



Assemblée générale

Distr. limitée
21 janvier 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingtième session
New York, 14-18 mars 2011**

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant les sections et sous-sections suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de Guide révisé pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Une loi 'cadre' qui doit être complétée par un règlement en matière de passation des marchés et appuyée par une infrastructure appropriée", "Passation de marchés en ligne" et "Dispositions relatives à la participation internationale à la procédure de passation de marché et à l'utilisation de systèmes de passation pour atteindre d'autres objectifs de politique gouvernementale").



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

Première partie. Remarques générales

...

II CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

(suite)

D. Une loi “cadre” qui doit être complétée par un règlement en matière de passation des marchés et appuyée par une infrastructure appropriée

1. Cadre législatif

53. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des procédures de passation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre ces procédures en œuvre dans un État.

54. En conséquence, la Loi type suppose, dans un premier temps, l'adoption par les États d'une réglementation complétant le cadre législatif du système de passation des marchés, précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière de chaque État et du fait que celle-ci est susceptible d'évoluer (par exemple en ce qui concerne la valeur réelle des seuils de demande de prix, par exemple, et la prise en compte des progrès techniques). Naturellement, il convient de veiller à ce que les règlements découlant de la Loi type n'aillent pas à l'encontre de ses objectifs et procédures. En ce qui concerne le reste de l'infrastructure juridique, les procédures de passation de marchés visées par la Loi type soulèvent des points de procédure qui seront traités dans les règlements en matière de passation des marchés mais les réponses à d'autres questions juridiques se trouveront probablement dans d'autres branches du droit (droit administratif, droit des contrats, droit pénal et règles de procédure judiciaire). Les entités adjudicatrices peuvent devoir prendre en compte et appliquer la législation sur l'emploi et l'égalité, les exigences en matière d'environnement et d'autres dispositions. Les États adoptants deviendront plus efficaces en matière de passation de marchés à mesure que les nombreuses dispositions applicables sont clairement diffusées et bien comprises, y compris en ce qui concerne leur interaction avec le droit y relatif.

2. Mise en œuvre des dispositions législatives

55. Le cadre législatif de la passation de marchés doit s'inscrire dans un système de passation cohérent. Dans un deuxième temps, il s'agit, pour appuyer la réforme du droit, de veiller à sa mise en œuvre effective et à son efficacité opérationnelle. L'utilisation de notes explicatives, de manuels, de formulaires standard et d'exemples de documents s'est avérée être un outil efficace dans la pratique. Les organisations internationales et régionales et d'autres entités participent activement à la réforme de la passation des marchés et on trouve sur leurs sites Web des ressources sur les pratiques optimales et d'autres orientations.

56. La section ci-après décrit l'infrastructure institutionnelle, administrative et juridique ainsi que les capacités nécessaires pour appuyer le cadre législatif afin d'atteindre les objectifs généraux du système de passation des marchés, de sorte qu'il satisfasse aux exigences de la Convention contre la corruption, dont certaines ne sont généralement pas reflétées de manière optimale dans la législation.

3. Structures institutionnelles et administratives et ressources adéquates

57. En troisième lieu, la Loi type part du principe que l'État adoptant dispose ou disposera des structures institutionnelles et administratives appropriées et du personnel nécessaire pour gérer et administrer les procédures de passation de marchés qui y sont décrites. Au niveau administratif, il importe que la passation des marchés aille de pair avec une bonne gestion des finances publiques (point figurant également dans la Convention contre la corruption). Les exigences et procédures en matière d'établissement des budgets pouvant se trouver dans diverses sources, les États adoptants veilleront à ce que les entités adjudicatrices sachent quelles sont leurs obligations en la matière, notamment si des crédits doivent être ouverts pour qu'une procédure de passation de marché puisse commencer et si ces obligations font par définition partie du système de passation des marchés.

58. Au niveau institutionnel, l'État adoptant jugera peut-être souhaitable de créer un organisme public de passation de marché ou une autre autorité qui aidera à l'application des règles, politiques et pratiques de passation de marchés auxquelles s'applique la Loi type. Les fonctions d'une telle autorité pourraient par exemple être les suivantes:

a) *Veiller à l'application effective de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés.* Il peut s'agir de la question des règlements en matière de passation des marchés, du code de conduite visé à l'article [25] de la Loi type, du contrôle de l'application de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés, de la formulation de recommandations pour leur amélioration et de leur interprétation.

b) *Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière.* Il peut s'agir de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents normalisés, le cas échéant, et des spécifications et conditions contractuelles normalisées. Cette fonction peut être particulièrement productive lorsque l'État adoptant cherche à renforcer la participation des micro, petites et moyennes entreprises au processus de passation des marchés, l'obstacle à leur participation étant de taille lorsque les procédures sont méconnues, imprécises ou longues et complexes.

c) *Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation en la matière du point de vue des grandes orientations politiques nationales.* Il peut s'agir d'examiner l'incidence de la passation de marchés sur l'économie nationale (notamment de contrôler la concentration de certains marchés et les risques pour la concurrence), d'analyser les coûts et avantages de la poursuite d'objectifs socioéconomiques au moyen de la passation des marchés, d'émettre un avis concernant les effets de certains marchés sur les prix et d'autres facteurs économiques [et de vérifier qu'un marché donné cadre avec les programmes et politiques du gouvernement].

d) *Aider et conseiller les entités adjudicatrices et les responsables de la passation des marchés.* Les responsables de la passation des marchés peuvent avoir besoin d'indications pour préparer les documents internes utilisés par l'entité adjudicatrice et interpréter certains points du droit et de la réglementation. Il se peut que des juristes conseillent déjà le gouvernement ou l'entité adjudicatrice mais si ce n'est pas le cas, les responsables de la passation des marchés voudront peut-être recevoir des orientations afin de savoir si les décisions qu'ils envisagent (par exemple le recours à une autre méthode de passation ou à la sollicitation directe) sont conformes au cadre législatif.

e) *Formation des responsables de la passation des marchés.* L'organisme ou autre autorité peut également être chargée de la formation des responsables de la passation des marchés et des autres fonctionnaires intervenant dans l'administration du système de passation des marchés. Cette fonction sera particulièrement importante i) si l'État adoptant a inclus dans sa législation des méthodes de passation des marchés supposant un degré élevé de professionnalisme, en particulier aux niveaux les plus élevés des entités adjudicatrices, où sont prises les décisions cruciales. Il existe au niveau international divers organes spécialisés dans la certification et la formation de responsables de la passation des marchés. Des informations à ce sujet sont accessibles au moyens de liens se trouvant sur le site de la CNUDCI (www.uncitral.org); et ii) si l'État adoptant cherche à accroître la participation des micro, petites et moyennes entreprises à la passation des marchés.

f) *Exigence d'approbation.* L'organisme ou autre autorité peut également dans certains cas être chargé de donner son approbation avant l'ouverture de la procédure de passation ou avant l'attribution du marché si l'État adoptant prévoit une telle fonction d'approbation (voir également les paragraphes 66 à 68 ci-après). Si cette possibilité existe, l'État adoptant voudra peut-être envisager de faire preuve de souplesse en ce qui concerne les seuils de renvoi (afin qu'aucun dossier ne soit renvoyé s'il ne doit pas l'être mais que ceux qui doivent l'être puissent l'être), de recourir à une fonction d'orientation comme une alternative à la fonction d'approbation (afin d'assurer la responsabilité effective dans la prise de décision et d'éviter de nuire au développement des capacités), de définir la structure de l'organisme et de prévoir les ressources nécessaires.

g) *Certification.* Dans certains cas, tels que les marchés complexes ou portant sur des sommes importantes, l'organisme pourrait aussi être habilité à s'assurer que la procédure de passation est conforme à la Loi type et aux règlements en matière de passation des marchés avant que le marché ne soit attribué ou n'entre en vigueur.

59. Dans les cas où les entités adjudicatrices sont indépendantes de la structure gouvernementale ou administrative de l'État, telles que certaines entreprises commerciales appartenant à l'État, les États jugeront peut-être préférable que la fonction d'approbation, de certification ou d'orientation soit exercée par un organisme ou une autorité faisant partie de l'appareil administratif ou gouvernemental afin de veiller à ce qu'il soit dûment donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Surtout, en ce qui concerne les fonctions d'approbation, il faut que l'organisme ou l'autorité puisse exercer ses fonctions de manière impartiale et efficace et soit suffisamment indépendant des personnes ou services intervenant dans la procédure de passation de marché. Il est peut-être préférable que ces fonctions soient exercées par un comité et non par une seule personne, afin d'éviter tout risque d'abus de pouvoir.

4. Contrôle et exécution

60. Une autre question est celle du contrôle et de l'exécution des décisions relatives à la passation de marchés. Une fonction de contrôle ne peut être efficace que dans la mesure où elle est exercée par une entité indépendante de celle qui prend la décision, c'est-à-dire l'entité adjudicatrice (voir aux paragraphes 66 à 68 ci-après les considérations sur l'organe de tutelle). Dans les systèmes où l'autorité ou organisme public chargé de la passation de marchés exerce des pouvoirs de décision, le contrôle pourrait être assuré par un organe national de vérification.

61. Pour ce qui est de faire respecter les dispositions de la législation fondées sur la Loi type, l'État adoptant saura que le chapitre VIII de la Loi type exige une fonction de recours indépendant (administratif ou judiciaire). Les organes de recours administratif ne seront pas considérés comme indépendants et s'exposeront à des conflits d'intérêt s'ils font partie d'un organisme ou d'une autorité qui peut aider ou conseiller les responsables de la passation des marchés ou les entités adjudicatrices, ou exercer un pouvoir de décision. Même si dans certains systèmes cette fonction de recours est exercée par un organe subsidiaire de l'autorité ou organisme chargé des marchés publics doté des pouvoirs généraux décrits ci-dessus, on considère généralement qu'il n'est pas souhaitable de soumettre la fonction de recours à ce qui sera considéré comme un contrôle politique de fait de la part de cet organisme ou de cette autorité. Enfin, une fonction de conseil sera compromise si les responsables de la passation des marchés hésitent à y recourir de peur qu'une mesure d'exécution soit prise sur la base des informations qu'ils fournissent lorsqu'ils demandent conseil.

5. Structure des autorités ou organismes de la passation des marchés publics

62. La nature des organismes ou autorités exerçant des fonctions d'administration, de contrôle ou de recours dans l'État adoptant et les fonctions précises qu'ils exerceront dépendront notamment de ses systèmes gouvernemental, administratif et juridique, qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation de marchés devrait être conçu dans un souci d'efficacité et d'économie. Tout système trop coûteux, demandant trop de travail à l'entité adjudicatrice ou aux participants à la procédure de passation ou entraînant des retards injustifiés, sera contre-productif. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les responsables de la procédure de passation de marchés pourrait dans certains cas les empêcher de travailler efficacement. Les États

adoptants considèreront peut-être qu'en investissant afin que les entités adjudicatrices aient suffisamment de moyens et que les responsables de la passation de marchés soient suffisamment formés et équipés, ils contribueront au bon fonctionnement du système et à la maîtrise des coûts du contrôle administratif.

63. L'organisme ou autorité des marchés publics peut aussi être en relation avec des autorités de réglementation compétentes dans des domaines pertinents, telles que celles qui s'occupent de la concurrence. Celles-ci pourraient veiller à prévenir la collusion, le trucage des offres ou la concentration dans la passation de marchés publics. Les États adoptants voudront peut-être aussi se poser la question de savoir si l'autorité en matière de concurrence et de passation de marchés serait exercée plus efficacement par un ou plusieurs organes.

64. L'expérience montre également qu'il peut y avoir un risque d'abus de pouvoir de la part d'un organisme ou d'une autorité de passation de marchés si il n'y a pas suffisamment de contrôles pour que ses membres aient l'indépendance voulue par rapport aux décideurs du Gouvernement et des entités adjudicatrices.

65. Il convient de noter qu'en adoptant la Loi type un État ne s'engage pas à mettre sur pied une structure administrative particulière ni à augmenter les dépenses du secteur public.

6. Considérations spécifiques concernant l'exigence d'une approbation préalable pour le recours à des procédures exceptionnelles

66. La Loi type prévoit que certaines mesures et décisions importantes de l'entité adjudicatrice, en particulier celles portant sur le recours à certaines méthodes de passation et l'entrée en vigueur du marché, peuvent être soumises à une approbation extérieure préalable. Un tel système d'approbation préalable présente l'avantage de favoriser la détection d'erreurs et de problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. Il peut en outre contribuer à l'uniformisation du système national de passation de marchés.

67. L'exigence d'une approbation préalable est présentée dans la Loi type comme une possibilité car le système n'est pas en usage dans tous les pays et son utilisation est en déclin. Une autre méthode consiste à contrôler les pratiques de passation des marchés en procédant principalement par vérification après coup. À cet égard, l'exigence de l'approbation extérieure peut être particulièrement inadaptée dans certaines circonstances, notamment en cas de recours à l'appel d'offres en deux étapes, étant donné que l'utilisation de cette méthode de passation est soumise à des conditions précises (voir [renvoi à l'observation concernant l'article pertinent]), et dans certains cas de sollicitation d'une source unique, notamment dans les situations urgentes.

68. S'il décide d'opter pour une exigence d'approbation, l'État adoptant désignera le ou les organismes chargés de délivrer les diverses approbations et de définir les pouvoirs conférés à cet égard. Une fonction d'approbation peut être confiée à un organe ou une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le ministère des finances ou du commerce ou une autorité des marchés publics) ou à un organe de contrôle distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. (Voir les autres considérations soulevées au paragraphe 59 ci-dessus, qui sont également pertinentes dans ce contexte.)

E. Passation de marchés en ligne

1. Contexte

69. La passation de marchés en ligne englobe (entre autres) la présentation de soumissions par voie électronique et l'utilisation des nouvelles méthodes de passation de marchés rendues possibles par Internet (enchères électroniques inversées, catalogues électroniques et accords-cadres électroniques), la publication sur Internet d'informations relatives aux marchés et l'utilisation de systèmes électroniques tout au long du processus de passation (pour la communication et l'échange d'informations).

70. Des termes tels que "documents", "communication écrite" ou "preuve documentaire" désignent de plus en plus souvent l'ensemble des documents (électroniques ou sur papier) dans les pays où le gouvernement et le commerce électroniques sont d'usage courant mais en ce qui concerne les autres pays, on peut partir du principe qu'il s'agit de documents papier. C'est pourquoi la Loi type contient désormais des dispositions visant à assurer que tous les moyens de communication, de transmission et de conservation de l'information puissent être utilisés dans une passation régie par une loi fondée sur ce texte.

71. Lorsque la Commission a publié la Loi type révisée, les transferts électroniques d'information se faisaient généralement à l'aide d'Internet et de systèmes apparentés. Toutefois, vu la rapidité des progrès techniques, la Commission a supposé que de nouvelles technologies feraient leur apparition. Pour des raisons de commodité, le terme "passation de marchés en ligne" désigne dans le présent Guide le recours aux communications électroniques et la présentation de soumissions par voie électronique, supposant le transfert d'informations par des moyens électroniques ou similaires. Les principes énoncés s'appliquent de manière générale à toutes les nouvelles technologies de l'information qui peuvent être utilisées pour transférer des informations ou des documents et conduire des procédures de passation.

2. Avantages de la passation de marchés en ligne

72. Les avantages potentiels de la passation de marchés en ligne pour ce qui est de réaliser les objectifs de la Loi type sont largement reconnus: gain d'efficacité administrative en termes de temps et de coûts (réduction des coûts de consommation de papier et du temps d'envoi par rapport à celui d'un document papier) et possibilité de normaliser des achats répétés. L'utilisation des technologies de l'information pour la publication des possibilités de marchés et des règles et procédures de passation renforce la transparence et l'accès au marché, facilitant la participation au processus de passation et favorisant la concurrence. De même, non seulement l'utilisation de ces technologies permettant aux fournisseurs de se porter candidats, de participer à la procédure, d'échanger des informations et de soumettre une offre en ligne est efficace sur le plan administratif, elle permet en outre d'ouvrir le marché à des entrants éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer. Non seulement les processus automatiques, sources d'uniformité et de standardisation, sont efficaces sur le plan administratif, mais aussi les systèmes électroniques favorisent la prise de mesures à l'appui de l'intégrité en réduisant l'intervention

humaine dans le cycle de passation et les contacts personnels entre responsables de la passation et fournisseurs, qui constituent autant d'occasions de corruption.

73. Même si ces avantages peuvent être considérables, les États adoptants voudront peut-être veiller à ce que la passation de marchés en ligne soit mise en œuvre de manière à ne pas restreindre l'accès au marché, en général ou en ce qui concerne certains fournisseurs tels que les micro, petites et moyennes entreprises. Les garanties prévues dans la Loi type sont examinées plus particulièrement aux paragraphes [85 à 90] ci-après. (Les questions touchant la participation des micro, petites et moyennes entreprises en général sont examinées aux [ajouter la référence qui convient].)

3. Approche de la Loi type concernant la passation de marchés en ligne

74. L'approche générale de la Loi type concernant l'introduction de la passation de marchés en ligne repose sur trois principes clefs. Premièrement, compte tenu des avantages potentiels de ce type de passation, la Loi type devrait encourager son utilisation, lorsque cela se justifie et dans la mesure du possible; deuxièmement, compte tenu de la rapidité des avancées technologiques et des différences de niveau de complexité technique existant entre les États, le texte devrait être technologiquement neutre (c'est-à-dire ne recommander aucune technologie en particulier mais décrire les fonctions des technologies disponibles); et troisièmement, des indications plus détaillées devraient être fournies pour aider les États adoptants à introduire et utiliser ce type de passation.

75. Les considérations de principe relatives aux aspects spécifiques de la passation de marchés en ligne sont examinées dans les commentaires article par article (voir [renvoi aux commentaires article par article correspondants]). On trouvera dans la présente section des indications concernant les obstacles juridiques ou autres à l'utilisation de ce type de passation. Les garanties nécessaires pour que son utilisation n'aillent pas à l'encontre des objectifs de la Loi type sont examinées dans les sections suivantes.

76. Pour ce qui est des obstacles juridiques possibles à l'utilisation de la passation de marchés en ligne, la mesure dans laquelle chaque État peut utiliser cette ressource dépend de la disponibilité des infrastructures de commerce électronique et des autres ressources nécessaires, notamment de mesures respectant la sécurité électronique, et de l'adéquation de la loi applicable qui autorise et régit le commerce électronique. L'environnement juridique général d'un État (plutôt que sa législation relative aux marchés) peut appuyer ou non la passation de marchés en ligne. Par exemple, des lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures, la nature du document original et la recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal peuvent ne pas suffire à assurer la fiabilité de la passation des marchés en ligne. Même si ces questions ne diminuent en rien l'attrait de ce type de passation, l'issue peut être imprévisible et les résultats commerciaux ne seront pas optimaux.

77. Pour régler cette question, il convient dans un premier temps de déterminer si la réglementation générale sur la passation de marchés en ligne, ou l'autorisation d'y recourir, doivent figurer dans la loi sur la passation des marchés ou dans le droit administratif général d'un État adoptant. Comme il est noté dans la section [II.D] ci-dessus, la Loi type ne constitue pas une marche à suivre complète de la passation

de marchés: la planification et l'administration des marchés, ainsi que l'infrastructure générale d'appui, sont traitées dans d'autres textes. Même si la Loi type prévoyait la reconnaissance générale des documents et des communications électroniques, elle ne couvrirait pas l'ensemble des documents, échanges d'informations et communications du cycle de passation et il pourrait y avoir des conflits avec d'autres textes juridiques relatifs au commerce électronique. C'est pourquoi la solution retenue dans la Loi type consiste à s'appuyer sur la législation des États adoptants, notamment la législation générale sur le commerce électronique, pour autoriser la passation de marchés en ligne, en l'adaptant si nécessaire aux besoins précis de la passation. Les États adoptants devront donc commencer par déterminer si leur législation générale sur le commerce électronique autorise la passation de marchés en ligne.

78. À cette fin, les États adoptants voudront peut-être adopter aussi la série de textes publiés par la CNUDCI sur le commerce électronique: la Loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)¹. Ces textes portant reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques, peuvent définir les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation de marchés en ligne dans un pays. Ils reposent sur ce que l'on appelle une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et l'objet des exigences imposées traditionnellement aux documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour les applications du commerce électronique propres à la passation de marchés.

79. Cette approche fonctionnelle englobe la notion de neutralité technologique et évite d'imposer à la passation de marchés en ligne des normes plus strictes que celles traditionnellement appliquées à la passation de marché dans un environnement papier. Il est important de noter que des normes plus strictes décourageront l'utilisation de la passation en ligne et peuvent en accroître le coût, au risque d'en réduire ou d'en perdre les avantages potentiels. En outre, le système risquerait d'être paralysé si la technologie utilisée était temporairement indisponible. Un autre avantage de la neutralité technologique est qu'elle permet d'éviter les conséquences de la tendance naturelle à surréglementer les nouveaux outils et les nouvelles techniques de passation ou à adopter une démarche prescriptive, qui témoigne d'un manque d'expérience et de confiance dans l'utilisation de nouvelles technologies et rend leur adoption plus difficile que nécessaire.

80. Une autre conséquence de cette approche est que les termes "électronique", "signature", "par écrit", "moyens de communication" et "messages de données électroniques" ne sont pas définis dans la Loi type. Les définitions des principaux termes nécessaires dans le cadre des opérations de commerce électronique figurent cependant dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, mentionnés précédemment. [Par exemple, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le terme "message de données" est défini comme "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou

¹ Disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html (consulté en janvier 2011).

optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie".] D'un autre côté, la Loi type ne contient plus de références ni de conditions de forme présupposant un environnement papier.

81. La Loi type elle-même traite de questions propres à la passation de marchés qui ne sont pas couvertes par la législation générale sur le commerce électronique, telles que la nécessité de connaître le moment précis de la réception des offres électroniques et l'importance d'empêcher l'accès à leur contenu avant la date d'ouverture prévue [ajouter un renvoi aux commentaires article par article correspondants.]

4. Considérations pratiques

82. Les obstacles à l'utilisation de la passation de marchés en ligne peuvent être d'ordre logistique ou technologique. Même si de nombreux gouvernements effectuent maintenant une partie de leurs activités en ligne, on ne peut présumer dans tous les cas que l'accès à Internet est fiable: les infrastructures peuvent être insuffisantes et les technologies nécessaires peuvent ne pas être disponibles partout, surtout s'il s'agit de nouvelles technologies et d'infrastructures d'appui encore insuffisamment répandues ou hors de portée des micro, petites et moyennes entreprises.

83. Une question connexe est celle de l'utilisation de systèmes d'information exclusifs et de logiciels spécialisés pour la passation de marchés. L'accès au marché est meilleur si les entités adjudicatrices mettent gratuitement ces systèmes à la disposition des fournisseurs potentiels mais des considérations pratiques et commerciales peuvent en décider autrement. Il se peut que les entités adjudicatrices n'aient d'autre choix que d'amortir ou récupérer le coût d'investissements des systèmes exclusifs, ou qu'elles doivent sous-traiter la gestion des systèmes de passation de marchés en ligne à des tiers, qui détiennent peut-être alors les droits de propriété intellectuelle de systèmes ou risquent de créer des conflits d'intérêt.

84. Par conséquent, la Loi type n'exige pas des entités adjudicatrices qu'elles fournissent gratuitement tous les logiciels ou autres dispositifs techniques, mais elle le leur recommande vivement. Si la gratuité est impossible, les entités adjudicatrices doivent éviter de percevoir un montant disproportionné et s'abstenir de se servir des systèmes exclusifs ou du coût perçu pour limiter l'accès à un marché. À cet égard, les États adoptants voudront peut-être aussi envisager d'utiliser des logiciels libres ou disponibles dans le commerce. Il importe de veiller à ce que les systèmes soient compatibles avec ceux utilisés par des partenaires commerciaux potentiels, qu'ils ne nécessitent pas de droits de licence pour utilisateurs multiples et qu'ils puissent être facilement adaptés aux langues locales ou fonctionner en plusieurs langues. Les considérations d'interopérabilité peuvent être particulièrement importantes dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics et pour ce qui est d'empêcher que les systèmes de passation de marchés en ligne ne servent à limiter la participation internationale de fournisseurs à la procédure de passation. Dans certains pays, les utilisateurs potentiels, c'est-à-dire les fournisseurs, doivent saisir des coordonnées nationales dans le système électronique pour être autorisés à l'utiliser. Même si les considérations de sécurité et d'authenticité doivent être prises en compte, les États adoptants sont invités à s'assurer que leurs systèmes

n'imposent pas de restrictions inutiles à l'accès au marché. (Voir également la section [II.F] ci-après.) L'accord sur les marchés publics [indiquer la version appropriée] exige que les systèmes de passation des marchés en ligne soient généralement disponibles et compatibles avec d'autres systèmes couramment utilisés dans l'État concerné. Les États adoptants voudront peut-être s'assurer qu'ils se conforment à cet accord et aux accords commerciaux régionaux applicables en la matière, dont bon nombre comportent des exigences similaires.

5. Garanties visant à promouvoir l'utilisation de la passation de marchés en ligne

85. Pour qu'un système de passation de marchés en ligne soit accepté, il faut que le public ait confiance en sa sécurité. Une telle confiance nécessite une authentification adéquate des fournisseurs, une technologie suffisamment fiable, un système préservant les offres et soumissions et un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles fournies par les fournisseurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. Il est particulièrement important que ces qualités soient visibles lorsque ce sont des tiers qui exploitent le système concerné. Celui-ci doit au minimum contrôler quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand (y compris la durée de la communication), et permettre de reconstituer la suite des événements. Il doit offrir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. La transparence propre à instaurer la confiance sera renforcée si toutes les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des entités adjudicatrices et des fournisseurs potentiels sont portées à la connaissance du public ou du moins énoncées dans le dossier de sollicitation.

86. Il convient d'appliquer les principes de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique aux garanties pour gérer les mesures nécessaires à la passation de marchés en ligne, comme on l'a noté ci-dessus. Par exemple, des garanties s'appliquant spécifiquement aux communications électroniques ou à la confidentialité des soumissions ou des autres offres établiraient inévitablement des normes de sécurité et de préservation de l'intégrité des données plus élevées que celles applicables aux communications papier (car il n'existe guère de normes de ce genre dans l'environnement papier), et elles ne tiendraient peut-être pas compte des risques liés de tout temps aux communications papier.

87. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui en est l'auteur, ce qui se fait généralement au moyen de signatures électroniques et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification. Les règles pertinentes peuvent être propres à un système de passation donné ou figurer dans la législation générale de l'État régissant les systèmes électroniques. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique de signature électronique [(telle que les techniques avancées basées sur la cryptographie et l'infrastructure à clef publique,

même si ce sont les plus courantes au moment considéré)]². Certains systèmes de signature électronique se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour éviter que les systèmes de passation en ligne ne soient utilisés pour restreindre l'accès à la procédure de passation, le système doit permettre la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences de sécurité associées en ce qui concerne les signatures électroniques indépendamment du lieu d'origine des signatures. À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles que soumissions ou autres offres, nécessitent une authentification intégrale, d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs pouvant suffire pour d'autres communications. Cette approche n'est pas nouvelle: la Loi type de 1994 prévoyait déjà des exigences différentes en fonction du degré d'importance des communications dans le processus de passation, tout comme le fait la Loi type révisée (voir article [7]).

88. Une autre exigence concerne l'intégrité. Il s'agit de protéger les informations de toute modification, de tout ajout ou de toute manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification, tout ajout ou toute manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue.

89. Ces questions sont examinées plus en détail au [renvoi aux indications concernant l'article 39]] ci-après, où elles occupent la plus grande place.

90. La progression de la passation de marchés en ligne est allée de pair avec l'introduction de nouvelles méthodes de passation et une refonte des méthodes existantes visant à tirer parti des nouvelles technologies. Les nouvelles méthodes sont notamment les enchères électroniques inversées et les catalogues électroniques, et les techniques plus traditionnelles telles que les accords-cadres peuvent être modernisées pour permettre les soumissions électroniques notamment à la deuxième étape de la procédure: grâce à ces techniques, des achats peuvent être faits en quelques heures et non plus en quelques semaines ou en quelques mois. Là encore, l'approche suivie dans la Loi type vise à faciliter ces techniques s'il y a lieu, sous réserve des garanties appropriées (voir [renvoi aux commentaires relatifs aux chapitres VI et VII] ci-après).

6. La passation de marchés en ligne en tant que processus

91. Certains des principaux avantages économiques de la passation de marchés en ligne découlent de son application à l'ensemble du système de passation: l'uniformisation du système de passation au moyen des technologies de l'information permet de renforcer les capacités de contrôle, de suivi et d'évaluation, en particulier lorsque ce système est intégré à ceux de planification, de budget, d'administration des marchés et de paiement (où la facturation et le paiement peuvent également se faire par voie électronique). L'introduction de la passation de marchés en ligne est l'occasion de réformer l'ensemble du système de passation. Si on se contente de remplacer les communications papier par des courriers électroniques et des communications par Internet et d'annoncer les possibilités de

² Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si cette référence est utile compte tenu de la prééminence de cette technologie.

marchés sur un site Web, les avantages de la passation en ligne ne seront pas aussi importants. Sans une réforme de l'ensemble du système, les faiblesses pouvant exister dans le système traditionnel risquent d'être également présentes dans le nouveau système numérique, et les risques liés à la passation en ligne peuvent ne pas être suffisamment pris en compte.

92. Une telle refonte de l'ensemble du système représente un investissement important et les systèmes électroniques doivent aussi donner lieu à de nouveaux mécanismes de gouvernance. L'expérience montre que la plupart des systèmes de passation en ligne introduits mettent des années à produire les avantages attendus et que la mise en œuvre la plus efficace se fait souvent de manière progressive, ce qui contribue aussi à amortir les coûts d'investissement. Les systèmes qui visent l'autofinancement en facturant aux fournisseurs et en sous-traitant peuvent être efficaces sur le plan administratif mais comportent des risques: des commentateurs ont observé que la participation et la concurrence diminuaient lorsqu'un droit était perçu et que des conflits d'intérêts institutionnels risquaient de voir le jour. Ces risques augmentent si le système n'est confié à des sous-traitants que pour permettre une introduction rapide et à bas coût. En d'autres termes, il convient d'examiner soigneusement les coûts et les avantages des systèmes autofinancés et de la sous-traitance.

F. Dispositions relatives à la participation internationale à la procédure de passation de marchés et à l'utilisation de systèmes de passation pour réaliser d'autres objectifs de politique gouvernementale

1. Contexte

93. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et aux objectifs de la Loi type, qui sont d'assurer une participation et une concurrence maximales afin d'améliorer le rapport qualité-prix, la Loi type prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf dans des cas exceptionnels prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (article [8-1]). Cette règle générale destinée à promouvoir la transparence et empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère est mise en application au moyen de plusieurs procédures visant par exemple à ce que les invitations à participer à une procédure de passation ou à présenter une demande de préqualification soient publiées de telle manière qu'elles seront reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. Ces procédures sont renforcées par l'article [9-6], qui dispose que sous réserve de l'article [8], "l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable," et par les règles concernant la description de l'objet du marché, qui interdisent, toujours sous réserve de l'article [8], d'utiliser une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la

procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité (article [10-2]).

2. Limitation directe de la participation internationale

94. La Loi type permet aux États adoptants de prévoir dans leur droit interne, à titre exceptionnel, la possibilité de limiter la passation de marché aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en permettant à l'entité adjudicatrice de déclarer en vertu des dispositions de l'article [8-1] qu'une procédure de passation exclura des fournisseurs et entrepreneurs sur la base de la nationalité. Toutefois, l'entité adjudicatrice ne peut limiter la participation internationale que dans la mesure où le lui permettent la législation (notamment en ce qui concerne les obligations conventionnelles) ou les règlements en matière de passation des marchés. Cette restriction vise à garantir que l'entité adjudicatrice ne puisse décider de désavantager certains fournisseurs ou certaines catégories de fournisseurs.

95. Ce dernier point est renforcé par des dispositions qui interdisent expressément toute discrimination fondée sur des exigences concernant les critères de qualification, d'examen et d'évaluation figurant respectivement aux articles [9], [10] et [11] de la Loi type.

96. Cette approche, conjuguée aux dispositions de l'article [3] sur la primauté des obligations internationales de l'État adoptant, permet à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds utilisés pour la passation de marchés découlent d'un arrangement d'aide bilatérale liée. Un tel arrangement peut exiger que la passation se fasse avec des fournisseurs ou entrepreneurs du pays donateur. De même, on peut considérer que des restrictions fondées sur la nationalité puissent résulter par exemple d'un traitement national accordé aux fournisseurs et entrepreneurs des autres États membres d'un groupement régional d'intégration économique ou de restrictions dues à des sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

3. Limitation indirecte de la participation internationale

97. Il a été question précédemment de mesures exceptionnelles explicitement conçues pour limiter la participation étrangère. Le même résultat peut être obtenu indirectement, par exemple en fixant des normes minimales de qualification dans la description de l'objet du marché et en élaborant les critères d'évaluation (articles [9, 10 et 11]).

98. Il est expliqué en détail dans le commentaire des articles [9, 10 et 11] que l'entité procuratrice peut établir des normes minimales de qualification et de conformité et inclure des critères d'évaluation non liés à l'objet du marché pour promouvoir les politiques du gouvernement (notamment dans les domaines de l'environnement, de l'industrie ou des affaires sociales). Ces normes minimales peuvent reproduire les exigences juridiques de l'État adoptant (telles que les salaires minimaux). Celui-ci peut aussi fixer des normes plus élevées ou exprimer une préférence pour les soumissions dépassant ces normes juridiques, afin de promouvoir une politique au moyen de la passation de marchés (par exemple, des normes environnementales plus élevées). Ces politiques auront pour effet de défavoriser la participation internationale si les normes appliquées sont plus élevées que celles d'autres États. D'autres politiques peuvent viser à promouvoir le

développement des capacités locales en appuyant les micro, petites et moyennes entreprises, en particulier dans des pans du secteur commercial longtemps désavantagés, et en encourageant la participation de la population locale à la passation des marchés. Les États peuvent également chercher à accorder certains types de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Toutes ces mesures peuvent faire partie d'une approche explicite en faveur d'une passation de marchés responsable ou tenant compte de l'environnement. Ces termes recouvrent des notions souples visant généralement à assurer que les effets de la passation de marchés sur l'environnement, la société et le développement seront pris en compte [renvoi à la section sur la passation de marchés responsable].

99. L'article [11] permet à l'entité adjudicatrice de recourir à la technique de la "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Ce mécanisme permet à l'État de trouver un juste équilibre entre la participation internationale à la procédure de passation de marchés et la promotion des capacités locales sans devoir recourir à une procédure de passation purement nationale. L'entité adjudicatrice peut alors retenir la soumission d'un fournisseur local lorsque la différence de prix (prix pondéré ou non par la note de qualité) entre cette soumission et la soumission la plus basse ou la plus avantageuse dans l'absolu reste inférieure à la marge de préférence. Elle peut ainsi favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de proposer des prix voisins de ceux de la concurrence internationale sans pour autant exclure purement et simplement cette dernière.

4. Utilisation de la passation de marchés pour promouvoir les politiques et objectifs du gouvernement

100. Un système fondé sur la Loi type permet de déroger aux procédures considérées comme garantissant une utilisation optimale des ressources et le meilleur rapport qualité-prix afin de permettre au gouvernement de poursuivre d'autres objectifs, en particulier de développer et de renforcer les capacités locales³.

101. La Loi type ne définit pas les types de politiques ou d'objectifs que les États adoptants peuvent promouvoir au moyen de la passation de marchés, mais elle prévoit des règles de transparence strictes afin d'assurer que les modalités d'application de ces politiques soient claires pour tous les participants à la procédure. La législation ou la réglementation des États adoptants doivent énoncer les politiques concernées. Dans la pratique, on peut citer comme exemples de politiques poursuivies la protection de l'état de la balance des paiements et des réserves en devises d'un État, l'autorisation d'arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, le contenu local, y compris en fabrication, main-d'œuvre et matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion et des compétences

³ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il y a lieu de déterminer dans le Guide dans quelle mesure ces politiques devraient être utilisées uniquement aux fins du renforcement des capacités locales ou si elles devraient également pouvoir tenir compte de considérations politiques (tout aussi valables aux yeux de certains États).

scientifiques et opérationnelles, le développement d'un secteur industriel spécifique, le développement des micro, petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement et l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, et des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels.

102. L'approche de la Loi type vise à garantir que les coûts des politiques concernées puissent être calculés selon des critères établis et mis en balance avec les bénéfices qui en découlent. En ce qui concerne l'incidence de ces politiques sur les objectifs de la Loi type énoncés dans le préambule, on considère généralement que, dans la mesure où elles limitent la concurrence, elles ont probablement pour effet de gonfler le prix payé et donc de diminuer le rapport qualité-prix; et que le coût du suivi de l'application des politiques gouvernementales peut accroître les coûts administratifs ou opérationnels et donc influencer négativement sur l'efficacité. D'un autre côté, certaines de ces politiques peuvent contribuer à ouvrir les marchés publics à des acteurs qui en ont traditionnellement été exclus (tels que les micro, petites et moyennes entreprises) et à accroître la participation et la concurrence, bien qu'à plus long terme ces avantages peuvent ne pas persister si ces fournisseurs ne sont pas disposés à s'agrandir.

103. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de l'expérience d'autres États qui ont appliqué ce type de politiques. Par exemple, en relativement peu de temps, les fournisseurs ou entrepreneurs de secteurs économiques ainsi soutenus peuvent, après que de telles politiques ont été mises en œuvre, se développer au point qu'ils peuvent se frotter à la concurrence. Toutefois, l'exclusion complète de la concurrence étrangère pendant une période prolongée ou lorsque les fournisseurs peuvent déjà entrer en concurrence peut compromettre le renforcement des capacités que ces politiques visent à réaliser. Pour des raisons similaires, les résultats des politiques préférentielles (telles que le recours à des critères d'évaluation privilégiant un groupe donné) sont généralement plus positifs que ceux des politiques réservées (telles que celles qui exigent de sous-traiter à un groupe donné). Les États adoptants voudront s'assurer que la mise en œuvre de politiques gouvernementales au moyen de la passation de marchés est efficace à la fois en ce qui concerne la réalisation des objectifs et sur le plan opérationnel. Dans le même temps, ils devraient envisager des alternatives viables, telles que l'assistance technique ciblée, simplifier les procédures et démarches administratives, garantir des ressources financières suffisantes à l'ensemble des secteurs de l'économie, exiger que les entités adjudicatrices payent régulièrement et ponctuellement les fournisseurs et prévoir d'autres aides ciblées.

5. Passation de marchés responsable

104. [D'autres recherches ou contributions seront nécessaires pour pouvoir consacrer une section à ce sujet.]

6. Obligations internationales

105. La Loi type n'est pas un texte international au sens d'un accord international négocié, ce qui permet une approche souple. Les États adoptants peuvent être signataires d'accords internationaux englobant la passation de marchés (tels que la

Convention contre la corruption, l'Accord sur les marchés publics (AMP) [ajouter les références appropriées des versions] et des accords commerciaux régionaux), qui peuvent avoir pour effet de limiter les possibilités de mener des politiques telles que celles décrites ci-dessus au moyen du système de passation des marchés.

106. La mise en œuvre de certaines politiques gouvernementales en vertu de la Loi type peut aller à l'encontre de certains accords internationaux (tels que l'AMP et les accords commerciaux régionaux), qui exigent généralement un "traitement national", c'est-à-dire que les fournisseurs de tous les pays signataires soient traités aussi favorablement que les fournisseurs nationaux. L'AMP interdit explicitement [les "opérations de compensation", c'est-à-dire les mesures destinées à encourager le développement local ou à améliorer les comptes de la balance des paiements par l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, des exigences en matière d'investissements, des échanges compensés ou des exigences similaires. Néanmoins, les pays en développement peuvent négocier (au moment de leur accession) la possibilité de recourir aux opérations de compensation en tant que critères de qualification mais non comme critères d'évaluation ou d'attribution.] Les États adoptants voudront donc examiner l'étendue de leurs obligations internationales lorsqu'ils transposeront les dispositions autorisant une limitation directe ou indirecte de la participation internationale dans leur législation concernant les marchés publics [et, s'ils ont fondé ou entendent fonder cette législation sur la Loi type, examiner leurs dispositions nationales lorsqu'ils négocient des obligations internationales]. Les dispositions de nombreux accords commerciaux font que les États adoptants pourront recourir à certaines options visées dans la Loi type et pouvant avoir pour effet de limiter la participation internationale, mais pas à toutes.

7. Dérogations à l'obligation de publication internationale des invitations à participer et des avis de passation de marché

107. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent dispenser les entités adjudicatrices de devoir publier dans un journal de grande diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international une invitation initiale à participer à un marché de faible valeur, lorsqu'elles estiment qu'en raison de cette faible valeur le marché ne devrait pas susciter d'intérêt international [article 32-4]. Il importe de noter que la faible valeur du marché à elle seule ne justifie pas l'exclusion de la participation internationale de fournisseurs en tant que telle (à la différence d'autres motifs autorisant la passation d'un marché national, énoncés à l'article [8]), et que les fournisseurs internationaux peuvent donc participer s'ils le veulent; par exemple, en répondant à un avis national.

108. La notion de marché de faible valeur à cet égard ne devrait pas être interprétée comme donnant aux États adoptants toute latitude pour fixer le seuil approprié suffisamment élevé pour soustraire la plus grosse partie de ses passations à l'exigence de publication internationale. La Loi type ne peut fixer un seuil unique qui serait approprié pour tous les États adoptants. Néanmoins, lorsqu'ils fixeront le ou les seuils voulus, ceux-ci voudront peut-être se demander s'il convient d'appliquer un seuil aux "passations de faible valeur" pour tenir compte des dérogations permises à l'obligation de publication internationale et à celle de fournir dans le dossier de sollicitation des informations sur la monnaie et les langues, et si

ce seuil devrait également servir de limite supérieure pour le recours aux procédures de demande de prix.

109. Les États adoptants voudront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à déterminer si une participation internationale est probable dans le cas de chaque passation de marché (de faible valeur ou non), en supposant qu'il y a publication internationale, et quelles autres mesures devraient être prises en cas de participation internationale. À cet égard, la Loi type reconnaît que dans de tels cas de marché de faible valeur, l'entité adjudicatrice peut ou non avoir un intérêt économique à empêcher la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs étrangers: une exclusion générale des fournisseurs et entrepreneurs étrangers pourrait la priver inutilement de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. D'un autre côté, une participation internationale peut entraîner des coûts de traduction et des délais plus longs pour permettre la traduction de l'avis et des réponses des fournisseurs étrangers, et amener l'entité adjudicatrice à examiner des offres et soumissions dans plus d'une langue. Lorsqu'une limitation est possible, l'entité adjudicatrice voudra évaluer au cas par cas les coûts et les avantages d'une participation internationale.
