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Neuvième session
New York, 24-28 avril 2006

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	3
II. Remarques générales	4-49	3
A. Portée du sujet	4-6	3
B. Types de listes	7-22	4
1. Classement en fonction de l'effet de l'inscription	8-13	4
2. Classement en fonction de l'objet	14-16	5
3. Classement selon le degré de formalisme	17-18	6
4. Classement en fonction du degré de centralisation et d'intégration	19-22	7
C. Utilisation des listes de fournisseurs dans les procédures de passation de marchés	23-28	7
1. Planification de la passation du marché	23	7
2. Base de sélection des fournisseurs	24-25	8
3. Qualification des fournisseurs	26-28	8



	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
D. Problèmes que peut poser l'utilisation de listes de fournisseurs	29-39	9
1. Exclusion	29-32	9
2. Absence de transparence	33-34	10
3. Fragmentation du marché	35-36	10
4. Difficultés liées à la tenue des listes	37-39	11
E. Portée de la réglementation	40-49	11
1. Réglementation aux échelons national et international	40-46	11
2. Mesures de contrôle imposées à l'utilisation des listes de fournisseurs . . .	47-49	13

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type")¹ est présenté aux paragraphes 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41 dont le Groupe sera saisi pour examen à sa neuvième session.

2. À sa sixième session (Vienne, 30 août - 3 septembre 2004), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les dispositions de la Loi type révisée ou du Guide pour l'incorporation relatives aux listes de fournisseurs. Il est convenu qu'il conviendrait, dans le contexte de la révision de la Loi type, de reconnaître l'existence des listes de fournisseurs et de l'utilisation qui en est faite. Le Groupe de travail a remis un examen détaillé de cette question à une session future (A/CN.9/568, par. 61 et 67). À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail a décidé d'aborder la question des listes de fournisseurs à sa session suivante si le temps le permettait (A/CN.9/590, par. 10).

3. La présente note et son additif ont été établis en vue de faciliter l'examen de cette question par le Groupe de travail. La présente note contient des informations de caractère général sur l'utilisation des listes de fournisseurs et passe en revue les types de listes, l'utilisation qui en est faite lors des processus de passation de marchés, les problèmes que soulève l'utilisation de ces listes, la portée de la réglementation nationale et internationale et les mesures de contrôle imposées concernant l'utilisation de ces listes. L'additif décrit la situation établie par la Loi type en ce qui concerne les listes de fournisseurs, rappelle les travaux préparatoires pertinents, contient un résumé de l'examen de la question par le Groupe de travail à sa sixième session, en 2004, analyse les différentes possibilités de réforme que le Groupe de travail voudra peut-être examiner quant aux dispositions à insérer à propos de l'utilisation de listes de fournisseurs dans la Loi type révisée et/ou le Guide et contient des suggestions de rédaction sur ce point.

II. Remarques générales

A. Portée du sujet

4. Les listes de fournisseurs à l'examen sont celles qui sont établies en vue d'être utilisées comme répertoire commode d'informations au sujet des fournisseurs qui y figurent pour la passation de plus d'un marché. Qu'elles se présentent sur papier ou sous forme électronique, elles sont utilisées à différentes fins partout dans le monde. Les systèmes et méthodes électroniques de passation de marchés se sont développés et les utilisations de ces listes se sont multipliées aussi bien pour la passation de marchés qu'à d'autres fins, tandis que leur application et leur fonctionnement sont aujourd'hui plus efficaces et moins coûteux aussi bien pour les entités adjudicatrices que pour les fournisseurs.

5. Sont exclus de l'examen: i) les divers types de registres de professions et de métiers utilisés pour la certification et l'agrément d'entreprises se livrant à des activités commerciales au sens général ou opérant dans un secteur déterminé, de même que les

listes de produits qui ont été certifiés comme répondant aux règles et normes applicables (et par conséquent jugés appropriés en vue d'une acquisition par des entités publiques) et les listes semblables. Bien qu'elles soient liées à l'utilisation des listes de fournisseurs et au processus de passation de marchés,¹ ces listes ne sont pas créées et ne sont pas utilisées spécifiquement à cette fin; ii) les listes de marchés qui ont pour but de consigner les activités de passation de marchés menées par des entités publiques pendant une période déterminée; bien que certaines d'entre elles puissent proposer des informations au sujet des fournisseurs participants, les données qui s'y trouvent n'ont pas principalement pour objet de servir à la passation de futurs marchés; iii) les listes de présélection et de qualification établies dans le contexte de la passation des marchés spécifiques; les critères d'inclusion sur ces listes dépendront plus directement du marché dont il s'agit et des besoins de l'entité adjudicatrice que dans le cas des listes de fournisseurs; ces listes sont tenues non pas en vue d'être utilisées, comme dans le cas des listes de fournisseurs, pour la passation de futurs marchés, mais seulement aux fins d'un marché spécifique en vue duquel elles sont expressément compilées; et iv) les listes utilisées dans le contexte de certaines procédures souples d'adjudication, comme les accords-cadres avec de multiples fournisseurs ou les systèmes d'achat dynamiques (voir les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1).

6. La ligne de démarcation entre les listes de fournisseurs et ce dernier type de listes peut être tenue, spécialement si les conditions de l'arrangement intervenu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur ne sont pas définies avec précision et ne lient aucune des parties.² Néanmoins, dans toutes ces procédures souples d'adjudication, l'entité adjudicatrice établit normalement au moins les spécifications standard minimums et les conditions applicables à la passation de marchés futurs du même type et les parties conviennent, tout au moins, des conditions contractuelles minimums. En outre, dans le cadre de telles procédures, l'entité adjudicatrice est plus proche de l'attribution du marché que lorsqu'elle établit une liste de fournisseurs. La plupart des réglementations examinées (voir les paragraphes 40 à 46 ci-dessous), traitent les listes de fournisseurs et ces procédures d'attribution des marchés comme des arrangements distincts dont chacun est soumis à des règles et des systèmes de contrôle différents. En fait, certains des textes examinés interdisent d'utiliser les procédures d'attribution des marchés pour établir des listes de fournisseurs, le but étant de veiller à ce que le contrôle exercé sur les listes de fournisseurs, en particulier sur leur publicité et sur le maintien de la possibilité pour les nouveaux fournisseurs de s'y faire inscrire (voir les paragraphes 0 à 49 ci-dessous), ne soit pas compromis.³

B. Types de listes

7. Les listes de fournisseurs se distinguent les unes des autres par différents aspects clés, mais surtout par l'impact que l'inscription sur une liste a sur la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus de passation des marchés. Cet aspect, ainsi que le but en vue duquel les listes sont établies, ont à leur tour un impact direct sur le formalisme et la procédure d'utilisation des listes.

1. Classement en fonction de l'effet de l'inscription

8. Selon l'impact de l'inscription sur la liste sur la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus de passation de marchés, les listes peuvent être obligatoires ou facultatives.

9. Les listes sont obligatoires lorsque seuls peuvent participer au processus d'attribution des marchés visés les fournisseurs qui y sont inscrits. Lorsque l'absence d'inscription sur la liste n'affecte pas les droits des fournisseurs de participer à la procédure d'attribution des marchés visés par la liste, les listes sont facultatives.

10. Dans certains systèmes l'absence d'inscription n'affecte pas la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus d'attribution des marchés visés par les listes en général, mais l'entité adjudicatrice peut, dans le dossier d'appel d'offres, subordonner la participation à la procédure d'attribution de marchés spécifiques à une inscription sur la liste.⁴ L'entité adjudicatrice peut également exiger qu'un fournisseur soit inscrit sur la liste pour se voir attribuer un marché.⁵

11. Dans le cas des listes obligatoires, il se peut que l'entité adjudicatrice puisse ou doive, conformément à la loi ou à l'accord intervenu avec les fournisseurs inscrits, ne pas porter la passation d'un marché à la connaissance de fournisseurs non inscrits ou ne pas accepter leur participation. Selon d'autres systèmes, l'inscription peut être obligatoire pour pouvoir participer à la procédure de passation du marché, mais l'entité adjudicatrice est tenue de rendre publiques les listes et d'accepter la participation à la procédure d'autres fournisseurs qui n'y figurent pas sous réserve de certaines conditions, par exemple si de nouveaux fournisseurs peuvent raisonnablement se faire inscrire sur la liste en temps utile.⁶ Dans certaines circonstances, les fournisseurs peuvent être exemptés de l'obligation de se faire inscrire.⁷

12. Il peut exister dans un pays divers types de listes. L'inscription obligatoire est habituellement le cas pour pouvoir participer au processus de passation de marchés i) dans certains secteurs, le plus souvent dans celui des travaux publics,⁸ ii) pour l'acquisition de certaines catégories de biens, de travaux et de services,⁹ iii) lorsque certaines méthodes ou techniques, habituellement les soumissions électroniques,¹⁰ sont utilisées, iv) au-dessus d'un certain seuil de valeur et/ou v) lorsque le marché doit être attribué par certaines entités.

13. Dans la pratique, la différence entre les listes facultatives et les listes obligatoires est souvent plus claire. Même les listes qui sont censées être facultatives peuvent aisément devenir obligatoires dans la pratique si les invitations à soumissionner ne sont adressées qu'aux fournisseurs inscrits. Dans certains systèmes, par exemple, les appels d'offres restreints fondés sur des listes de présélection établies sur la base des listes de fournisseurs inscrits, même si celles-ci sont facultatives, est la méthode privilégiée pour la passation des marchés, ce qui signifie que, dans la pratique, un fournisseur ne peut traiter avec le secteur public que s'il est inscrit sur la liste.¹¹

2. Classement en fonction de l'objet

14. À une extrémité du spectre, l'on trouve les listes qui sont fréquemment de simples listes de publipostage, l'inscription ne reflétant aucune évaluation des qualifications des fournisseurs considérés comme pouvant participer au processus d'attribution de marchés: tous les fournisseurs qui s'intéressent aux marchés visés par la liste y sont inscrits mais leurs qualifications ne sont vérifiées que lors d'un appel d'offres déterminé. Dans le domaine électronique surtout, l'utilisation de listes d'inscription, sous une forme ou sous une autre, est dans une certaine mesure indispensable au fonctionnement, à la sûreté et à la sécurité des systèmes électroniques (par exemple pour que le système puisse identifier et enregistrer les

fournisseurs potentiels, leur permettre d'accéder au site électronique sur lequel sont affichés les marchés, d'établir une différenciation entre ces droits, de communiquer avec des fournisseurs en leur envoyant des informations et/ou en vérifiant les informations reçues des fournisseurs).

15. À l'autre extrémité du spectre se trouvent les listes de fournisseurs qui ont essentiellement pour objet de faire un tri parmi les fournisseurs pouvant être appelés à participer au processus d'attribution de futurs marchés. Ce tri peut être plus ou moins intense et aller d'une évaluation initiale d'un minimum d'information concernant les qualifications des fournisseurs qui pourraient participer au processus d'attribution de marchés en général¹² à une présélection sur la base des critères ou de certains des critères auxquels les fournisseurs potentiels doivent répondre pour pouvoir participer au processus d'attribution des marchés par la liste.¹³ Ces types de listes sont souvent appelées "listes de fournisseurs qualifiés" ou "listes de fournisseurs approuvés ou qualifiés".

16. Dans le domaine électronique, la distinction entre les listes de fournisseurs qualifiés et les simples listes d'enregistrement n'est pas toujours claire. Par exemple, certaines listes d'inscriptions électroniques qui ne seraient au début, en quelque sorte, qu'une rubrique des "pages jaunes" dans laquelle les fournisseurs sont indiqués et identifiés en fonction d'informations élémentaires, comme leur nom, leur adresse et les types de biens et de services qu'ils offrent, sont devenues des systèmes plus complexes. Certains d'entre eux sont liés à des répertoires et systèmes commerciaux, professionnels ou autres (en particulier les systèmes de paiement d'impôts et de cotisations à la sécurité sociale), qui permettent, lorsqu'un fournisseur est inscrit sur la liste, d'évaluer automatiquement, dans le même temps, au moins certaines données essentielles.¹⁴ À mesure que la technologie évolue, d'autres fonctions plus complexes pourraient être intégrées aux listes électroniques de fournisseurs et permettre d'évaluer automatiquement d'autres types de qualifications, par exemple les résultats passés, et de classer les fournisseurs en conséquence.¹⁵

3. Classement selon le degré de formalisme

17. L'inscription sur la liste peut se faire à la suite d'une demande formelle d'inscription par les fournisseurs potentiels, de l'évaluation de ces demandes par les institutions compétentes et l'approbation de l'inscription des fournisseurs potentiels qui ont satisfait aux conditions d'inscription et les ont acceptées (par exemple, dans le cas des systèmes électroniques de passation de marchés, les fournisseurs sont habituellement tenus d'accepter certaines règles de communication, de propriété, d'utilisation, de confidentialité et de sécurité de l'information ainsi que des dénis de responsabilité de la part de l'autorité chargée de l'inscription¹⁶).

18. En revanche, certaines listes sont établies sans aucune demande formelle de la part des fournisseurs potentiels. De telles listes peuvent être établies de façon informelle par les entités adjudicatrices sur la base des informations dont elles disposent au sujet des fournisseurs ayant déjà participé à des procédures d'attribution des marchés ou sur la base des réponses fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels aux questionnaires qui leur ont été communiqués.

4. Classement en fonction du degré de centralisation et d'intégration

19. Les listes peuvent être tenues de façon centralisée ou décentralisée. Dans les systèmes centralisés, la liste est tenue par l'autorité désignée pour les marchés passés à tous les niveaux de l'administration, qu'il s'agisse de l'administration ou des administrations locales. Dans les systèmes décentralisés, la liste tenue par l'administration centrale peut ne s'appliquer qu'aux marchés passés par elle tandis que les municipalités et autres entités adjudicatrices peuvent tenir des listes aux fins de leurs propres marchés¹⁷ et peuvent exiger ou ne pas exiger l'inscription sur une liste centrale. Dans d'autres systèmes décentralisés, il n'existe aucun répertoire central. Il se peut que les listes soient tenues par plusieurs ministères au niveau de l'administration centrale, mais aussi par les autorités locales et différentes entités adjudicatrices. Il se peut également que des listes de fournisseurs soient tenues par des entités n'appartenant pas aux structures de l'administration publique, par exemple des chambres de commerce.¹⁸

20. Une liste peut être établie à l'intention de plusieurs entités et, en pareille situation, il est habituellement exigé que ce fait et le nom des entités pouvant utiliser la liste soient rendus publics.¹⁹ Les entités adjudicatrices qui ne tiennent pas leurs propres listes peuvent choisir celle qu'elles entendent utiliser parmi les listes qui existent.²⁰ Ce type de système est critiqué pour le motif que l'utilisation d'une liste arbitrairement choisie débouche fréquemment sur un favoritisme et d'autres abus.

21. Les listes peuvent englober tous les types de marchés pour tous les secteurs de l'économie²¹ ou ne concerner qu'un secteur spécifique (par exemple les travaux publics, les services, etc.) ou un type déterminé de biens, de travaux ou de services.²² Lorsque la liste est limitée à certains secteurs, l'on constate fréquemment des répétitions ou des doubles emplois parmi les fournisseurs inscrits ainsi que dans les activités de certification des organes de tutelle des différents secteurs ou branches d'activités.²³

22. Depuis qu'il existe des systèmes électroniques de passation de marchés, un plus grand nombre de pays sont passés de systèmes de listes décentralisées et non intégrées à des systèmes centralisés et intégrés.²⁴ C'est cette dernière approche qui est également recommandée par les banques multilatérales de développement dans la mesure où elle permet de réaliser des économies, d'éviter les doubles emplois et d'assurer la cohérence des listes utilisées²⁵ ainsi que d'éviter aux fournisseurs d'avoir à remplir maintes fois les formalités d'inscription.²⁶

C. Utilisation des listes de fournisseurs dans les procédures de passation de marchés

1. Planification de la passation du marché

23. Les listes de fournisseurs peuvent refléter la conjoncture sur le marché et ainsi être utilisées pour préparer la procédure, par exemple pour choisir une méthode d'appel d'offres. Il se peut par exemple que les listes indiquent clairement, dès le début de la procédure, que seul un fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs détiennent les droits afférents aux biens ou aux services devant être acquis (par exemple brevets, copyrights ou autres droits exclusifs liés à l'invention technique ou à la création artistique), ce qui justifierait le recours à des appels d'offres restreints ou à la sollicitation d'offres sans appel à la concurrence.

2. Base de sélection des fournisseurs

24. En règle générale, les listes de fournisseurs peuvent être utilisées, dans le contexte des appels d'offres, comme listes de publi-postage venant compléter d'autres moyens de sollicitation. Dans un pays au moins, le dossier peut subordonner la participation à l'appel d'offres ouvert à l'inscription préalable sur une liste de fournisseurs.²⁷

25. Dans le cas des appels d'offres non ouverts, les listes peuvent être utilisées comme moyen supplémentaire ou comme seul moyen de sélection des entrepreneurs ou des fournisseurs pouvant participer à la procédure de passation du marché.²⁸ En outre, lorsque seuls les fournisseurs titulaires d'une patente peuvent exécuter un marché, la procédure d'attribution du marché sera généralement menée sur la base d'une liste des fournisseurs agréés (approuvés).²⁹

3. Qualifications des fournisseurs

26. Le fait qu'un fournisseur est inscrit sur la liste peut être invoqué, dans le contexte d'un marché spécifique, pour établir que l'intéressé réunit une ou plusieurs des qualifications exigées pour l'inscription.³⁰ Ainsi, l'inscription sur une liste de fournisseurs peut éliminer la nécessité de déterminer si les fournisseurs remplissent ou non les qualifications ou certaines des qualifications exigées pour participer à la procédure de passation de marchés spécifiques et ainsi compléter ou remplacer les étapes de vérification, a priori ou a posteriori, des qualifications des fournisseurs. Tel est l'un des avantages les plus fréquemment cités des listes de fournisseurs qualifiés, mais cela dépend de la question de savoir si les fournisseurs qui participent à la procédure de passation de marchés spécifiques ont ou non été inscrits sur la liste étant donné que, dans les listes facultatives, cet avantage est limité aux fournisseurs qui ont décidé de se faire inscrire et dépend de la mesure dans laquelle les qualifications des fournisseurs ont été évaluées lors de leur inscription ainsi que de la pertinence de ces évaluations dans le contexte du marché envisagé.

27. L'inscription sur une liste de fournisseurs peut suffire pour déterminer la mesure dans laquelle un fournisseur a les qualifications requises pour participer à une procédure de passation de marchés de routine portant sur des produits simples. Dans certains systèmes, une telle inscription remplace également la procédure de présélection individuelle pour des projets complexes et de grande envergure.³¹ Dans d'autres, les informations générales sur les qualifications des fournisseurs qui demandent à se faire inscrire peuvent ne pas être suffisantes pour apporter la preuve de leurs qualifications ou de leurs capacités d'exécuter un marché déterminé. Si la participation à la procédure de passation du marché dépend d'un fait dont la preuve n'a pas eu à être apportée lors de l'inscription sur la liste, l'entité adjudicatrice peut exiger que ce fait soit établi. Il peut également être exigé, dans le contexte de la procédure de passation d'un marché spécifique, que les fournisseurs mettent à jour les informations qu'ils ont communiquées lors de leur inscription.

28. Dans certains pays, une déclaration sous serment du fournisseur attestant qu'il est dûment inscrit sur une liste suffit à établir cette inscription et à certifier les faits auxquels l'inscription a été subordonnée.³² Le plus souvent, un certificat d'inscription en cours de validité fait foi et spécifie les informations que le fournisseur a

communiquées à l'autorité compétente pour pouvoir se faire inscrire sur la liste ainsi que, le cas échéant, la classification attribuée.³³

D. Problèmes que peut poser l'utilisation de listes de fournisseurs

1. Exclusion

29. L'utilisation de listes de fournisseurs peut considérablement limiter l'accès aux marchés et réduire la concurrence en excluant les fournisseurs qui ne sont pas inscrits. Ce risque existe surtout dans le cas des listes obligatoires, mais il peut surgir aussi dans le cas des listes facultatives étant donné que, comme indiqué ci-dessus (voir paragraphe 13), la différence entre les listes obligatoires et les listes facultatives s'estompe fréquemment.

30. Selon les règles qui régissent l'inscription sur les listes et le degré de latitude dont jouissent les autorités qui en sont responsables, il se peut que les soumissionnaires qui seraient qualifiés pour le type de marché envisagé par la liste n'y figurent pas tous. Il arrive en effet que l'inscription sur les listes soit limitée aux meilleurs fournisseurs ou à ceux qui sont privilégiés par une autorité responsable. Il peut s'agir soit des fournisseurs qui offrent des prestations relativement meilleures que les autres au regard des critères généraux de modification (par exemple ceux qui ont le plus d'expérience) ou ceux qui ont plus de chance de soumettre les meilleures offres (par exemple ceux qui soumettent toujours des offres compétitives). Ce dernier critère d'inclusion est fort commun, les listes étant fréquemment compilées sur la base des performances passées des fournisseurs, ce qui conduit à exclure ceux qui sont considérés comme ayant été peu performants.

31. Une très large latitude peut également être accordée à l'autorité chargée de l'établissement de la liste pour ce qui est de pénaliser, notamment en les biffant de la liste ou en les mettant sur une "liste noire", les fournisseurs dont les services n'ont pas donné satisfaction ou qui ont été impliqués dans divers types d'irrégularités (comme corruption ou fraude). Dans certains cas, il est interdit aux sociétés ayant été biffées de la liste de redemander une inscription, et ce pendant des périodes fort longues. De telles sanctions peuvent également être appliquées en cas d'observation d'autres obligations comme le paiement des cotisations à la sécurité sociale ou à l'assurance contre les accidents du travail ou des impôts.³⁴ Cependant, il arrive aussi qu'il n'y ait pas de contrôle suffisant et qu'il ne soit pas imposé de conditions détaillées, ce qui se traduit par des sanctions excessives, une discrimination entre fournisseurs et d'autres abus.

32. Il peut également y avoir différentes formes d'exclusion lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont sélectionnés en vue d'un marché spécifique. Il arrive que les fournisseurs inscrits sur la liste ne soient pas tous sollicités pour l'attribution d'un marché déterminé et que des critères de qualification, normes ou conditions de procédure plus rigoureuses soient appliqués aux fournisseurs ne figurant pas sur la liste qu'à ceux qui, y étant inscrits, sont considérés comme qualifiés dans le contexte du marché en question.

2. Absence de transparence

33. Dans le contexte de la passation des marchés, ce sont les listes qui, contrairement aux apparences, ne sont pas utilisées de façon transparente qui risquent d'affecter le plus la concurrence. Tel est le cas notamment lorsque les caractéristiques essentielles des listes de fournisseurs ne sont pas toutes portées à la connaissance du public en général ou des fournisseurs intéressés.

34. C'est ainsi par exemple que les conditions qui peuvent déboucher sur une radiation de la liste ou sur l'inscription sur une "liste noire" sont rarement définies en détail. En outre, dans le cas des régimes de passation des marchés qui permettent de solliciter certains des fournisseurs inscrits sur la liste mais pas tous, les méthodes employées pour sélectionner les fournisseurs inscrits (roulement, ordre chronologique d'inscription sur la liste ou autres méthodes) sont rarement rendues publiques, de sorte que les possibilités de soumissionner sont inégalement réparties, contrairement aux principes de transparence, d'égalité et de non discrimination entre fournisseurs potentiels. Dans d'autres cas, il se peut qu'il n'ait été prévu aucun système de sélection mais que les entités adjudicatrices soient tenues, par exemple, de changer de fournisseurs aussi fréquemment que possible, ce qui, à toutes fins utiles, permet aux entités adjudicatrices de décider à leur gré des fournisseurs à solliciter en vue d'un marché déterminé.³⁵

3. Fragmentation du marché

35. L'utilisation de listes de fournisseurs qualifiés comme base de sélection des entrepreneurs ou fournisseurs pouvant participer à l'attribution d'un marché spécifique peut également entraîner une fragmentation du marché, de sorte que les marchés d'une valeur déterminée risquent d'être toujours attribués aux fournisseurs occupant la classification correspondante sur la liste. Les entrepreneurs inscrits sur les listes de fournisseurs qualifiés sont souvent classés selon leur capacité d'exécution, la valeur minimum des marchés auxquels ils s'intéressent, les biens et les services qu'ils offrent et d'autres considérations. Les systèmes de classement employés dans le cas de certaines listes vont encore plus loin et permettent d'établir des catégories de fournisseurs selon leurs qualifications techniques et économiques, leur rapidité d'exécution, la qualité, la quantité et le coût de leurs services, les modalités de paiement et d'autres critères.³⁶ Comme il arrive que des critères d'évaluation différents soient appliqués pour l'inscription des fournisseurs dans les diverses catégories prévues par la liste,³⁷ la preuve de l'inscription conformément au système de classification utilisé est une preuve que les fournisseurs inscrits sont jugés, selon la catégorie dans laquelle ils ont été rangés, comme qualifiés pour l'attribution d'un marché. Dans certains systèmes, les fournisseurs inscrits dans une catégorie ne peuvent pas participer à un appel d'offres concernant un marché d'une autre catégorie.³⁸

36. En outre, la fragmentation du secteur peut être intensifiée par différentes politiques socio-économiques ou autres de l'État qui influent sur le fonctionnement des systèmes de listes (par exemple les programmes réservés) et qui peuvent avoir pour but: i) d'identifier les groupes cibles ayant besoin d'assistance ou pour lesquels des préférences ont été prévues et de permettre à ces groupes de déterminer les types d'assistance ou d'autres mesures dont ils peuvent bénéficier; ii) de faciliter l'attribution des marchés sur une base régionale; et iii) de remédier à des inégalités dans la répartition des ressources ou à des schémas discriminatoires. Dans le cas des

programmes réservés visant à promouvoir le développement des petites entreprises, par exemple, il se peut que les entités adjudicatrices soient tenues de promouvoir dans toute la mesure possible la participation des petites et moyennes entreprises à la procédure de passation des marchés. Ainsi, on peut interdire aux entreprises rangées dans une catégorie supérieure de soumissionner pour l'attribution de marchés de moindre envergure pour les empêcher de toujours présenter des offres plus avantageuses que les petites entreprises et ainsi priver celles-ci de la possibilité de se voir attribuer un marché.³⁹

4. Difficultés liées à la tenue des listes

37. Il a été dit aussi qu'il est difficile, dans la pratique, de tenir des listes de fournisseurs qualifiés, en particulier que les informations concernant les qualifications des fournisseurs reflétés dans liste deviendront obsolètes⁴⁰ et feront l'objet de contestations et que les règles qui régissent l'utilisation de la liste apparaîtront soit comme extrêmement restrictives (et par conséquent comme limitant l'accès, la concurrence et la transparence), soit comme difficiles à appliquer et à administrer.⁴¹

38. En outre, les listes peuvent entraîner des dépenses d'administration inutiles, parfois élevées,⁴² aussi bien pour les fournisseurs que pour les entités adjudicatrices lorsque des fournisseurs qui n'ont guère de probabilités de se voir attribuer un marché se font inscrire ou demandent à se faire inscrire. Par exemple, autoriser une libre inscription et simultanément appliquer des mesures de contrôle qui exigent de revoir constamment une longue liste de fournisseurs alors qu'un petit nombre d'entre eux seulement pourront commissionner pour un marché spécifique peut coûter fort cher. Toutefois, si la liste n'est pas constamment revue, les informations qui y figurent ou celles qui ont été présentées lors de l'inscription ne seront que d'une utilité douteuse dans la mesure où elles ne reflèteront pas les capacités nouvelles qu'ont pu acquérir les fournisseurs potentiels ni les changements intervenus depuis l'inscription. De ce fait, l'on risque qu'un marché soit attribué à un fournisseur qui n'aurait pas les qualifications adéquates, ou bien que des fournisseurs qualifiés se trouvent exclus, particulièrement lorsque le secteur est fragmenté.⁴³

39. Dans certains pays, il est difficile aussi de suivre l'efficacité des différentes politiques socio-économiques et de politiques de réglementation des marchés qui affectent l'utilisation des listes et de modifier de telles politiques et de tels programmes ou de les abroger s'ils s'avèrent manquer d'efficacité.

E. Portée de la réglementation

1. Réglementation aux échelons national et international

40. L'on trouve des dispositions réglementant l'utilisation des listes de fournisseurs dans des instruments aussi bien nationaux qu'internationaux. Du fait du risque de discrimination que peut entraîner l'utilisation de listes de fournisseurs pour les soumissionnaires étrangers,⁴⁴ plusieurs accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange tendant, entre autres, à promouvoir l'ouverture et l'intégration du secteur des marchés publics ont cherché à résoudre ce problème.

41. L'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui se réfère dans ce contexte aux "listes permanentes de fournisseurs

qualifiés",⁴⁵ reconnaît la possibilité d'utiliser des listes obligatoires ou facultatives de fournisseurs dans le cadre des procédures sélectives de passation des marchés. Cet accord impose un certain nombre de règles à cet égard. Dans le cas des procédures restreintes, lorsqu'un appel à la concurrence n'est pas approprié (par exemple en cas d'urgence), les règles de l'Accord concernant les listes de fournisseurs ne sont pas applicables.⁴⁶

42. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) autorise l'utilisation de listes de fournisseurs, conformément à des règles et à des régimes de contrôle très semblables à ceux prévus par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.⁴⁷ Les Principes régissant les marchés publics dépourvus de caractère obligatoire adoptés sous l'égide de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique ne contiennent guère de dispositions concernant spécifiquement cette question mais envisagent la possibilité d'établir "un répertoire de fournisseurs appropriés" sous réserve de certaines mesures spécifiques de contrôle et du respect des principes généraux de transparence, d'économie, de concurrence, d'équité, d'obligation redditionnelle, de régularité de la procédure et de non discrimination.⁴⁸

43. Les directives de l'Union européenne (UE) relatives à la passation des marchés prévoient un régime dualiste, le régime applicable aux entités adjudicatrices de l'État étant plus rigoureux que celui qui s'applique aux entités du secteur des services d'utilité publique. Ces dernières, y compris celles qui appartiennent à l'État ou dans lesquelles l'État détient une participation, sont autorisées, conformément aux directives applicables de l'UE (directive 2004/17/CE) à utiliser les listes facultatives et obligatoires de qualification (la directive se réfère, dans ce contexte, aux "systèmes de qualification"), sous réserve de mesures de contrôle semblables à celles prévues par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.⁴⁹ L'autre directive pertinente de l'UE (directive 2004/18/CE), applicable aux entités adjudicatrices de l'État, n'autorise les États membres qu'à introduire, à titre facultatif, des listes officielles d'"opérateurs économiques approuvés" et des systèmes de "certification". Elle régleme l'accès aux marchés publics passés dans un État membre qui applique un tel système de liste ou de certification des fournisseurs d'un autre État membre qui ne figurent pas sur cette liste ou qui ne sont pas certifiés.⁵⁰

44. Plusieurs accords bilatéraux de libre-échange évoquent expressément la question des listes.⁵¹ Tous subordonnent l'utilisation du système de listes aux principes généraux de transparence, d'objectivité et de non-discrimination et imposent à leur utilisation un certain nombre de mesures de contrôle explicites semblables à celles prévues par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC. Certains d'entre eux appliquent aux parties, par voie de référence, les dispositions pertinentes de cet accord ou d'instruments régionaux (par exemple l'ALENA).⁵²

45. Les banques multilatérales de développement n'admettent pas, dans le cadre des procédures d'appels d'offres internationaux, que les fournisseurs doivent obligatoirement être inscrits sur une liste. Ces banques et les autres institutions internationales qui s'occupent de la réforme des marchés publics dans les pays où elles opèrent, comme l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE),⁵³ s'accordent généralement à considérer que subordonner la participation à la procédure de passation des marchés à l'inscription des soumissionnaires sur une liste n'est pas une pratique opportune. Dans les pays où existe le système d'inscription, ces institutions recommandent qu'il soit découplé de tous les aspects de la présélection des fournisseurs autorisés à soumissionner. Selon

elles, le mieux est d'appliquer un système de préqualification au cas par cas lorsque cela est nécessaire pour des marchés de très grande envergure ou très complexes, ce processus étant habituellement onéreux, lourd et long aussi bien pour les entités adjudicatrices que pour les fournisseurs. Dans les autres cas, il convient d'appliquer un système de post-qualification pour déterminer si le fournisseur retenu remplit les conditions et a les qualifications requises pour exécuter un marché déterminé. Ces principes et d'autres règles concernant l'utilisation de la liste des fournisseurs ont été reflétés dans les règles et normes internationales applicables aux systèmes de marchés publics dans les pays membres adoptés par l'OCDE et la Banque mondiale.⁵⁴

46. Les réglementations nationales concernant les listes de fournisseurs qui ont été analysées aux fins de la présente étude sont celles de différents pays d'Afrique (Afrique du Sud, Maroc, Ouganda, République-Unie de Tanzanie) et d'Asie (Chine, Inde, Indonésie, Malaisie, Mongolie et Philippines, République de Corée et Singapour), de l'Australie, du Canada, de pays d'Amérique latine (Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica et Mexique) et d'Europe orientale (Bulgarie et Serbie-et-Monténégro), de quelques pays de l'UE (Autriche, Estonie, République slovaque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) ainsi que des États-Unis.

2. Mesures de contrôle imposées à l'utilisation des listes de fournisseurs

47. La plupart des réglementations analysées ont pour but de réduire les risques liés à l'utilisation des listes, et en particulier les restrictions que leur utilisation peut représenter pour la concurrence, ainsi que les risques de corruption, de collusion des fournisseurs, de protectionnisme et de favoritisme. Certaines des réglementations analysées subordonnent l'utilisation de telles listes à des principes généraux comme la transparence, la non-discrimination et l'absence de restriction de la concurrence, mais d'autres y ajoutent un certain nombre de mesures de contrôle. Le degré de contrôle peut dépendre de facteurs comme l'entité qui utilise les listes de fournisseurs⁵⁵ et le type de liste (les listes obligatoires faisant l'objet de mesures de contrôle plus rigoureuses et plus détaillées que les listes facultatives).

48. Les mesures de contrôle les plus communes spécifient les conditions dans lesquelles doivent être utilisées les listes de fournisseurs⁵⁶ et imposent: i) une approche ouverte pour l'établissement de la liste; ii) la publicité continue des listes, des règles régissant leur utilisation, des critères appliqués pour l'inscription et la radiation et des amendements à cet égard; iii) l'application pour l'inscription sur la liste de critères objectifs, non-discriminatoires, transparents et proportionnés qui soient évalués sur une base objective; iv) un libre accès aux listes à tout moment; v) une mise à jour périodique, y compris par l'imposition de délais de validité des données figurant sur les listes; et vi) une procédure régulière (notification appropriée des décisions concernant l'inscription sur les listes, la radiation des listes, fixation de délais raisonnables pour l'adoption des décisions et existence de mécanismes de recours appropriés).⁵⁷

49. Selon certains systèmes, la notification de l'existence de la liste de fournisseurs vaut notification de tous les marchés visés par la liste. En pareil cas, cela doit habituellement être expressément stipulé dans l'avis concernant l'établissement de la liste.⁵⁸ L'Accord sur les marchés publics de l'OMC le permet pour les entités énumérées aux annexes 2 et 3 de son Appendice I (principalement entités et sociétés des services d'utilité publique locales et provinciales) mais pas pour celles figurant à

l'annexe 1 (majorité des entités centrales ou fédérales, sauf pour certaines entités qui opèrent dans le secteur des services d'utilité publique et de certaines entreprises d'État dans d'autres secteurs) qui sont tenues de publier un avis distinct pour chaque marché. De même, l'ALENA autorise ce processus pour les entités énumérées dans ses annexes 1001.1a-2 et 1001.1a-3 (entreprises d'État et entités provinciales et locales), mais pas pour les entités du gouvernement central ou fédéral.⁵⁹ À la différence de la directive de l'UE relative aux marchés publics (2004/18/CE), qui ne permet pas l'utilisation de telles listes par les entités sujettes à cette directive, la directive de l'UE relative à la passation de marchés dans le secteur des services d'utilité publique (2004/17/CE) permet aux entités du secteur public de faire savoir qu'elles utilisent un système de qualification plutôt que de devoir publier les marchés spécifiques couverts par le système et stipule qu'en pareil cas, la sélection des fournisseurs pouvant soumissionner pour l'attribution d'un marché déterminé doit être limitée à ceux qui figurent sur la liste.⁶⁰ Les règles et normes de l'OCDE et de la Banque mondiale concernant la passation des marchés internationaux prévoient que la publication d'une liste ne doit pas être considérée comme une garantie suffisante d'une concurrence ouverte, ce qui peut signifier qu'une telle procédure est acceptable dans le cas de procédures restreintes.

Notes

¹ Les fournisseurs peuvent être tenus, pour prouver qu'ils remplissent les conditions requises pour être inscrits sur la liste, de produire une pièce attestant qu'ils sont inscrits au registre du commerce ou qu'ils sont titulaires d'une patente. Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 32, lu dans le contexte des articles 36 et 37, de la loi relatives aux marchés publics de l'Estonie (19 octobre 2000, modifiée le 19 novembre 2003) ainsi que le paragraphe 2) 1 de l'article 31, lu dans le contexte de l'article 92, de la loi relative aux marchés publics (ZJN-1) de la Slovaquie (5 mai 2000).

² Aux États-Unis, par exemple, certains accords "cadres" permanents, appelés "contrats d'adjudications multiples", deviennent, essentiellement, des listes de fournisseurs: de tels accords sont conclus avec de nombreux entrepreneurs sans réel appel à la concurrence lors de l'attribution du marché (tout nouvel entrepreneur peut à tout moment s'associer au processus) en vue de l'acquisition d'une large gamme de biens et de services. L'obtention d'un contrat-cadre ne permet au fournisseur retenu que de compter sur une commande minimum garantie modeste; dans la réalité, selon le système du contrat-cadre, il y a une mini-mise au concours entre les fournisseurs lorsque les institutions adjudicatrices publient les nouveaux marchés prévus. Information communiquée au Secrétariat par un consultant. Voir également Nash R.C., Schooner S.L., et O'Brien K.R. "The Government Contracts Reference Book", 428, deuxième édition, 1998. Pour un exemple plus détaillé du système appliqué aux États-Unis et des systèmes qui existent en Australie, au Canada et en Inde, voir également le document A/CN.9/WG.I/WP.44 and Add.1.

³ Ces mesures de contrôle, cependant, sont estompées dans certains systèmes dans la mesure où ce sont les listes de fournisseurs qui sont publiées plutôt que tous les divers marchés couverts par la liste étant donné qu'en pareil cas, les listes de fournisseurs se rapprochent davantage des procédures obligatoires restreintes, selon lesquelles l'entité adjudicatrice est tenue d'attribuer le marché à l'un des fournisseurs figurant sur la liste (voir paragraphe 49). Pour un examen des différences entre les listes de fournisseurs et ces procédures souples d'attribution de marchés, voir Arrowsmith, S., "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives: Part II", *Public Procurement Law Review*, 1999, No. 8, à partir de la page 161, et en particulier pages 172 à 180.

⁴ Voir par exemple, pour l'Australie, la Directive de gestion financière No 13 concernant les procédures obligatoires de passation de marchés, janvier 2005, appendice A, page 58, disponible

à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/mandatory_procurement_procedur.html.

⁵ Par exemple au Chili (conformément à l'article 16 de la Loi 19.886 relative aux marchés publics), http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html).

⁶ Voir en particulier les articles VIIIc) et X3) de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (annexe 4b) de l'Acte final du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales, disponible à l'adresse http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf): le nombre de fournisseurs supplémentaires autorisés à participer ne peut être limité que par des considérations liées au bon fonctionnement du processus de passation de marchés.

⁷ En Colombie, par exemple, en vertu de l'article 42 de la Loi 598, une exemption de l'obligation d'inscription est accordée en cas d'urgence. En Malaisie, une exemption peut être accordée dans certaines circonstances exceptionnelles, sous réserve du dépôt d'une caution. Au Maroc, les décrets réglementant les systèmes de qualification et de classement pour certains types de travaux et de services exemptent les fournisseurs non nationaux de l'obligation d'inscription (article 18 du Décret No. 2-94-222 du 16 juin 1994, et article 19 du Décret No. 2-98-984 du 22 mars 1999).

⁸ Voir par exemple l'article 22 de la Loi colombienne relative à la passation des marchés par l'administration publique (http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM, également appelée *Ley 80 de 1993*), et le paragraphe 2 de l'article 37 de la Loi relative aux marchés publics de la Mongolie du 14 avril 2000.

⁹ Voir par exemple le cas de l'Australie, où la souscription par les soumissionnaires de l'Endorsed Supplier Arrangement (ESA) est obligatoire pour les marchés d'acquisition par l'Administration centrale de matériel informatique et de matériel de bureau de grande valeur. Voir la Directive de gestion financière No. 13, page 27, "An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement".

¹⁰ Il semble par exemple qu'au Chili et au Mexique, tout fournisseur ou entrepreneur doit être inscrit sur une liste spécifiquement désignée pour participer aux procédures électroniques de passation des marchés en général par l'entremise de Chile Compra et de Compranet (<http://www.compranet.gob.mx/>), respectivement.

¹¹ Voir, par exemple, Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. II, Main Findings and Recommendations, juin 2004, par. 130.

¹² Par exemple, les règles d'inscription pour l'utilisation du système Compranet au Mexique (<http://www.compranet.gob.mx/>), et du système CCR aux États-Unis (<http://www.ccr.gov/handbook.asp#info>). L'obligation de fournir un minimum d'informations pour l'inscription sur les listes est également prévue, par exemple, en Argentine ainsi qu'à l'article 92 de la Loi relative aux marchés publics de la République slovaque (Loi No. 523/2003 du 24 octobre 2003 et Loi portant modification de la Loi No. 575/2001 relative à l'organisation des activités de l'État et à l'organisation de l'administration centrale de l'État). Les informations prévues par ces systèmes sont habituellement limitées aux informations essentielles concernant les fournisseurs (par exemple raison sociale, statut juridique, articles offerts, coordonnées).

¹³ L'obligation de communiquer des informations plus détaillées est prévue, par exemple, au Brésil (article 35 de la Loi No. 8.666 du 21 juin 1993), au Chili (article 94 de la Loi 19.886), en Chine (article 5 du Règlement intérimaire relatif à l'enregistrement des qualifications des fournisseurs du Centre des marchés publics de l'État) et au Costa Rica (paragraphe 2 de l'article 59 du Décret présidentiel du 6 mars 1996, "*Decretos N° 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*", disponible à l'adresse <http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion%20adva.html>). Les critères appliqués à l'inscription, selon ces systèmes, peuvent porter sur l'expérience, les capacités techniques, financières et de gestion, l'organisation et la disponibilité de matériel, de personnel et de compétences du fournisseur.

¹⁴ Par exemple le SICAF au Brésil. Le Département des travaux publics et des transports des Philippines mentionne l'avantage que présente l'utilisation de listes à des fins statistiques ainsi que l'utilité que celles-ci présentent, en facilitant les contrôles, pour le recouvrement des impôts, des cotisations de sécurité sociale et des autres taxes dues à l'État (http://www.procurementwatch.org.ph/rules_related/related7.htm).

¹⁵ Par exemple le Système électronique de passation des marchés publics aux Philippines (GEPS, <http://www.procurementservice.net>), qui fonctionne sur la base d'un registre de fournisseurs et qui comporte un mécanisme de "suivi des performances" (IRR-A, section 9.1.5). Au Brésil également, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de la Loi No. 8.666, le registre mentionne la façon dont le fournisseur s'est acquitté de ses obligations. De même, à Hong Kong, le Bureau de l'environnement, des transports et travaux publics, qui tient une liste des entrepreneurs agréés, administre également un système de suivi des performances des entrepreneurs.

¹⁶ Dans le cadre du système GEPS, aux Philippines, par exemple, la conclusion d'un accord avec le fournisseur fait partie intégrante du processus d'inscription http://www.procurementservice.net/English/SUPPLIER_Tc.asp?L=1.

¹⁷ Au Brésil, par exemple, le SICAF est le registre central des fournisseurs pour les marchés du gouvernement fédéral, les autorités locales et les entités adjudicatrices étant autorisées à avoir leur propre liste. Au Chili également, les entités adjudicatrices ou celles qui acquièrent certains types de biens ou de services peuvent tenir d'autres registres sur papier ou sous forme électronique. En Chine, la certification des fournisseurs au niveau central est assurée par le Centre des marchés publics des autorités de l'État et, au plan local, par différentes autorités financières.

¹⁸ Voir par exemple, en Colombie, l'article 22 de la *Ley 80 de 1993*, aux termes duquel le classement et la qualification de tous les soumissionnaires potentiels sont assurés par les chambres de commerce locales et peuvent être vérifiés par le gouvernement national. Voir également l'article 92 de la Loi relative aux marchés publics de la Slovénie.

¹⁹ Voir par exemple en Australie, la Directive de gestion financière No. 13, pages. 57 à 59; ainsi qu'en République slovaque, le paragraphe 3 de l'article 28 de la Loi relative aux marchés publics.

²⁰ Voir par exemple le cas du Costa Rica, où la législation autorise les entités adjudicatrices qui, en raison du volume de leurs marchés ou de leurs capacités ne tiennent pas leurs propres listes, à utiliser les différents répertoires (paragraphe 4 de l'article 59 des *Decretos N° 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*). En Estonie, le paragraphe 4 de l'article 37 de la Loi relative aux marchés publics autorise l'entité adjudicatrice à utiliser une liste compilée par une autre entité dans la mesure où le système utilisé à cette fin est conforme aux exigences de l'entité qui veut utiliser cette liste ainsi qu'aux dispositions de la loi. En Slovénie, le paragraphe 2 de l'article 22 de la Loi relative aux marchés publics autorise les entités adjudicatrices du secteur des services juridiques et publics à utiliser les listes de fournisseurs qualifiés établies par d'autres entités. En Ouganda, les listes sont tenues par le Ministère des travaux publics et par le Ministère de l'éducation, et les entités adjudicatrices peuvent choisir celles qu'elles entendent utiliser à leurs propres fins (voir Banque mondiale, *Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. II, Main Findings and Recommendations*, juin 2004, par. 137).

²¹ Voir par exemple le SICAF au Brésil, comme prévu par la Loi No. 8.666.

²² À Singapour, par exemple, les registres centraux sont tenus par l'EPPU (biens et services en général), le Département des produits pharmaceutiques du Ministère de la santé (fournitures médicales et services de santé) et le Conseil de développement de l'industrie et de la construction (travaux publics et services de construction).

²³ Aux Philippines, par exemple, le Registre des entrepreneurs de travaux civils tenu par le Département des travaux publics et des transports, et une liste distincte par le Conseil de développement de l'industrie des travaux publics (DCAB), qui s'occupe du processus d'octroi de patentes., http://www.procurementwatch.org.ph/rules_related/related7.htm.

²⁴ Aux Philippines, par exemple, l'IRR-A (paragraphe 5.1 de l'article 8) prévoit l'intégration des registres électroniques existants tenus par les entités adjudicatrices au registre électronique établi pour appuyer le Système électronique de passation des marchés de l'État. En République de Corée, les multiples systèmes d'enregistrement ont été regroupés, et il n'existe plus qu'une méthode globale d'enregistrement dans le cadre du Système électronique de passation des marchés publics (GePS) "afin d'assurer l'efficacité et la transparence des marchés publics grâce à l'utilisation du Système électronique de passation de marchés de l'État" (information communiquée par la République de Corée au Groupe d'experts de l'APEC sur les marchés

publics, tenu à Phuket (Thaïlande), du 15 au 16 août 2003, document APEC 2003/SOM111/GPEG/009, point 7a) de l'ordre du jour).

²⁵ Cela est particulièrement le cas des systèmes décentralisés, mais aussi des systèmes centralisés étant donné qu'il importe de garantir la cohérence et d'éviter des doubles emplois entre les listes de fournisseurs et les différents registres de métiers et registres des patentes.

²⁶ Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Chili, août 2004, en particulier les paragraphes 23, 37, 75 et 76 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/11/19/000012009_20041119095309/Rendered/INDEX/289140CL.txt).

²⁷ Voir par exemple, en Australie, la Directive de gestion financière No. 13, p. 58, qui autorise cette formule si une entité adjudicatrice souhaite tirer parti à la fois des avantages qu'offre la concurrence résultant d'une mise au concours ainsi que des travaux d'évaluation déjà réalisés lors du processus de présélection précédant l'inscription sur la liste.

²⁸ S'il doit être passé un marché d'envergure limitée ou en cas d'urgence, par exemple, les listes de fournisseurs peuvent être la seule source, ou la plus rapide, permettant de sélectionner les fournisseurs qui seront invités à soumissionner ou à négocier sans appel d'offres public. Dans certains pays, ces listes sont également utilisées pour sélectionner les fournisseurs dans le cas de marchés de faible valeur, car cette formule est plus économique que des procédures d'appels d'offres plus formelles. À Singapour, par exemple, aux termes du paragraphe 120 des procédures relatives aux achats et à la passation des marchés, le système Government Electronic Business (GeBIZ) est utilisé pour identifier les fournisseurs appelés à soumissionner pour les marchés d'une valeur inférieure à 50 000 USD qui n'exigent pas une procédure d'appel d'offres ouvert (sans devoir afficher publiquement leur soumission sur le site web et le GeBIZ).

²⁹ Voir par exemple, en Australie, la Directive de gestion financière No. 13, section 5-3, p. 24, et p. 27 "An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement".

³⁰ Pour la discussion pertinente, voir Cour européenne de justice, affaires jointes 27-29/86 ("CEI" et "Bellini"), 9 juillet 1987, [1987] ECR 3347; [1989] 2 CMLR 224. Voir également, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 36 de la Loi relative aux marchés publics de l'Estonie et l'article 91 de la Loi relative aux marchés publics de la République slovaque, qui établissent une présomption de qualification d'un fournisseur inscrit sur la liste pour un marché déterminé.

³¹ Il ressort par exemple des études menées par la Banque mondiale au sujet des procédures de passation des marchés de certains pays que la présélection, même si elle est prescrite par la réglementation en vigueur, est rarement le cas dans la pratique étant donné que, à toutes fins utiles, ce sont les listes de fournisseurs agréés qui, bien qu'elles ne soient pas réglementées, jouent ce rôle. Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Uganda, vol. II, Main Findings and Recommendations, juin 2004, par. 129 et 139 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?type=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617.)

³² Voir par exemple, en Argentine, l'Arrêté ministériel No. 5 du 30 janvier 2004, disponible à l'adresse http://www.onc.mecon.gov.ar/paginas/inicio/downloads/Resolucion_5_2004.doc.

³³ Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 36 de la Loi relative aux marchés publics de l'Estonie. Les certificats peuvent être générés automatiquement par un système électronique ou délivrés par les autorités responsables de l'enregistrement. La durée de validité des certificats peut aller de quelques jours (ce qui est habituellement le cas s'ils sont générés automatiquement) à plusieurs mois ou à plusieurs années. Il se peut que le certificat doive être renouvelé chaque fois que l'inscription est mise à jour. Voir par exemple, au Brésil, paragraphe 1 de l'article 36 de la Loi No. 8.666.

³⁴ Tel est le cas par exemple en Malaisie, où les sanctions possibles sont notamment un avertissement, une suspension de l'inscription auprès du Conseil de développement de l'industrie et de la construction (CIDB) pour une période pouvant atteindre jusqu'à cinq ans et l'inscription sur une liste noire (voir Terms of Registration, disponible à l'adresse <http://www.cidb.gov.my/main.php?cid=166>).

³⁵ Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Reports (CPAR) pour la situation dans certains pays comme le Malawi, l'Ouganda et la République-Unie de Tanzanie) à l'adresse: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?type=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617.

³⁶ Au Brésil, par exemple, aux termes de l'article 36 de la Loi No. 8.666, les fournisseurs inscrits sont rangés en différentes catégories selon leur spécialisation et chaque catégorie est ensuite divisée en groupes, selon la qualification technique et économique des fournisseurs. En Colombie, selon l'article 79 de la *Ley 80 de 1993* et le Décret 856 de 1994, les chambres de commerce doivent tenir des registres classés selon la spécialisation, les groupes ou types de produits ou de services offerts, les marchés attribués et les montants alloués. Au Costa Rica, en vertu de l'article 2 du *Decretos n° 25113-h "Reglamento para la Utilización del Registro de Proveedores"* (<http://www1.hacienda.go.cr/proveduria-financiera/reg%20registro%20proveedores.html>), le registre comprend des informations détaillées sur les biens et les services que chaque fournisseur a à offrir, le montant minimum des marchés auxquels les fournisseurs s'intéressent et les modalités de paiement, entre autres. En Malaisie, il existe sept niveaux pour chacune des trois catégories d'enregistrement (travaux de génie civil, bâtiments et industries mécaniques et électriques) du registre tenu par le Conseil de développement de l'industrie et de la construction (CIDB) (<http://www.cidb.gov.my/content.php?cid=166&11=0>).

³⁷ Au Chili, par exemple, conformément à l'article 85 de la Loi 19.886, chaque fournisseur est inscrit dans une catégorie spécifique ou dans un domaine déterminé, et le processus d'évaluation dépend de la catégorie ou du secteur visé. Aux termes de l'article 88 de la même loi, le renouvellement de l'enregistrement est soumis aux mêmes procédures, selon la catégorie ou le secteur.

³⁸ Voir par exemple, le paragraphe 5.1 de l'article 8 de la Loi sur la réforme des marchés publics des Philippines, qui stipule qu'un fournisseur dûment enregistré dans le Système électronique de passation des marchés de l'État peut participer aux appels d'offres lancés par toute entité adjudicatrice si son enregistrement est valable et s'il est qualifié pour le type de marché envisagé.

³⁹ Voir par exemple les programmes réservés aux petites entreprises aux États-Unis: les marchés relevant de différentes fourchettes de valeurs ne peuvent être attribués qu'aux entreprises de dimension déterminée. En vertu de ce type d'approche, les marchés concernant des types spécifiques de produits peuvent être réservés exclusivement aux groupes bénéficiant d'un soutien. En Inde, par exemple, il est prévu que différents types d'articles ne peuvent être achetés qu'à la Khadi and Village Industries Commission, qui joue le rôle d'intermédiaire pour le compte des producteurs des communautés en question. Des programmes semblables existent en Afrique du Sud et en Indonésie (dans le cas des coopératives enregistrées). Informations communiquées au Secrétariat par des consultants.

⁴⁰ En Indonésie, le manque de fiabilité et de pertinence des qualifications imputé au système d'enregistrement a conduit à l'élaboration des nouvelles règles relatives à la passation des marchés (*Keppres 80/2003*) ainsi qu'à des références aux formalités d'enregistrement et de présélection qui caractérisaient le système précédent (*Keppres 18/2000*). Informations communiquées au Secrétariat par un consultant. Voir également, par exemple, Banque mondiale Country Assessment Procurement Report (CPAR): Paraguay, janvier 2003, paragraphe 22 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?type=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617)

⁴¹ Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE, Table ronde de la Banque mondiale, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3.

⁴² En Chine, par exemple, les fournisseurs souhaitant se faire inscrire dans la base de données doivent déposer une caution de 10 000 RMB ¥ (environ 1 239 USD au taux de change en vigueur le 13 janvier 2006). Informations communiquées au Secrétariat par un consultant. Voir également Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. I, Résumé, juin 2004, par. 17.

⁴³ Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3. Voir également Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR), Inde, décembre 2003, paragraphe 5.9, et Indonésie, mars 2001 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?type=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617). Entre autres problèmes relevés dans ce contexte par la Banque mondiale, il y a lieu de citer l'importance excessive qui

est accordée aux documents présentés sans vérification adéquate, l'absence de sanction en cas d'affirmations erronées et les inscriptions sous différentes raisons sociales et au nom d'entreprises de dimension différente pour accroître la probabilité d'attribution d'un marché.

⁴⁴ Il a été constaté que les réglementations internes analysées contenaient différentes dispositions équivalant à des barrières non tarifaires au commerce international, par exemple la nécessité d'obtenir une autorisation du fisc national, des garanties bancaires locales, une personnalité juridique ou une présence physique locale, des arrangements de réciprocité ou des barrières linguistiques. Le Secrétariat a été informé par des consultants qu'au Brésil, par exemple, une société étrangère ne pouvait pas se faire inscrire sur la liste des fournisseurs sans adresse locale et sans présence locale. En outre, le fait que le registre est tenu exclusivement en portugais complique le processus d'inscription. Aux États-Unis, les fournisseurs étrangers se sont plaints officieusement de ce que certaines des données requises pour obtenir le CCR (numéro d'identification de Dun & Bradstreet ou le code CAGE affecté aux entreprises travaillant pour le Ministère de la défense) peuvent être difficiles à rassembler pour des entreprises étrangères. L'exigence d'une personnalité juridique locale et d'une présence physique locale est la règle en Chine (le Règlement concernant les normes minimums d'agrément des fournisseurs pour la passation de marchés publics de la Municipalité de Beijing, par exemple, stipule que les fournisseurs qui ne comparaissent pas au Centre des marchés publics de Beijing en vue de la révision annuelle de leur inscription sont automatiquement exclus de participation au processus d'attribution des marchés publics à Beijing). Une réciprocité est exigée, par exemple, en Chine, conformément à l'article 7 du Règlement provisoire concernant la participation des fournisseurs aux procédures de passation des marchés publics de la région autonome de Guangxi Zhuang, ainsi qu'en Slovaquie, en application du paragraphe 1 de l'article 92 de la Loi relative aux marchés publics.

⁴⁵ Voir l'annexe 4b) de l'Acte final du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales, disponible à l'adresse http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf. Ces références aux listes se trouvent aux articles VIII à XI.

⁴⁶ Il semble que les entités adjudicatrices peuvent utiliser des listes obligatoires ou des listes facultatives pour ces procédures d'attribution des marchés non soumises à un contrôle. Pour une analyse détaillée, voir Arrowsmith S., "Government Procurement in the WTO," 2002, p.237 à 241.

⁴⁷ Voir en particulier le paragraphe 2 de l'article 1011 de l'ALENA, qui permet d'utiliser les listes de fournisseurs sélectionnés pour les procédures d'appels d'offres restreints et le paragraphe 2 de l'article 1009 (concernant les mesures de contrôle).

⁴⁸ Voir en particulier le paragraphe 27 des Principes non obligatoires à l'adresse http://www.apec.org/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

⁴⁹ Voir l'article 53 de la directive 2004/17/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l'Union européenne*, No. L 134, 30 avril 2004, p. 1, également disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

⁵⁰ Voir l'article 52 de la directive 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l'Union européenne*, No. L 134, 30 avril 2004, p. 114, également disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

⁵¹ Voir par exemple les paragraphes 4 et 5 de l'article 15,7 du chapitre 15 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis d'Amérique; le paragraphe 3 de l'article 9.8 du chapitre 9 de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis d'Amérique; l'article 57 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange (AELE) et le Chili; les articles 144 à 147 de l'Accord d'association entre l'Union européenne et le Chili; et le paragraphe 7 de l'article 15 de l'Accord de libre-échange entre la République de Corée et le Chili. Tous ces instruments sont disponibles à l'adresse <http://www.sice.oas.org/Trade>.

⁵² Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 6 du chapitre 6 de la troisième partie de l'Accord de libre-échange entre le Canada et Israël; le paragraphe 3 de l'article 13 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour; et l'article 61 et l'annexe XVIII de

l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et le Mexique. Tous ces instruments sont disponibles à l'adresse <http://www.sice.oas.org/Trade>.

⁵³ Pour les activités de l'OCDE dans le domaine des marchés publics, voir "Public Governance and Management", sur le site web de l'OCDE à l'adresse http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37405_1_1_1_1_37405,00.html.

⁵⁴ Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE, Table ronde de la Banque mondiale, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3. Disponible à l'adresse <http://www.oecd.org>.

⁵⁵ Aux termes de l'Accord de l'OMC relatif aux marchés publics, par exemple, l'utilisation des listes par les entités du gouvernement central énumérées à l'Annexe 1 de l'Appendice I est subordonnée à des contrôles plus rigoureux que si ces listes sont utilisées par des entités ne relevant pas de l'administration centrale énumérées à l'Annexe 2.

⁵⁶ Dans certains pays, l'utilisation de listes de fournisseurs qualifiés n'est autorisée que dans des cas exceptionnels et doit être justifiée et approuvée. Aux États-Unis, par exemple, aux termes de la disposition 9.202 du FAR, l'attribution du marché doit, s'il est utilisée une liste de fournisseurs qualifiés, être justifiée par écrit par le responsable de l'entité adjudicatrice. À Hong Kong également, ce sont différentes institutions centrales, comme le Secrétaire permanent à l'environnement, aux transports et aux travaux publics, qui sont habilitées à approuver l'établissement de listes et les critères de vérification applicables aux listes et leurs révisions. Les entités qui sollicitent cette approbation doivent fournir des justifications et des informations concernant l'origine des fournisseurs potentiels, les critères de qualification, le jury d'évaluation et la méthode d'évaluation. Fréquemment, la réglementation limite le nombre d'entités autorisées à utiliser les listes obligatoires. Voir par exemple l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et les directives de l'UE relatives à la passation des marchés. Dans certains pays, l'utilisation des listes est limitée à certains secteurs, à certains types de marchés ou à certaines modalités de passation des marchés.

⁵⁷ Toutes ces règles, ou certaines d'entre elles, se trouvent par exemple aux articles VIII à X de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC; en Australie, dans la Directive de gestion financière No. 13, p. 56 et 57; en Autriche, au paragraphe 8 de l'article 129 de la Loi de 2002 relative à l'attribution des marchés d'achats; au Brésil, au paragraphe 1 de l'article 34 de la Loi No. 8.666; au Chili, à l'article 97 du Décret d'application de la Loi 19.886 (http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html); en Chine, à l'article 12 du Règlement provisoire du Centre des marchés publics des autorités de l'État concernant l'enregistrement des qualifications des fournisseurs; en Colombie, dans la Loi 598; au Costa Rica, au paragraphe 3 de l'article 59 du *Decretos N° 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*; en République tchèque, au paragraphe 2 de l'article 76 et à l'article 77 de la Loi relative aux marchés publics; à Hong Kong, dans le Règlement relatif aux procédures de passation de marchés publics (Chapitre III du Stores and Procurement Regulations, section 320c); au paragraphe 3 de l'article 41, au par. 5 de l'article 49 et à l'article 53 ainsi qu'à l'annexe XIV de la Directive 2004/17/CE de l'UE, et au paragraphe 6 de l'article 52 de la Directive 2004/18/CE de l'UE; en Lettonie, au paragraphe 5 de l'article 7 de la Loi relative aux marchés publics; en Mongolie, à l'article 37 de la Loi relative aux marchés publics; en Serbie, à l'article 53 de la Loi relative aux marchés publics; en République slovaque, à l'article 58 de la Loi relative aux marchés publics; et aux États-Unis, aux dispositions 9.202a)(2), 9.204a), c) et d) et 205 du FAR.

⁵⁸ Voir par exemple le paragraphe 9 e) de l'article IX de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et le paragraphe 6 de l'annexe XIV, de la Directive 2004/17/CE de l'UE.

⁵⁹ Paragraphe 5 de l'article 1010 de l'ALENA.

⁶⁰ Voir par exemple le paragraphe 9 de l'article 53 de la Directive 2004/17/CE de l'UE.