



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Seizième session
New York, 26-29 mai 2009

**Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la
CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux
et de services – historique de certaines dispositions de la Loi
type et façon dont sont traitées les questions posées par
certaines de ces dispositions dans les instruments
internationaux réglementant les marchés publics**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics	5-67	3
A. Dispositions relatives à la conformité des offres (article 34-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 32-2 a) du texte révisé de la Loi type)	5-16	3
B. Dispositions relatives à l'offre à retenir (articles 34-4 b) et 42-2 b) de la Loi type de 1994 et projets d'articles 32-4 b), 35-8 b) et 47-1 du texte révisé de la Loi type)	17-38	5
C. Dispositions relatives au dédommagement pour préjudices (article 54-3 f) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 f) du projet révisé de la Loi type)	39-54	10
D. Dispositions relatives à d'autres voies de droit (article 54-3 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 a) du texte révisé de la Loi type)	55-58	15
E. Exceptions à la divulgation (articles 11-3 a) et 55-3 de la Loi type de 1994 et projets d'articles 19-2 b), 22-4 a) et 59-3 et 5) du texte révisé de la Loi type) ...	59-67	16



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 ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 89 du document A/CN.9/WG.I/WP.67, dont le Groupe de travail est saisi à sa seizième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.

2. À sa quinzième session, le Groupe de travail a achevé la première lecture du texte révisé de la Loi type figurant dans une Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4). Il a noté que, même si un certain nombre de questions étaient toujours en instance, y compris l'ensemble du chapitre IV, le cadre conceptuel faisait l'objet d'un accord. Il a également noté que des recherches plus poussées étaient nécessaires pour certaines dispositions, en particulier afin de veiller à ce qu'elles soient conformes aux instruments internationaux pertinents. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 à 4, en tenant compte de ses délibérations à sa quinzième session, afin qu'il les examine à la prochaine session (A/CN.9/668, par. 11 et 12).

3. La présente note est présentée conformément à la demande faite par le Groupe de travail au secrétariat durant sa quinzième session d'examiner l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux pertinents. Ces dispositions, qui ont été intégrées dans le projet révisé de la Loi type dont était saisi le Groupe de travail à sa quinzième session, ont cependant suscité des commentaires et des propositions de révision de la part des délégués et des observateurs. Le Groupe de travail a décidé de surseoir à l'examen de ces propositions jusqu'à ce qu'il examine les conclusions du Secrétariat. La présente note présente les conclusions des travaux du Secrétariat. (Le projet de texte révisé de la Loi type, qui reflète les délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session ("texte révisé de la Loi type") est présenté dans une note distincte (document A/CN.9/WG.I/WP.69 et additifs)).

4. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280), les documents de la seizième session seront affichés dans les différentes langues sur le site de la CNUDCI, à mesure de leur disponibilité.

II. Conclusions du Secrétariat sur l'historique de certaines dispositions de la Loi type de 1994 et la façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics

A. Dispositions relatives à la conformité des offres (article 34-2 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 32-2 a) du texte révisé de la Loi type)

5. À sa quinzième session, il a été suggéré au Groupe de travail que la référence très générale à “toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation” pour considérer une offre comme conforme devrait être restreinte afin qu'il soit uniquement fait référence aux “conditions pertinentes” du dossier. Le Groupe de travail est convenu de différer l'examen de cette proposition et a prié le Secrétariat de la présenter entre crochets à cette fin. Ce dernier a également été prié d'étudier l'historique des dispositions concernées et la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 a) et 181).

6. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions et examiné les dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

7. Dans son premier projet de Loi type, le Secrétariat avait proposé de définir comme conforme une offre qui “correspond aux caractéristiques requises des biens ou des travaux requis, aux conditions contractuelles et aux autres exigences de la documentation relative au marché” (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-4 a)). Dans son deuxième projet, le Secrétariat fait référence à la conformité de l'appel d'offres aux “exigences énoncées dans les documents de sollicitation, y compris celles concernant le cahier des charges des biens, travaux [ou services] à acquérir et aux conditions de fourniture des biens, travaux [ou services] du contrat. Dans ces deux textes, il était spécifié que des écarts mineurs par rapport aux conditions énoncées dans les documents de sollicitation étaient admis.

8. À ses onzième et douzième sessions, en 1990 et 1991, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international, qui a examiné les deux projets en question, a souscrit au principe selon lequel “une offre devrait être rejetée si elle n'était pas entièrement conforme aux conditions énoncées dans la documentation relative au marché, sauf si elle ne comportait que des écarts mineurs par rapport à ces conditions.” (A/CN.9/331, par. 156, et A/CN.9/343, par. 49). Le Groupe de travail est convenu “d'une règle générale suivant laquelle l'entité adjudicatrice pourrait considérer une offre comme conforme si celle-ci ne comportait que des écarts mineurs par rapport aux conditions énoncées dans la documentation relative au marché, et que la notion d'“offre conforme” devrait être définie dans l'article contenant les définitions (article 2 [de l'époque]). L'entité adjudicatrice aurait ainsi

la possibilité de déterminer si un écart était mineur ou non dans le contexte bien précis du marché considéré.” (A/CN.9/331, par. 156).

9. Suite à la décision adoptée par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/343, par. 49 à 52), les dispositions ont été reformulées: il a été convenu de faire référence à “toutes les conditions fixées dans le dossier d’appel d’offres” et que le dernier membre de phrase de la définition (“y compris les conditions relatives”) reproduit, *supra*, au paragraphe 7 était superflu et devait être supprimé. Lors de cette session, le Groupe de travail n’a pas retenu la proposition visant à ce que la définition fasse référence aux conditions “impératives” du dossier d’appel d’offres, afin que soit établie une distinction entre les spécifications ou dispositions du dossier d’appel d’offres auxquelles les offres doivent se conformer et celles auxquelles les offres n’ont pas à se conformer (par exemple, afin d’améliorer l’offre). Le Groupe de travail a en effet estimé que l’on pouvait déduire du mot “conditions” que la conformité était impérative (A/CN.9/343, par. 50).

10. La notion selon laquelle une offre conforme est une offre qui correspond à toutes les conditions fixées dans le dossier de sollicitation a été réitérée par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/359, par. 155).

11. Lors de ses sessions ultérieures, le Groupe de travail a été saisi de nouvelles formulations des dispositions pertinentes. Elles reflétaient, en particulier, la décision du Groupe de travail de ne pas inclure à l’article 2 de la Loi type la définition d’une “offre conforme” et de l’incorporer plutôt dans l’article traitant de l’examen, de l’évaluation et de la comparaison des offres (A/CN.9/WG. V/WP.36, projet d’article 28-1 *bis* a)). Les propositions tendant à remplacer dans les dispositions visées les mots “ne peut considérer” par le mot “considère” et de supprimer le terme “uniquement” n’ont pas été retenues (A/CN.9/371, par. 145 et 252 et annexe, article 29-2 a)).

12. Lorsque le projet de Loi type a été distribué, en 1994, pour examen et adoption au Groupe de travail et à la Commission, aucune proposition d’amendement n’a été formulée (A/CN.9/392, par. 106, et A/49/17, par. 44).

13. L’historique des dispositions ne permet pas de savoir si les auteurs du texte ont examiné conjointement les dispositions de l’article 34-2 a) et les dispositions de l’article 34-3. L’article 34-3 énumère les motifs de rejet des offres, dont l’absence des qualifications requises et la non-conformité des offres. Bien que ces deux conditions – les exigences applicables aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les exigences relatives à la conformité des offres – doivent être énoncées dans les dossiers de sollicitation, le libellé de l’article ne permet pas de savoir si les auteurs ont voulu que les deux conditions ou seulement la dernière (c’est-à-dire, à l’exception des exigences applicables aux qualifications des fournisseurs) soient prises en compte dans la détermination de la conformité des offres. Les auteurs du texte de 1994 n’étaient pas persuadés qu’il faille spécifier les conditions dont il devrait être tenu compte pour déterminer la conformité des offres et ont préféré maintenir comme référence générale dans la Loi type la notion de “toutes les conditions fixées dans le dossier d’appel d’offres” (voir les paragraphes 7 à 9 ci-dessus).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

14. L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP), entré en vigueur en 1994, requiert, en l'occurrence, que pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, "aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation" (article XIII-4 a)). Les dispositions du texte provisoirement accepté de l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP révisé¹) sont globalement analogues: "Pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être présentée par écrit et, au moment de son ouverture, être conforme aux prescriptions essentielles spécifiées dans les avis et dans la documentation relative à l'appel d'offres et émaner d'un fournisseur satisfaisant aux conditions de participation" (caractères gras ajoutés) (article XV-4). (L'AMP et l'AMP révisé de l'OMC sont désignés ci-après sous l'appellation "instruments de l'OMC".)

15. Les dispositions équivalentes de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 de l'Union européenne (UE) relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ("Directive de l'UE"), qui figurent au deuxième tiret de l'article 41-2, portent sur les motifs de rejet de l'offre des soumissionnaires écartés. La Directive fait à cet égard référence aux spécifications techniques, aux motifs de la décision de l'autorité contractante de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles.

Options proposées pour examen au Groupe de travail

16. Le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser, soit dans la Loi type, soit dans le Guide pour l'incorporation, que la référence à "toutes les conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres" dans le cadre de la détermination de la conformité des offres s'entend comme les conditions pertinentes à ladite détermination et non comme toutes les conditions énoncées dans le dossier d'appel d'offres. Par exemple, le dossier d'appel d'offres peut énoncer les conditions applicables aux qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, ou les conditions relatives aux modalités et à la date limite de soumission des offres. Les conséquences du non-respect de ces conditions font l'objet d'autres articles de la Loi type, dont l'article 30-6 de la Loi type de 1994 qui traite des offres tardives.

B. Dispositions relatives à l'offre à retenir (articles 34-4 b) et 42-2 b) de la Loi type de 1994 et projets d'articles 32-4 b), 35-8 b) et 47-1 du texte révisé de la Loi type)

17. Lors de la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de réexaminer l'emploi de l'expression "la soumission la plus basse selon l'évaluation" dans le texte révisé de la Loi type. Il a en particulier été suggéré de remplacer les mots "la soumission la plus basse selon l'évaluation" par "la meilleure soumission

¹ Document GPA/W/297, décembre 2006, disponible à la date de publication du présent rapport sur le site: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

selon l'évaluation", puisque dans la pratique, la soumission qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure et non la plus basse. Les dispositions, a-t-on fait observer, telles que rédigées actuellement, pourraient prêter inutilement à confusion. Le Groupe de travail a noté que la formule la "soumission la plus basse" figurait dans le texte de 1994 (A/CN.9/668, par. 180 c) et 220). Le Groupe de travail a également relevé, à cet égard, que l'article 42 de la Loi type, "Procédure de sélection sans négociation" (qui fait l'objet de l'article 35 "Système de la double enveloppe" du projet révisé de la Loi type) n'utilise pas la formule "soumission la plus basse selon l'évaluation" mais dispose que la proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés au paragraphe premier de l'article et du prix (A/CN.9/668, par. 200).

18. Par ailleurs, il a également été suggéré que les articles pertinents de la Loi type révisée indiquent de manière explicite que lorsque le prix est le seul critère d'attribution, le contrat devrait être attribué à la soumission la plus basse et que lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, le contrat devait être attribué à la soumission la plus basse/la meilleure soumission selon l'évaluation (A/CN.9/668, par. 180 d)).

19. Le Groupe de travail est convenu de différer l'examen de ces propositions. Il a prié le Secrétariat de les présenter entre crochets, d'étudier l'historique des dispositions concernées et la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 et 181).

20. Le Secrétariat a étudié l'historique de ces dispositions ainsi que les dispositions pertinentes des instruments de l'OMC et de la Directive de l'UE. Ses conclusions sont présentées ci-après.

1. Emploi de la terminologie

Historique des dispositions

21. Dans son premier projet de Loi type, le Secrétariat a utilisé les mots "l'offre la plus avantageuse" qu'il a définie comme l'offre présentant le prix le plus bas ou comme l'offre la plus avantageuse économiquement (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-7 c)).

22. Lors de l'examen du premier projet de texte à la onzième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, des préoccupations ont été exprimées au sujet du terme "l'offre la plus avantageuse". Bien que l'expression ait été définie, on a fait observer qu'elle risquait d'être interprétée à tort comme impliquant que l'entité adjudicatrice disposait dans l'évaluation des offres de beaucoup plus de latitude qu'on ne l'entendait. Il a donc été convenu que l'expression serait remplacée par une autre, moins susceptible de donner lieu à une interprétation erronée (A/CN.9/331, par. 166).

23. Dans son deuxième projet de texte, le Secrétariat a utilisé l'expression "l'offre la plus économique" qu'il a définie comme étant soit l'offre présentant le prix le plus bas, soit l'offre évaluée la plus basse (A/CN.9/WG.V/WP.28, projet d'article 28-7 c)). Lorsque ce deuxième projet a été examiné par le Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées au sujet des deux nouvelles

expressions proposées, “l’offre la plus économique” et “l’offre évaluée la plus basse” qui ont été considérées comme ne prenant pas suffisamment en compte le recours par l’entité adjudicatrice à des critères autres que le prix pour sélectionner l’offre à retenir. Des risques d’interprétation erronée similaires à ceux associés à l’expression utilisée dans le premier projet ont également été soulignés (voir le paragraphe 21 ci-dessus).

24. En ce qui concerne l’expression “l’offre la plus économique”, on a généralement estimé qu’il fallait utiliser une expression plus neutre telle que “l’offre retenue” (A/CN.9/356, par. 22). Cette formule a été provisoirement maintenue en attendant une expression plus adéquate (A/CN.9/356, par. 27). Cependant, les documents de séance n’indiquent pas qu’un débat ait eu lieu au sujet d’une formule autre que “l’offre retenue” ou que cette expression ait suscité de quelconques préoccupations lors des sessions ultérieures du Groupe de travail et de l’adoption du texte de 1994 par la Commission. L’expression “offre retenue” est utilisée dans la Loi type de 1994 dans le contexte pertinent.

25. Bien que l’expression “l’offre évaluée la plus basse” ait suscité des préoccupations lors de la treizième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 23 ci-dessus), elle a cependant continué d’être employée dans les formulations examinées par le Groupe de travail au cours de cette même session (A/CN.9/356, par. 26 et 31).

26. Dans son troisième projet, le Secrétariat a proposé et soumis pour examen au Groupe de travail, à la place de l’expression “l’offre la plus basse selon l’évaluation” la formule “l’offre la plus favorable” (A/CN.9/WG.V/WP.33, projet d’article 28-7 c) ii) et d), note de bas de page 13). Cette dernière formulation a reçu un appui au motif que l’expression “l’offre la plus basse selon l’évaluation” pouvait, d’une part, donner à penser que le prix était le facteur essentiel et, d’autre part, semblait obscure et contradictoire. Toutefois, selon l’avis qui a prévalu, l’expression “l’offre la plus favorable” avait une connotation trop subjective et l’expression existante, malgré ses inconvénients, était préférable parce qu’elle semblait avoir un caractère plus objectif (A/CN.9/359, par. 156).

27. L’expression “l’offre la plus basse selon l’évaluation” n’a soulevé de préoccupations ni lors des sessions ultérieures du Groupe de travail ni au moment de l’adoption du texte de 1994 par la Commission. Cette formulation est employée dans la Loi type de 1994 (article 34-4 b) ii) et c)).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

28. À cet égard, les instruments de l’OMC indiquent que le contrat doit être attribué au soumissionnaire:

a) Dont la soumission sera la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d’évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l’appel d’offres (article XIII-4 b) de l’AMP de l’OMC);

b) Qui aura présenté la soumission la plus avantageuse ou dans les cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas (article XV-5 a) du texte révisé de l’AMP de l’OMC).

29. La Directive de l'UE utilise à cet égard la formule "l'offre économiquement la plus avantageuse" (articles 53 et 54) (bien que dans certains cas, se réfère également à "la meilleure offre" (articles 32-4 d) et 33-6).

Options proposées pour examen au Groupe de travail

30. S'agissant de l'expression "l'offre évaluée la plus basse" ou de son remplacement par d'autres telles que "la meilleure soumission/offre selon l'évaluation", comme proposé lors de la quinzième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 17 ci-dessus), ce dernier voudra peut-être prendre en considération l'examen approfondi dont ont fait l'objet les différentes expressions à employer dans le contexte pertinent au moment de la rédaction du texte de 1994 et les avantages et problèmes propres à chacune. Le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte des conséquences qu'aurait pour les États qui ont promulgué la Loi type de 1994 dans son libellé actuel, une modification de la terminologie de cette dernière.

31. Comme l'ont reconnu les auteurs du texte de 1994, la formule "l'offre la plus basse selon l'évaluation" n'était pas sans défaut et pouvait prêter, dans la pratique, à confusion, en particulier dans le contexte des nouvelles dispositions sur les enchères électroniques inversées (où le soumissionnaire le mieux classé remporte le contrat lorsqu'il est tenu compte de critères autres que le prix). Le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte des préoccupations exprimées par les auteurs du texte au sujet de la connotation trop subjective que d'autres formules risqueraient de conférer au processus d'identification de l'offre retenue.

32. Bien que la formulation "la meilleure soumission/offre selon l'évaluation" n'ait pas été examinée par les auteurs du texte de 1994, le Groupe de travail tiendra peut-être compte de la connotation subjective de cette formule, en particulier compte tenu de sa similarité avec l'expression "la meilleure offre définitive" couramment employée dans les méthodes d'attribution de marchés publics impliquant une négociation.

33. Le Groupe de travail pourrait considérer que les dérogations à l'utilisation du terme approprié pour les appels d'offres pourraient être justifiées dans d'autres dispositions de la Loi type, compte tenu des spécificités de la méthode de passation des marchés concernée. Par exemple, dans les dispositions relatives au "système de la double enveloppe" (voir le paragraphe 17 ci-dessus), la formule "l'offre la plus basse selon l'évaluation" serait trompeuse car elle laisserait supposer que les critères de prix et les critères autres que le prix sont évalués en même temps. Il pourrait donc être justifié de se référer dans les dispositions relatives au "système de la double enveloppe" à la proposition recueillant la meilleure évaluation² compte tenu à la fois des critères autres que le prix et du prix car cette formule reflèterait de

² Il convient de noter que le premier projet faisait référence à "l'évaluation combinée la plus élevée" et qu'il a ensuite été convenu de lui préférer la formule "la meilleure évaluation combinée" compte tenu de l'ambiguïté qui pourrait résulter d'une juxtaposition de ce terme avec l'expression "prix le plus bas". Le Groupe de travail a également tenu compte du fait que (dans les marchés de services) les facteurs techniques ne seraient probablement pas exprimés ou quantifiés en termes monétaires et estimé qu'il était possible de recourir à un système de notation des propositions en fonction de leurs mérites au lieu d'ajuster le prix pour tenir compte du mérite technique relatif d'une proposition (A/CN.9/389, par. 73).

manière plus adéquate le processus d'évaluation de cette méthode de passation de marchés. Il en va de même en ce qui concerne l'expression "la meilleure offre définitive" dans les autres méthodes impliquant une négociation.

2. Spécification du ou des critères d'attribution dans la définition de l'offre à retenir

Historique des dispositions

34. Le commentaire de l'article 28 du premier projet de Loi type expliquait que "l'offre la plus avantageuse" était l'offre présentant le prix le plus bas lorsqu'elle était évaluée sur la base des seuls critères du prix. Au cas où "l'offre la plus avantageuse" devait être l'offre économiquement la plus avantageuse, les critères s'ajoutant au prix seraient pris en compte (A/CN.9/WG.V/WP.25, par. 16 et 17 du commentaire du projet d'article 28). Ces idées ont par la suite été incorporées dans le commentaire correspondant du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994.

35. Lorsque le projet de texte approuvé par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a été soumis, en 1993, pour examen à la Commission, il a été proposé de modifier les dispositions sur l'offre à retenir sur la base de la soumission présentant le prix le plus bas [alinéa b) i) du paragraphe 4] comme suit: "L'offre à retenir est i) l'offre du soumissionnaire dont il a été déterminé qu'il est tout à fait apte à exécuter le marché et dont l'offre propose le prix le plus bas." On a expliqué que l'objet de cet amendement était de permettre à l'entité adjudicatrice de prendre en compte, outre le prix, l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché. Cette modification proposée n'a pas reçu un large appui. Il a été convenu qu'une fois qu'un entrepreneur ou fournisseur était jugé qualifié et que son offre était acceptée, de faibles variations quant à l'aptitude des fournisseurs ou entrepreneurs à exécuter le marché ne devraient pas être prises en compte lors de l'évaluation des offres. Sinon, on injecterait dans la procédure d'évaluation des offres un degré de subjectivité excessif qui ouvrirait la porte à des pratiques incorrectes. Afin de prévenir ce risque, la décision relative aux qualifications devait simplement consister à accepter ou rejeter et ne pas être un critère pour la comparaison des offres (A/48/17, par. 172).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

36. L'AMP de l'OMC ne traite pas de cette question. Les dispositions pertinentes du texte révisé de l'AMP prévoient que le marché sera adjugé au fournisseur qui aura présenté la soumission la plus avantageuse ou dans les cas où le prix sera le seul critère, le prix le plus bas (article XV-5 a) du texte révisé de l'AMP).

37. Les dispositions pertinentes de la Directive de l'UE prévoient que les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont: a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution; b) soit uniquement le prix le plus bas (article 53-1).

Options proposées pour examen au Groupe de travail

38. Les ajouts proposés lors de la quinzième session du Groupe de travail (voir le paragraphe 18 ci-dessus) ne semblent pas aller à l'encontre de l'intention des auteurs du texte et pourraient permettre d'harmoniser le texte modifié de la Loi type avec les instruments internationaux applicables dans la partie concernée. Il convient de noter que les modifications proposées sont également conformes à l'approche rédactionnelle adoptée pour les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées (projet d'article 41-2 du texte révisé de la Loi type). Le Groupe de travail voudra peut-être incorporer les modifications proposées au texte révisé de la Loi type et faire référence à ces modifications dans le projet d'article 12 du texte révisé de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être également éclaircir davantage ces points dans le Guide.

C. Dispositions relatives au dédommagement pour préjudices (article 54-3 f) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 f) du projet révisé de la Loi type)

39. À sa quinzième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions de la Loi type relatives au dédommagement des coûts ou préjudices. Le Groupe de travail a décidé:

a) De ne maintenir dans le paragraphe 5 f) du projet d'article visé (projet d'article 58 du texte révisé de la Loi type) que l'option I, dont le libellé devra être harmonisé avec les dispositions pertinentes des instruments internationaux, tels que l'article XX-7 c) de l'AMP et l'article XVIII-7 b) de l'AMC révisé;

b) De déplacer l'option II du paragraphe 5 f) aux fins de l'inclure dans le Guide en expliquant les raisons, et en soulignant, en particulier, que le fait d'autoriser le dédommagement de pertes anticipées serait fortement pernicieux dans les procédures de passation de marchés du fait que cela ouvrirait la voie à la formation de réclamations additionnelles. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution des réglementations dans ce domaine et cite les dispositions pertinentes de l'AMC et de l'AMC révisé.

40. Le Secrétariat a examiné l'historique des dispositions pertinentes et les dispositions connexes des instruments de l'OMC. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

41. Lors de la dixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, on s'est intéressé à la question des pertes donnant droit à dédommagement. Selon une manière de voir, les dommages et intérêts devraient alors couvrir uniquement les frais que le soumissionnaire aurait engagés pour établir et présenter sa soumission; le soumissionnaire ne devrait pas avoir droit à un dédommagement pour manque à gagner car l'entité adjudicatrice risquerait alors d'avoir à faire face à des actions portant sur des sommes éventuellement importantes. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur ce point durant la session (A/CN.9/315, par. 120).

42. Dans le premier projet de dispositions sur le recours administratif, le Secrétariat avait proposé de libeller comme suit la question de la compensation: Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder une ou plusieurs des réparations suivantes: ... g) Exiger le versement d'un dédommagement [pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation] [Pour la perte ou le préjudice subi dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation] qui résulte d'un acte de décision illicite ou de la procédure suivie par l'entité adjudicatrice (A/CN.9/WG.V/WP.27, par. 2 g) du projet d'article 38). Le commentaire expliquait qu'en l'absence d'une décision du Groupe de travail, deux variantes étaient proposées: dans la première, les dépenses encourues n'incluaient pas les bénéfices non réalisés par suite du rejet de la soumission ou de l'offre du requérant; dans la seconde variante, les types de préjudice ouvrant droit à réparation pouvaient englober les bénéfices non réalisés dans certains cas appropriés (paragraphe 7 du commentaire sur le projet d'article 38 et paragraphe 3 du commentaire sur l'article 37, A/CN.9/WG.V/WP.27).

43. Aucune décision n'a été adoptée lors de la treizième session du Groupe de travail concernant les types de pertes devant être dédommagées. Sur une question connexe, le Groupe de travail est convenu que la notion d'intérêts ou de préjudices suffisants pour que la plainte du requérant soit recevable devrait être liée à la perte ou au préjudice réels ou potentiels subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait violé les obligations que lui imposent les dispositions en question (A/CN.9/356, par. 156).

44. Faute de décision prise en l'espèce par le Groupe de travail à sa treizième session, le même libellé lui a été soumis pour examen à sa session suivante. À sa quatorzième session, différents points de vue ont été exprimés sur les deux variantes proposées. Les paragraphes pertinents du rapport de la quatorzième session sont reproduits ci-après:

“230 ... Selon un avis, si l'on se contentait de prévoir uniquement le recouvrement des dépenses imputables à la préparation de la soumission ou de la proposition, l'indemnisation serait insuffisante. Dans le même temps, on a reconnu qu'il serait abusif de faire recourir à l'entité adjudicatrice une responsabilité pour d'autres préjudices subis, en particulier pour un manque à gagner, dans la mesure où l'indemnité serait prélevée sur des fonds publics. Il a donc été proposé que le dédommagement soit d'un montant qui se situe entre les frais de participation à la procédure de passation du marché et le manque à gagner. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, la Loi type ne devrait pas recommander, comme condition nécessaire, l'adoption d'un niveau de dédommagement supérieur aux dépenses encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché. En particulier, on a fait valoir que la Loi type ne devrait pas alourdir la charge subie par les entités adjudicatrices dans les pays en développement. Dans le même temps, il a été convenu que la Loi type ne devrait pas exclure la possibilité d'un dédommagement pour les dépenses autres que celles encourues dans le cadre de la procédure de passation du marché.

231. Plusieurs suggestions ont été examinées en vue de ménager la possibilité d'un tel dédommagement. Selon une suggestion, on pourrait

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

45. La décision adoptée à la quatorzième session n'a pas été rediscutée au cours des sessions ultérieures du Groupe de travail et n'a pas été remise en question lors de l'adoption du texte de la Loi type par la Commission. Deux options pour les dispositions relatives à l'indemnisation ont été incorporées au texte de 1994 et le commentaire connexe a été incorporé dans le Guide (voir le paragraphe 10 du Guide sur l'article 54).

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

46. Les instruments pertinents de l'OMC disposent ce qui suit:

"7. Les procédures de contestation prévoient: ... c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation. (Article XX de l'AMP de l'OMC)

"7. Chaque Partie adoptera ou maintiendra des procédures prévoyant: ... b) ... des mesures correctives ou une compensation pour la perte ou les dommages subis, qui pourront être limitées aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la contestation, ou à l'ensemble de ces coûts (Article XVIII du texte révisé de l'AMP de l'OMC).

47. Commentant la signification de ces extraits, on a fait observer que ces dispositions pouvaient être interprétées comme limitant l'indemnisation pécuniaire aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la contestation et donc comme donnant la possibilité aux États d'indemniser les dommages subis, en plus de ces coûts. Le Groupe de travail relèvera peut-être que l'utilisation du verbe optionnel "pourront", en ce qui concerne la limitation de la compensation, plutôt que d'un verbe plus normatif (tel que "devront" ou "devraient"), constitue la base de certaines de ces interprétations (en dépit de l'adjonction des mots "ou à l'ensemble de ces coûts" à la fin de l'article XVIII de l'AMP révisé de l'OMC). Il a également été souligné que les dispositions de cet article visent à permettre aux États de les promulguer conformément aux traditions et pratiques en vigueur dans leur système de droit.

48. La Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, (la "Directive européenne sur les recours") demande aux États membres de prendre des mesures provisoires, d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, et d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par de telles décisions (article 2-1). La Directive européenne sur

les recours ne définit ni les fondements juridiques d'octroi de dommages-intérêts, ni la base du calcul du montant des dommages-intérêts à accorder. La question de l'octroi de dommages-intérêts est laissée à l'appréciation des juridictions nationales.

49. Étant donné que la Directive européenne sur les recours n'est pas encore mise en œuvre dans tous les États membres de l'Union européenne, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les procédures de recours mises en place par chacun des États membres de l'Union européenne. Dans la plupart des systèmes de droit, la question de l'octroi de dommages-intérêts s'inscrit dans la perspective plus large de la mise en place d'un système efficace de recours³. Par exemple, certains commentateurs ont observé que le fait que des instruments juridiques prévoient des voies de recours qui ne sont pas concrètement disponibles (par exemple en faisant dépendre l'octroi de dommages-intérêts de la démonstration par la preuve que la partie lésée aurait remporté le marché concerné) pourrait rendre le système inefficace.

50. Conformément aux conclusions des études sur les procédures de recours en vigueur dans les États membres de l'Union européenne menées par le Programme d'appui à l'amélioration de la gouvernance et de la gestion (SIGMA), du Comité de gouvernance de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE): "On s'accorde à reconnaître que les procédures efficaces d'examen des contestations contre les décisions prises devraient être opportunes, impartiales et rapides et proposer une compensation adéquate. Or, la pratique varie considérablement selon les pays⁴."

51. Selon une enquête conjointe de l'OCDE et de l'Union européenne⁵, les procédures de recours établies par les États membres de l'Union européenne privilégient les mesures correctives (parfois appelées mesures conservatoires) et l'indemnisation pécuniaire, y compris des coûts de préparation de l'appel d'offres, de la procédure de contestation, et d'autres dommages-intérêts. Dans certains États, l'attribution de dommages-intérêts est considérée comme faisant partie intégrante d'un système de recours efficace et dans la plupart des systèmes de droit, le mode de réparation premier est une mesure corrective. Des dommages-intérêts peuvent être accordés lorsqu'une mesure corrective n'est pas envisageable ou réalisable ou dans d'autres cas (et peuvent comprendre non seulement le manque à gagner mais aussi le préjudice lié la privation de la possibilité de remporter le marché concerné, et (moins fréquemment) l'atteinte à la réputation commerciale). Les pratiques diffèrent en ce qui concerne les instances de recours susceptibles de faire droit aux demandes de versement de dommages-intérêts.

³ L'obligation d'établir une procédure de recours efficace sous-tend également les dispositions des instruments de l'OMC (articles XX.2 de l'AMP et XVIII de l'AMP révisé), de la Convention des Nations Unies contre la corruption (article 9.1.d) et des Principes non contraignants de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique sur les marchés publics (Annexe 3, paragraphe 4.1). Ces instruments prévoient également que les procédures de recours doivent être non discriminatoires, transparentes et efficaces.

⁴ E. Beth, *L'intégrité dans les marchés publics: Les bonnes pratiques de A à Z* (OCDE, 2007), disponible sur le site: [ssrn: http://ssrn.com/abstract=987026](http://ssrn.com/abstract=987026) et sur le site de l'OCDE.

⁵ SIGMA, Étude n° 30, "Public Procurement Review Procedure" (en anglais seulement), disponible sur le site: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN006807.pdf>.

52. Plus précisément, lorsque les fondements juridiques nationaux admettent l'introduction d'une demande de compensation, les coûts afférents à l'appel d'offres sont remboursés dans tous les États membres de l'Union alors que seuls quelques-uns, comme l'Allemagne, le Danemark, la Finlande, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni indemnisent le manque à gagner. En France, le manque à gagner est indemnisé si le demandeur avait une chance sérieuse de remporter le contrat. Dans la plupart des cas, les tribunaux, ordinaires ou administratifs, ont le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts; au Danemark, une autorité de recours spécialisée dans les marchés publics a également cette faculté. Selon les spécialistes des réglementations communautaires relatives à la passation de marchés publics, certains États membres de l'Union européenne font de plus en plus droit aux demandes d'indemnités présentées dans le cadre des règles relatives à la passation de marchés publics, y compris aux demandes formées sur la base d'un manque à gagner⁶.

53. Dans l'ensemble, les systèmes de droit étudiés par l'OCDE sont conformes aux instruments de l'OMC qui accordent la primauté aux mesures correctives, bien qu'elles privilégient plus que ces derniers, semble-t-il, le versement de dommages-intérêts. Le fait que les pays communautaires et la Cour européenne de Justice⁷ disposent d'une jurisprudence en la matière, conjugué au fait que la Directive européenne sur les recours ne soit pas encore totalement appliquée, montre que cette question est un domaine du droit en pleine évolution⁸.

Options proposées pour examen au Groupe de travail

54. À la lumière de l'historique de ces dispositions, du libellé des instruments internationaux applicables et de leur interprétation tout sauf uniforme, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la meilleure façon de mettre en œuvre les décisions qu'il a adoptées et qui sont énoncées au paragraphe 39 *supra*. Une option consisterait à être suffisamment prescriptif dans la formulation du texte de la Loi type de manière à prévenir l'attribution de dommages-intérêts liés à un manque à gagner, par exemple; une autre pourrait consister à retenir l'approche sans doute plus souple adoptée par les instruments de l'OMC. Le Groupe de travail voudra peut-être ajouter au Guide révisé les précisions supplémentaires qu'il juge appropriées à cet égard, par exemple au sujet d'un système efficace de recours, de l'équilibre à respecter entre les différents types de compensation, des questions

⁶ Voir la série d'articles sur la question dans *Public Procurement Law Review*, 2006, vol. 15, pp. 159-240; voir également S. Treumer "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective," *European Business Organization Law Review*, 2004, et H. Leffler, "Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions," *Public Procurement Law Review*, 2003, vol. 4, pages 151 à 161.

⁷ Pour un résumé de certaines affaires européennes antérieures à la Directive européenne sur les recours, voir <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt>, et pour des informations sur la violation de la législation européenne, consulter le site: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm

⁸ Pour un résumé des recours introduits aux États-Unis au niveau fédéral par le United States Government Accountability Office (GAO), dans lesquels des "dommages-intérêts anticipés" (en gros les bénéfices perdus) ne sont pas accordés, voir "Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide", 8^e éd., 2006 (GAO-06-797SP), à l'adresse suivante: <http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf>. Pour les rapports publiés sur les affaires, voir les ressources à l'adresse suivante: <http://www.gao.gov/legal/bidprotest.html>

spécifiques découlant de l'annulation de contrats et des différentes considérations applicables aux recours administratifs plutôt que judiciaires (y compris du risque potentiel d'abus si les systèmes administratifs sont les seules instances décisionnaires en l'espèce, en particulier en matière d'octroi de dommages et intérêts, ou si le pouvoir de décision est détenu par une petite structure ou quelques individus).

D. Dispositions relatives à d'autres voies de droit (article 54-3 a) de la Loi type de 1994 et projet d'article 58-5 a) du texte révisé de la Loi type)

55. Il a été proposé à la quinzième session du Groupe de travail d'incorporer le paragraphe 5 a) du projet d'article 60 (projet d'article 58 du texte révisé de la Loi type) dans le chapeau du paragraphe. Le paragraphe pertinent indique que l'instance administrative peut accorder une ou plusieurs types de réparations, et notamment dire les règles ou principes juridiques qui s'appliquent en l'espèce. On a expliqué que les types de réparations énumérés ne pouvaient pas être considérés comme une compensation, mais devaient plutôt être considérés comme une étape naturelle de la procédure de recours. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'examiner l'historique des dispositions concernées et de surseoir à l'examen de la proposition jusqu'à ce que les constatations du Secrétariat aient été examinées (A/CN.9/668, par. 264).

56. Le libellé en question et son emplacement dans le paragraphe ont été incorporés par le Secrétariat dans le premier projet de dispositions sur les recours administratifs et ont été maintenus tels quels tout au long de la négociation du texte de 1994. Aucune préoccupation n'a été soulevée quant au contenu ou à l'emplacement des dispositions. Lors de la dixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été dit que l'on pourrait prévoir que les voies de droit dont le soumissionnaire pourrait se prévaloir seraient fonction de la nature de sa réclamation (A/CN.9/315, par. 121).

57. Il se peut ainsi que le fournisseur ou l'entrepreneur lésé présente sa réclamation à une instance administrative indépendante en alléguant que l'entité adjudicatrice a appliqué des règles ou principes juridiques incorrects à l'objet de sa réclamation (par exemple si l'entité adjudicatrice saisit l'instance administrative de la décision rendue par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 53 de la Loi type de 1994). Dans un tel cas, l'instance administrative accorderait la réparation prévue à l'article 54-3 a) du texte de 1994.

58. À la lumière de cette explication, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de maintenir le libellé en question tel qu'il figure dans le texte de 1994.

E. Exceptions à la divulgation (articles 11-3 a) et 55-3 de la Loi type de 1994 et projets d'articles 19-2 b), 22-4 a) et 59-3 et 5) du texte révisé de la Loi type)

59. Lors de la quinzième session du Groupe de travail, il a été observé que les exceptions aux dispositions sur la divulgation du paragraphe 2 b) du projet d'article 19 avaient été rédigées en termes trop généraux, qu'elles pourraient nuire à la transparence, et qu'elles devraient être modifiées pour faire référence uniquement aux informations confidentielles. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure la question de savoir s'il y avait lieu de réviser la formulation (A/CN.9/668, par. 131).

60. Comme cela a été souligné lors de cette session, les exceptions aux dispositions sur la divulgation du paragraphe 2 b) du projet d'article 19 sont liées au projet d'article 22-4 a) du texte révisé de la Loi type (article 11-3 a) de la Loi type de 1994 relatif au procès-verbal de la procédure de passation des marchés), dont elles sont issues (A/CN.9/668, par. 130). Il convient également de noter que les exceptions aux dispositions sur la divulgation figurent également à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (projet d'article 31-8) du texte révisé de la Loi type) qui se lit comme suit:

“8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.”

61. Le Secrétariat a examiné l'historique des articles 11-3 a) et 34-8 de la Loi type de 1994 ainsi que les dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables. Ses conclusions sont présentées ci-après.

Historique des dispositions

62. Le premier projet du Secrétariat sur les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation des marchés indiquait qu'“aucune information n'est divulguée en violation de toute loi [du présent État] relative à la confidentialité” (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 33-2). Lorsque ce projet a été soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été convenu que le champ d'application de la confidentialité devrait être élargi en précisant “que l'information ne devait pas être divulguée si la révéler était contraire à la loi ou devait entraver l'application, allait à rencontre de l'intérêt général, portait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou devait entraver le libre jeu de la concurrence.” On a fait valoir en contrepartie de ce point de vue que, suivant le libellé actuel, un État qui appliquerait la loi pourrait fortement limiter la divulgation d'informations en adoptant des lois frappant de confidentialité divers aspects de la procédure de passation des marchés (A/CN.9/331, par. 210). Lors des sessions ultérieures, il a cependant été décidé de maintenir ces restrictions à la divulgation, mais d'ajouter dans la Loi type que l'entité adjudicatrice ne peut divulguer aucune information sauf injonction d'un tribunal compétent, et sous réserve des conditions d'une telle injonction (A/CN.9/356, par. 80).

63. Le premier projet du Secrétariat de ce qui est devenu l'article 34-8 de la Loi type de 1994 était pour l'essentiel analogue au texte actuel (A/CN.9/WG.V/WP.24, projet d'article 28-9). Lorsque ce projet a été examiné par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international, il a été généralement convenu que les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne seraient pas révélées sous réserve des dispositions de l'article sur le procès-verbal de la procédure de passation des marchés. À cet égard, il a été explicitement fait référence à la possibilité qu'un tribunal compétent puisse ordonner la divulgation de l'information en question (A/CN.9/331, par. 211, et A/CN.9/356, par. 80). Ainsi, le Groupe de travail a finalement adopté le texte initial proposé par le Secrétariat dans son premier projet, avec quelques modifications rédactionnelles. Aucune préoccupation n'a été soulevée à propos du libellé de la disposition en question lors de l'adoption du texte de la Loi type par la Commission.

Dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables

64. Comme l'a noté le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 131), le libellé en question utilisé dans la Loi type de 1994 et repris dans le texte révisé de la Loi type est similaire au libellé des dispositions connexes des instruments de l'OMC et de la Directive de l'UE. Le tableau ci-dessous présente les dispositions pertinentes de ces instruments aux fins de référence:

Accord de l'OMC sur les marchés publics (1994)	Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (2006)	Directive de l'Union européenne
<p>Article XVIII Information et examen concernant les obligations des entités</p> <p>...</p> <p>4. Toutefois, les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché, mentionnés aux paragraphes 1) et 2) c), ne seront pas communiqués dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.</p> <p>Article XIX Information et examen concernant les obligations des Parties</p> <p>...</p> <p>2. Le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie au présent accord pourra, sans préjudice</p>	<p>Article XVII Divulgation de renseignements</p> <p>...</p> <p><i>Non-divulgation de renseignements</i></p> <p>2. Nonobstant toute autre disposition du présent accord, une Partie, y compris ses entités contractantes, ne pourra communiquer des renseignements à un fournisseur particulier, qui pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.</p> <p>3. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme obligeant une Partie, y compris ses entités contractantes, autorités et organes d'examen, à communiquer des renseignements confidentiels au titre du présent accord dans les cas où cette communication:</p> <p>a) ferait obstacle à l'application des lois;</p> <p>b) pourrait nuire à une concurrence</p>	<p>Article 35 Avis</p> <p>...</p> <p>4. ...</p> <p>Certaines informations sur la passation du marché ou de la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.</p> <p>Article 41 Information des candidats et soumissionnaires</p> <p>1. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre, l'adjudication d'un</p>

Accord de l'OMC sur les marchés publics (1994)	Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (2006)	Directive de l'Union européenne
<p>des dispositions de l'article XXII, demander les renseignements additionnels qui pourront être nécessaires sur la passation du marché pour s'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. À cet effet, l'autorité publique contractante fournira des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue et sur le prix d'adjudication. Normalement, ce dernier renseignement pourra être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu à la condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Au cas où cette divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, ce renseignement ne sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu.</p>	<p>loyale entre fournisseurs;</p> <p>c) porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de personnes particulières, y compris la protection de la propriété intellectuelle; ou</p> <p>d) serait autrement contraire à l'intérêt public.</p>	<p>marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre, à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence et de recommencer la procédure ou à mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs.</p> <p>...</p> <p>1. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.</p> <p>Article 69 Avis</p> <p>2. ...</p> <p>Au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les prestataires de services, de telles informations sur l'attribution du concours peuvent ne pas être publiées.</p>

Options proposées pour examen au Groupe de travail

65. Le Groupe de travail considèrera peut-être que les préoccupations soulevées au sujet de ces dispositions ont été pleinement prises en compte par les auteurs de la Loi type de 1994 et qu'ils ont néanmoins préféré employer le libellé actuel, dont le

libellé est conforme aux dispositions pertinentes des instruments internationaux applicables.

66. En outre, le Groupe de travail pourrait considérer que, quelle que soit la formulation retenue en ce qui concerne les restrictions à la divulgation, les dispositions de la Loi type révisée relatives à de telles restrictions devraient toutes être harmonisées. Outre les dispositions sur le procès-verbal de la procédure de passation des marchés, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, et l'acceptation de l'offre à retenir (dispositions relatives au délai d'attente), d'autres dispositions du texte révisé de la Loi type s'inspirent du libellé de l'article 11-3 a) de la Loi type de 1994 pour définir les exceptions à la divulgation (par exemple, le projet d'article 59, qui est fondé sur l'article 55 de la Loi type de 1994 et qui a été amendé conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session (en particulier, pour ce qui est de la décision d'adjoindre les dispositions sur les exceptions à la divulgation, voir A/CN.9/668, par. 267).

67. En outre, le Groupe de travail pourrait vouloir assurer la cohérence interne de toutes les dispositions pertinentes, telles que celles relatives aux restrictions à la divulgation d'informations relatives à l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres figurant à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (projet d'article 31-8 du texte révisé de la Loi type).
