



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. LIMITEE
A/CN.9/WG.V/WP.33
21 octobre 1991
FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Groupe de travail du nouvel ordre
économique international

Quatorzième session
Vienne, 2-13 décembre 1991

PASSATION DES MARCHES

Projets d'articles 28 à 42 de la Loi type
sur la passation des marchés

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	4
PROJETS D'ARTICLES 28 A 42 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES	6
CHAPITRE II. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES*	6
SECTION VII. OUVERTURE, EXAMEN, EVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	6
Article 27. Ouverture des offres*	6
Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres	6
Article 29. Rejet de toutes les offres	10
Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	10

* On trouvera le texte des articles 1er à 27, y compris les sections I à VI du chapitre II, dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
SECTION VIII. [déplacée au chapitre III, section I]	11
Article 31. [déplacé aux articles nouveau 33 <u>bis</u> et 33 <u>bis</u>]	11
SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTREE EN VIGUEUR DU MARCHÉ	11
Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	11
Article 33. [incorporé à l'article 10 <u>ter</u>]	14
CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	14
SECTION I. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ETAPES	14
Nouvel article 33 <u>bis</u> . Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	14
Article 33 <u>bis</u> . Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes	15
SECTION II. PROCEDURE DE SOLLICITATION DE PROPOSITIONS	16
Article 33 <u>ter</u> . Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions	16
Article 33 <u>quater</u> . Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions	17
Articles 33 <u>quinquies</u> et <u>sexies</u> . [supprimés]	20
SECTION III. PROCEDURE DE NEGOCIATION AVEC APPEL A LA CONCURRENCE	20
Nouvel article 34. Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence	20
Article 34. Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence	22
SECTION IV. PROCEDURE DE SOLLICITATION DE PRIX	23
Nouvel article 34 <u>bis</u> . Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	23
Article 34 <u>bis</u> . Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix	23

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
SECTION V. PROCEDURE DE SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE	24
Article 35. Procédure de sollicitation d'une source unique	24
CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS	26
Article 36. Droit de recours	26
Article 37. Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	27
Article 38. Recours administratif	29
Article 39. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]	31
Article 40. Recours judiciaire	32
Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]	32
Article 42. [supprimé]	33
ANNEXE (dispositions supplémentaires et changements apportés à d'autres projets d'articles de la Loi type sur la passation des marchés)	34

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international (A/41/17, par. 243). A sa dixième session, en octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés, établie par le Secrétariat, qui traitait des objectifs possibles des politiques nationales relatives aux marchés et examinait les législations et pratiques nationales en la matière, ainsi que le rôle et les activités de diverses organisations internationales et d'organismes de financement du développement dans ce domaine (A/CN.9/WG.V/WP.22). Après avoir achevé l'examen de cette étude, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer un premier projet de loi type sur la passation des marchés, ainsi qu'un commentaire, compte tenu des débats et des décisions de sa dixième session (A/CN.9/315, par. 125).

2. Le premier projet d'articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que le commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et 25) ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, en février 1990. Le Groupe de travail a convenu que le commentaire ne serait pas modifié avant que le texte de la Loi type ait été définitivement arrêté et a prié le Secrétariat de réviser le premier projet d'articles premier à 35, compte tenu des débats et des décisions de sa onzième session (A/CN.9/331, par. 222). A sa douzième session, le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte des articles premier à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), ainsi que de projets de dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projets d'articles 36 à 42, A/CN.9/WG.V/WP.27). Lors de cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles premier à 27. A sa treizième session, il a examiné le deuxième projet de texte des articles 28 à 35, ainsi que les dispositions relatives aux procédures de recours (art. 36 à 42). Faute de temps, il n'a pu réexaminer les projets d'articles premier à 27, qui avaient été révisés compte tenu des décisions de la douzième session, et il a décidé d'examiner ces articles à sa quatorzième session. Il a en outre prié le Secrétariat de réviser les articles 28 à 42, à la lumière des délibérations et décisions de la treizième session (A/CN.9/356, par. 196).

3. A sa quatorzième session, le Groupe de travail sera saisi du texte des articles premier à 27, tels que révisés comme suite à la douzième session (document A/CN.9/WG.V/WP.30), ainsi que des articles 28 à 42 (figurant dans le présent document) révisés pour tenir compte des décisions prises à la treizième session. On trouvera en annexe au présent document le texte de plusieurs dispositions qui ont été ajoutées soit comme suite aux décisions prises à la treizième session, soit sur l'initiative du Secrétariat. En outre, l'annexe présente un certain nombre de modifications apportées à la première partie de la Loi type (art. 1er à 27) comme suite aux décisions prises par le Groupe de travail à sa douzième session à propos des articles 28 à 42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette annexe lorsqu'il le jugera nécessaire durant son examen des articles premier à 27.

4. Lorsqu'il a révisé les articles 28 à 42, le Secrétariat a donné effet à toutes les modifications et à tous les ajouts et suppressions convenus par le Groupe de travail à sa onzième session. Un nombre limité de propositions et de suggestions à propos desquelles aucune décision n'a été prise à la treizième session, et que le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer, ont été incorporées entre crochets.

5. Les projets d'articles figurant dans le présent document énoncent les dispositions régissant l'utilisation de méthodes de passation des marchés, autres que l'appel d'offres, prévues par la Loi type. Ces méthodes ont été incluses afin de tenir compte de la grande diversité des circonstances, ainsi que des besoins des entités adjudicatrices. En acceptant d'inclure trois de ces méthodes, à savoir la procédure d'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence, le Groupe de travail a noté que, dans certains cas, il pourrait y avoir chevauchement entre les conditions d'utilisation de telle ou telle de ces méthodes. C'est pourquoi il a été décidé d'inclure à l'article 7-2 un ordre de préférence pour le choix d'une méthode lorsque les circonstances permettraient de recourir à plus d'une des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Toutefois, on peut considérer que ce chevauchement résulte non seulement du caractère général des conditions d'utilisation des trois méthodes, mais aussi du fait que les situations particulières en matière de passation des marchés sont traitées différemment selon les pays. Vu la diversité des pratiques, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la Loi type, telle qu'actuellement formulée, donne des orientations suffisantes sur la méthode de passation des marchés à retenir dans les cas où il est possible d'utiliser l'une ou l'autre des trois méthodes en question.

6. Le Groupe de travail voudra peut-être également étudier s'il serait souhaitable de recommander que chaque Etat adoptant la Loi type incorpore chacune des méthodes en question. Il sera peut-être jugé préférable que la Loi type donne aux Etats ne souhaitant pas incorporer l'ensemble des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres la possibilité de ne pas le faire. Avec une telle approche, on mettrait l'accent sur le caractère particulier de ces trois méthodes, tout en reconnaissant que, dans certains types de situations, les Etats adoptant la Loi type pouvaient choisir des méthodes différentes de passation des marchés.

7. Dans l'ensemble du document, les modifications et ajouts par rapport aux projets précédents sont soulignés; les titres des articles sont, quant à eux, tous soulignés pour des raisons de présentation. Les suppressions sont indiquées dans les notes suivant chaque article.

8. Lors de la treizième session, le Secrétariat a été prié de rédiger pour la quatorzième session une note sur la question de la suspension de la procédure de passation d'un marché comme suite à une réclamation à l'encontre de l'entité adjudicatrice du fait de sa conduite dans la procédure (A/CN.9/356, par. 190). Cette note a été publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.34.

PROJETS D'ARTICLES 28 A 42 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

CHAPITRE II. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

SECTION VII. OUVERTURE, EXAMEN, EVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 27. Ouverture des offres*

[On trouvera le texte des articles premier à 27, y compris les sections I à VI du chapitre II, dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30.]

* * *

Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, afin de faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres 1/. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni permise 2/.

[b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a), l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre.] 3/

2. L'entité adjudicatrice rejette une offre 4/ :

a) si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'a pas les qualifications requises, conformément à l'article 8-3;

b) si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique en application du paragraphe 1-b);

c) si l'offre n'est pas conforme;

d) [supprimé] 5/.

3. [incorporé à l'article 10 quater] 6/

4. L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs ne modifiant pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences énoncées dans le dossier de sollicitation. Ces écarts autorisés sont quantifiés, dans la mesure du possible 7/, et pris en compte comme il convient lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

5. [supprimé] 8/

6. [supprimé] 9/

7. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées en application du paragraphe 2 ou de l'article 10 quater, afin de déterminer l'offre à retenir 10/, telle que définie à l'alinéa c), conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui n'a pas été énoncé dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé.

b) [supprimé] 11/

c) L'offre à retenir est soit 12/ :

i) l'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e) du présent paragraphe; soit,

ii) si l'entité adjudicatrice l'a énoncé dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée comme étant la plus basse sur la base de facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, facteurs qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible 13/.

d) Pour la détermination de l'offre évaluée comme étant la plus basse, conformément au sous-alinéa c) ii), l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e);

ii) le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens ou d'achèvement des travaux, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens ou des travaux;

iii) l'état de la balance des paiements ou des réserves en devises [du présent Etat], les arrangements d'échanges compensés, le contenu local, notamment pour ce qui est de la production, de la main-d'oeuvre et des matériaux, le développement économique, la promotion des investissements ou activités locaux, la promotion de l'égalité en matière d'emploi, le fait que certaines activités de production soient réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences administratives, scientifiques et opérationnelles [... (l'Etat adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii) en ajoutant des éléments supplémentaires)] 14/; et

iv) des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales 14/.

e) Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément à la réglementation des marchés 15/.

8. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

8 bis. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 8 bis, l'entité adjudicatrice peut exiger de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis l'offre à retenir conformément à l'article 28-7 c) qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure 16/.

8 ter. Si l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre à retenir est prié de reconfirmer ses qualifications conformément au paragraphe 8 bis, mais ne donne pas suite à la demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 7, parmi les offres restantes, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 29-1, de rejeter toutes les offres restantes 17/.

9. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas divulguées aux entrepreneurs ou fournisseurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 10 ter 18/.

10. [supprimé] 20/

Notes

1/ Les conditions de forme énoncées auparavant dans les deuxième et troisième phrases ont été incorporées à l'article 10 bis (voir la note 1 relative à cet article).

2/ Voir A/CN.9/356, par. 15.

3/ L'alinéa b) est toujours entre crochets, car il a été décidé, au paragraphe 16 du document A/CN.9/356, de ne pas prendre de décision sur cet alinéa avant d'avoir examiné les autres articles de la Loi type.

4/ A la treizième session, on s'est demandé si l'utilisation des mots "rejette une offre" signifiait que l'entité adjudicatrice était tenue d'accomplir un acte formel de rejet (voir A/CN.9/343, par. 17). Si l'intention n'était pas d'imposer une telle obligation, il a été proposé d'utiliser plutôt des mots tels que "n'accepte pas une offre". On a en outre jugé que la question de savoir s'il faudrait exiger un acte formel de rejet devrait être examinée dans le cadre des projets d'articles sur les droits de recours, ce que le Groupe de travail n'avait pas eu la possibilité de faire à la treizième session durant l'examen desdits articles.

5/ Voir A/CN.9/356, par. 18.

6/ Voir la note 1 relative à l'article 10 quater.

7/ Voir A/CN.9/356, par. 21.

8/ Voir A/CN.9/331, par. 159.

9/ Voir A/CN.9/331, par. 164.

10/ Conformément aux paragraphes 22 et 27 du document A/CN.9/356, le terme "offre à retenir" remplace provisoirement les mots "offre la plus économique".

11/ Voir A/CN.9/331, par. 167.

12/ Les alinéas c) et d) ont été modifiés conformément aux paragraphes 25 à 35 du document A/CN.9/356.

13/ Voir A/CN.9/356, par. 31; voir également l'article 17-2 e bis) et la note qui s'y rapporte (figurant en annexe au présent document), pour ce qui est de la décision du Groupe de travail, figurant au paragraphe 31 du document A/CN.9/356, selon laquelle le dossier de sollicitation devrait indiquer la manière dont les facteurs non-pécuniaires seront quantifiés. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'utiliser le terme "offre la plus favorable" à la place du terme "offre évaluée comme étant la plus basse".

14/ Voir A/CN.9/356, par. 34.

15/ Conformément au paragraphe 25 du document A/CN.9/356, la deuxième phrase, qui traitait des aspects détaillés de l'application d'une marge de préférence, a été supprimée et remplacée par une référence à la réglementation des marchés. Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer s'il est souhaitable d'apporter cette modification, vu les incidences possibles des marges de préférence sur la procédure d'appel d'offres et compte tenu du fait que la publication de la réglementation des marchés est optionnelle en vertu de l'article 4.

16/ Conformément au paragraphe 38 du document A/CN.9/356, le paragraphe 8 bis a été modifié, afin de laisser l'entité adjudicatrice libre de demander ou non une reconfirmation des qualifications lorsqu'une procédure de présélection a été ouverte.

17/ Le paragraphe 8 ter a été ajouté comme suite à la décision du Groupe de travail, énoncée au paragraphe 39 du document A/CN.9/356, selon laquelle la Loi type devrait indiquer comment l'entité adjudicatrice doit agir lorsque l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre retenue ne reconferme pas ses qualifications.

18/ Lors de la treizième session, il a été avancé qu'il y avait une incohérence apparente entre le paragraphe 9, qui limitait la divulgation d'informations concernant l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres, et l'article 33-2, concernant la mise à disposition du public du compte rendu de la procédure d'appel d'offres, sous son libellé figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 (voir A/CN.9/356, par. 41). Le Groupe de travail avait décidé de ne pas prendre de décision définitive sur le paragraphe 9 avant d'avoir examiné l'article 33-2. Vu la décision du Groupe de travail, énoncée au paragraphe 80 du document A/CN.9/356, tendant à limiter la divulgation des informations figurant dans le compte rendu, il semblerait que l'incohérence apparente entre le paragraphe 9 et l'article 33-2 ait été

supprimée. (Les dispositions de l'article 33-2 ont été déplacées à l'article 10 ter, qui rassemble les dispositions relatives aux comptes rendus pour toutes les procédures d'appel d'offres, conformément au paragraphe 77 du document A/CN.9/356.)

* * *

Article 29. Rejet de toutes les offres

1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation), et) si le dossier de sollicitation le prévoit, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres à tout moment avant l'acceptation d'une offre, ou après que l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre à retenir n'a pas reconfirmé ses qualifications après avoir été prié de le faire conformément à l'article 28-8 bis 1/. L'entité adjudicatrice communique à tout entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs 2/.

1 bis. [supprimé] 3/

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1.

3. L'avis de rejet de toutes les offres est donné promptement à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre 4/.

Notes

1/ Voir A/CN.9/356, par. 42. La référence aux motifs pour lesquels il n'est pas permis de rejeter toutes les offres a été supprimée conformément au paragraphe 46 du document A/CN.9/356, par. 46.

2/ La phrase précédente, qui figurait auparavant au paragraphe 2, a été déplacée au paragraphe 1 pour plus de clarté.

3/ Voir A/CN.9/356, par. 46.

4/ Les conditions de forme relatives à l'avis de rejet, auparavant énoncées au paragraphe 3, ont été incorporées à l'article 10 bis (on trouvera le texte de l'article dans l'annexe au présent document).

* * *

Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre soumise par ledit entrepreneur ou fournisseur 1/.

Note

1/ Les références aux articles 29-1 bis et 31-4 ont été supprimées conformément au paragraphe 52 du document A/CN.9/356.

* * *

SECTION VIII. [déplacée au chapitre III, section I] 1/

Article 31. [déplacé aux articles nouveau 33 bis et 33 bis] 1/

Note

1/ Conformément au paragraphe 80 du document A/CN.9/343, les dispositions relatives à la procédure d'appel d'offres en deux étapes ont été déplacées à la section I du chapitre III.

* * *

SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTREE EN VIGUEUR DU MARCHE 1/

Note

1/ La référence, dans le titre de la section IX, au compte rendu de la procédure d'appel d'offres a été supprimée comme suite à l'ajout, au chapitre premier, de l'article 10 ter rassemblant les dispositions relatives aux comptes rendus pour toutes les procédures de passation des marchés utilisables dans le cadre de la Loi type (on trouvera le texte de cet article dans l'annexe au présent document).

* * *

Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. Sous réserve des articles 28-8 ter et 29 1/, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir au sens de l'article 28-7 c) est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée 2/.

2. (Sous réserve des dispositions des paragraphes 3 b) et 3 bis), 3/, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis l'offre, à condition qu'il lui soit expédié pendant que l'offre est toujours valide.

[3. a) (Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, le dossier de sollicitation peut disposer que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas,) 4/ l'entité adjudicatrice 5/ et l'entrepreneur ou le fournisseur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur 6/.

b) (Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du paragraphe 3 a),) 4/ sous réserve des dispositions du paragraphe 3 bis, le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par l'entrepreneur ou le fournisseur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni l'entrepreneur ou le fournisseur ne prennent de mesures qui entraveraient l'entrée en vigueur du marché ou son exécution 7/.

3 bis. Lorsque le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, la décision d'approuver ou non le marché est prise dans un délai raisonnable après que l'avis prévu au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur. Le marché n'entre pas en vigueur ou, le cas échéant, n'est pas exécuté avant que l'approbation ne soit donnée 8/.

3 ter. (Lorsque l'approbation visée au paragraphe 3 bis est requise,) le dossier de sollicitation spécifie le délai requis, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 25-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 26-1 9/.

4. Si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est tenu de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 28-7, parmi les offres restantes toujours valides, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 29-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 est donné à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis cette offre 10/.

5. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation, le cas échéant, par l'entrepreneur ou le fournisseur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché est donné aux autres entrepreneurs et fournisseurs, spécifiant le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier.

6. a) [incorporé à l'article 10 bis] 11/

b) L'avis prévu au paragraphe 1 est "expédié" lorsqu'il est dûment adressé ou de toute autre manière envoyé et transmis à l'entrepreneur ou au fournisseur, ou adressé à une autorité compétente pour acheminement à l'entrepreneur ou au fournisseur, par un mode de communication autorisé à l'alinéa a) du paragraphe 6.

Notes

1/ Voir A/CN.9/356, par. 60.

2/ Conformément au paragraphe 61 du document A/CN.9/356 et par référence aux articles 28-3 ter et 29, cette disposition mentionne l'obligation qu'a l'entité adjudicatrice de choisir l'offre à retenir conformément à

l'article 28-7 c) parmi les offres restantes, lorsque l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis la première offre retenue ne répond pas à une demande de reconfirmation de ses qualifications, étant entendu que l'entité adjudicatrice a le droit, en vertu de l'article 29-1, de rejeter toutes les offres restantes.

3/ La référence au paragraphe 3 bis a été ajoutée comme suite à l'inclusion, en application des paragraphes 68 et 69 du document A/CN.9/356, de l'exception additionnelle, énoncée dans ce paragraphe, à la règle relative à l'entrée en vigueur présentée au paragraphe 2 (voir la note 9). Le libellé actuel des paragraphes 2 et 3 fait suite à la décision prise à la treizième session quant à la manière dont la Loi type devrait traiter des deux principaux modes d'entrée en vigueur des marchés, c'est-à-dire l'expédition de l'avis d'acceptation et la signature du marché (voir A/CN.9/356, par. 62 à 65). Les premiers mots du paragraphe 2 ont été mis entre parenthèses afin que le Groupe de travail puisse étudier si la Loi type devrait préciser que ces mots, ainsi que l'ensemble du paragraphe 3, n'auront pas à être incorporés par les Etats adoptant la Loi type qui souhaiteront disposer que le marché n'entrera en vigueur qu'après expédition de l'avis d'acceptation. Une telle approche serait conforme à la décision selon laquelle la Loi type devrait envisager les deux méthodes d'entrée en vigueur, sans suggérer que chaque Etat adoptant la Loi type doit incorporer les deux méthodes.

4/ Ce texte a été placé entre parenthèses, afin que le Groupe de travail étudie si la Loi type devrait préciser qu'il n'aura pas à être incorporé, de même que l'ensemble du paragraphe 2, par les Etats adoptant la Loi type qui souhaiteront disposer que le marché n'entrera en vigueur qu'après sa signature (voir également la note 3).

5/ Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la référence actuelle à l'entité adjudicatrice en tant que signataire du marché devrait s'accompagner d'une variante à utiliser par les Etats adoptant la Loi type dans lesquels le marché n'est normalement pas signé par un service administratif tel qu'une commission centrale des marchés organisant des procédures de passation des marchés pour tous les ministères, mais est signé par le ministère au nom duquel la procédure est menée. Selon cette approche, on pourrait ajouter les mots "[ministère intéressé]" dans cette partie et dans d'autres parties de l'article 32, en tant que variante des mots "entité adjudicatrice".

6/ Conformément au paragraphe 65 du document A/CN.9/356, l'alinéa a) fait référence au dossier de sollicitation, plutôt qu'à l'avis d'acceptation de l'offre, en tant que source de l'exigence d'un marché signé, et la référence à la loi applicable a été supprimée.

7/ Conformément au paragraphe 72 du document A/CN.9/356, l'énoncé de la règle régissant la conduite de l'entité adjudicatrice et de l'entrepreneur au fournisseur a été modifié et l'on est revenu à la version précédente, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.24. La référence au paragraphe 3 bis a été ajoutée, conformément au paragraphe 72 du document A/CN.9/356.

8/ Le paragraphe 3 bis a été ajouté conformément à la décision figurant au paragraphe 68 du document A/CN.9/356, afin de tenir compte du fait que, dans certains Etats, l'entité adjudicatrice, après avoir avisé de

l'acceptation d'une offre, doit obtenir une approbation finale du marché pour que celui-ci puisse entrer en vigueur. La nouvelle disposition n'a pas été ajoutée au paragraphe 3, comme il était proposé au paragraphe 68 du document A/CN.9/356, car cette exigence d'une approbation finale peut être applicable aux procédures d'entrée en vigueur régies tant par le paragraphe 2 que par le paragraphe 3. Il est proposé que la Loi type indique que l'incorporation du paragraphe 3 bis, ainsi que de la référence à ce paragraphe au paragraphe 3 b), sera optionnelle, dans l'intérêt des Etats adoptant la Loi type dans lesquels il n'est pas habituel d'exiger une telle approbation finale. Comme la deuxième phrase, sous la forme convenue par le Groupe de travail, envisage les deux méthodes d'entrée en vigueur prévues à l'article 32, elle devra être modifiée dans les Etats adoptant la Loi type qui exigent uniformément la signature du marché, ainsi que dans les Etats qui, uniformément, n'exigent pas cette signature. On notera que le texte convenu par le Groupe de travail n'exige pas une approbation finale après la signature d'un marché.

9/ Le paragraphe 3 ter a été ajouté conformément au paragraphe 69 du document A/CN.9/356. La portion du texte entre parenthèses au début du paragraphe n'aura pas à être incorporée par les Etats exigeant uniformément une approbation finale. De même, il pourra être indiqué que l'ensemble du paragraphe n'aura pas à être incorporé par les Etats qui, uniformément, n'énoncent pas une telle exigence.

10/ Voir le document A/CN.9/356, paragraphe 73.

11/ Voir la note 1 relative à l'article 10 bis (voir l'annexe du présent document).

* * *

Article 33. Compte rendu de la procédure d'appel d'offres

[incorporé à l'article 10 ter] 1/

Note

1/ Voir le paragraphe 77 du document A/CN.9/356, ainsi que l'article 10 ter et la note qui l'accompagne dans l'annexe au présent document.

* * *

CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES MOYENS
QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

SECTION I. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ETAPES

Nouvel article 33 bis. Conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 1/

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut recourir aux procédures prévues dans le présent article si :

a) au lieu de formuler des spécifications détaillées en ce qui concerne les biens ou les travaux, elle sollicite des propositions d'entrepreneurs et de fournisseurs quant auxdites spécifications afin d'obtenir les techniques les plus avancées ou les plus appropriées ou pour obtenir la solution la mieux adaptée à ses besoins; ou si

[b) en raison de la nature des biens ou des travaux, elle est dans l'impossibilité de formuler des spécifications techniques détaillées.] 2/

Notes

1/ Conformément au paragraphe 59 du document A/CN.9/356, les conditions régissant l'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes (qui devaient auparavant figurer à l'article 33 bis-1) et les dispositions relatives aux modalités d'application sont énoncées dans des articles distincts. Le titre de l'article 33 bis a été modifié en conséquence.

2/ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer cette disposition car le cas visé semble traité comme il convient à l'alinéa a).

* * *

Article 33 bis. Modalités d'application de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 1/

1. [déplacé au nouvel article 33 bis] 1/
2. Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où la présente section déroge auxdites dispositions.
3. Dans le dossier de sollicitation 2/, les entrepreneurs et les fournisseurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 3/, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.
4. L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec tout entrepreneur ou fournisseur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 10 quater, 28-2 ou 29 à propos de tout aspect de son offre.
5. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes 3/, l'entité adjudicatrice invite les entrepreneurs et fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées d'un prix. L'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux requis énoncé dans le dossier de sollicitation et tout critère énoncé dans ledit dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des entrepreneurs et fournisseurs dans l'invitation à soumettre une offre finale qui leur est

adressée. L'entrepreneur ou fournisseur ne souhaitant pas soumettre une offre finale peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir 4/. Les offres finales sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir au sens de l'article 28-7 c).

6. [supprimé] 5/

Notes

1/ Voir la note 1 relative au nouvel article 33 bis.

2/ La référence aux articles 17 et 20 pour ce qui est de l'établissement du dossier de sollicitation a été supprimée, car cette question semble suffisamment prise en compte par le paragraphe 2.

3/ Mots ajoutés sur l'initiative du Secrétariat pour plus de clarté.

4/ Voir A/CN.9/356, par. 55.

5/ Le paragraphe 6, qui faisait référence à la condition énoncée à l'article 7-5, selon laquelle le compte rendu de la procédure d'appel d'offres devait comporter un état des circonstances justifiant l'invocation du nouvel article 33 bis par l'entité adjudicatrice, a été supprimé vu la mention, à l'article 10 ter-1 g) de la condition énoncée à l'article 7-5.

* * *

SECTION II. PROCEDURE DE SOLLICITATION DE PROPOSITIONS

Article 33 ter. Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions 1/

1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat désigne un organe habilité à donner ladite approbation).) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par la sollicitation de propositions, qui est adressée à autant d'entrepreneurs ou fournisseurs que possible, mais à au moins trois si possible, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies : 2/

a) l'entité adjudicatrice n'a pu entièrement décider de la nature particulière ou des spécifications des biens ou des travaux requis et souhaite qu'on lui soumette des propositions quant aux divers moyens possibles de répondre à ces besoins 3/;

b) le choix de l'entrepreneur ou du fournisseur à retenir doit se fonder à la fois sur l'efficacité des moyens proposés et sur le prix de la proposition 4/; et

c) L'entité adjudicatrice a établi les critères à utiliser pour évaluer les propositions et a déterminé le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions 4/.

2. L'entité adjudicatrice publie dans une revue professionnelle à large diffusion un avis à l'intention des personnes intéressées à soumettre une proposition, à moins qu'elle n'estime qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; la publication d'un tel avis ne confère aucun droit aux entrepreneurs ou fournisseurs et elle ne les autorise notamment pas à exiger qu'une proposition soit évaluée 5/.

Notes

1/ A sa treizième session, le Groupe de travail a convenu de remplacer les dispositions sur la procédure de sollicitation de propositions, énoncées dans les articles 33 ter à 33 sexies du document A/CN.9/WG.V/WP.30, par le texte proposé au paragraphe 82 du document A/CN.9/356, tel que modifié aux paragraphes 85 à 105 du même document. Conformément au paragraphe 59 du document A/CN.9/356, les modalités d'application des procédures de sollicitation de propositions, figurant aux paragraphes 2 à 7 du texte convenu par le Groupe de travail, sont énoncées aux paragraphes 1 à 6 d'une disposition distincte, l'article 33 quater. Les titres des articles 33 ter et 33 quater ont été modifiés en conséquence.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 85. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager, afin d'établir une distinction claire entre les dispositions relatives aux conditions régissant l'application de la procédure de sollicitation de propositions et celles énonçant les modalités d'application de ces procédures, de déplacer à l'article 33 quater la référence, figurant dans le chapeau, à la diffusion de la sollicitation de propositions, ainsi que les alinéas b) et c) et le paragraphe 2, car toutes ces dispositions traitent de la marche à suivre lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de sollicitation de propositions.

3/ Voir A/CN.9/356, par. 89.

4/ Voir A/CN.9/356, par. 90, ainsi que la note 2, concernant la question de savoir s'il serait bon de conserver à leur emplacement actuel les alinéas b) et c).

5/ Voir A/CN.9/356, par. 87 et 88.

* * *

Article 33 quater. Modalités d'application de la procédure de sollicitation de propositions 1/

1. Les critères visés à l'article 33 ter-1 c) doivent permettre d'évaluer 2/ :

a) la compétence relative en matière de techniques et de gestion de l'entrepreneur ou du fournisseur 3/;

b) l'efficacité de la proposition présentée par l'entrepreneur ou fournisseur; et

c) le prix proposé par l'entrepreneur ou fournisseur pour mettre en oeuvre sa proposition et le coût de l'exploitation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux proposés.

2. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

- a) nom et adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que l'emplacement des travaux à effectuer;
- c) critères d'évaluation de la proposition, exprimés en termes pécuniaires dans la mesure du possible, pondération à accorder à chacun de ces critères et manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et
- d) forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels.

3. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions est communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de sollicitation de propositions 4/.

4. L'entité adjudicatrice ouvre toutes les propositions d'une manière qui permette d'éviter que leur contenu soit divulgué aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence 5/.

5. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs ou fournisseurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

a) toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur est confidentielle;

b) sous réserve des dispositions de l'article 10 ter, une partie aux négociations ne révèle à aucun tiers des éléments d'information d'ordre technique ou commercial relatifs à ces négociations, notamment le prix des propositions, sans le consentement de l'autre partie;

c) la possibilité de participer aux négociations est donnée à tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées;

d) toute modification des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions après le début des négociations est effectuée d'une manière qui préserve la confidentialité des négociations 6/.

6. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les entrepreneurs ou fournisseurs participant toujours à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions 7/.

7. L'entité adjudicatrice applique les méthodes suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) seuls les critères visés au paragraphe 1 et énoncés dans la sollicitation de propositions et dans toute modification de ladite sollicitation sont pris en considération 8/;

b) la conformité d'une proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix 9/;

c) Le prix d'une proposition n'est pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique achevée 9/;

d) L'entité adjudicatrice peut refuser d'évaluer des propositions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs qu'elle considère comme non fiables ou incompetents 10/.

Notes

1/ Voir la note 1 relative à l'article 33 ter.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 93.

3/ Voir A/CN.9/356, par. 94.

4/ Lorsqu'il a examiné le paragraphe 5, le Groupe de travail a convenu que l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à modifier les critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, à condition qu'une telle modification soit communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs participants (voir A/CN.9/356, par. 102), et qu'une disposition à cet effet serait incluse au paragraphe 5. Le paragraphe 3 a été ajouté comme suite à cette décision, mais il est de portée générale, afin d'englober non seulement la modification des critères d'évaluation, mais aussi la modification de toute information présentée dans la sollicitation de propositions.

5/ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de faire en sorte que le paragraphe 4 interdise seulement la divulgation de la teneur des propositions aux entrepreneurs et fournisseurs concurrents. Sous sa forme actuelle, la disposition pourrait laisser entendre que les propositions doivent être ouvertes en public, méthode qui n'a peut-être pas de justification particulière dans le cadre d'une procédure de sollicitation de propositions.

6/ L'alinéa d) a été ajouté comme suite à la décision prise au paragraphe 102 du document A/CN.9/356, aux termes de laquelle une modification des critères d'évaluation effectuée après le début des négociations ne devrait pas compromettre le caractère confidentiel des négociations. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il est bon de conserver une telle disposition, qui sera sans doute difficile à interpréter et à appliquer. On pourra considérer que la question visée à l'alinéa d) est déjà suffisamment prise en compte aux alinéas a) et b).

7/ Voir A/CN.9/356, par. 104.

8/ Voir A/CN.9/356, par. 105.

2/ Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il ne serait pas excessivement restrictif de disposer dans la Loi type que l'évaluation des propositions doit être effectuée au moyen des méthodes décrites aux alinéas b) et c), car il semble exister d'autres méthodes dans la pratique. Aussi serait-il peut-être mieux de laisser à la réglementation des marchés le soin de traiter des questions mentionnées dans ces alinéas.

10/ L'alinéa d) a été ajouté comme suite à la décision prise au paragraphe 94 du document A/CN.9/356, selon laquelle la Loi type devrait autoriser l'entité adjudicatrice à exclure les entrepreneurs ou fournisseurs considérés comme non fiables ou incompétents.

* * *

Articles 33 quinquies et sexies. [supprimés] 1/

Note

1/ Voir la note 1 relative à l'article 33 ter.

* * *

SECTION III. PROCEDURE DE NEGOCIATION AVEC APPEL A LA CONCURRENCE

Nouvel article 34. Conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence 1/

(Sous réserve d'approbation par... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances suivantes :

a) lorsque, du fait de la nature spéciale ou du caractère technique particulièrement complexe, ou de l'ampleur ou du volume des biens ou des travaux requis, il est nécessaire de négocier avec des entrepreneurs ou des fournisseurs, afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'arriver à la solution présentant le meilleur rapport coût-efficacité 2/;

b) lorsque les biens ou travaux doivent être acquis d'urgence et que de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances dont découle l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manoeuvres dilatoires de celle-ci 3/;

c) lorsque l'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

d) lorsque l'entité adjudicatrice applique la présente loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et qu'elle détermine que la négociation avec appel à la concurrence est la méthode la mieux appropriée de passation de marchés 4/; ou

e) lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais qu'aucune offre n'a été soumise ou que toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 10 quater, 28-2 ou 29, et lorsqu'il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché 5/;

f) [supprimé] 6/

Notes

1/ Conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 59 du document A/CN.9/356, les conditions régissant l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence et les dispositions traitant des modalités d'application font l'objet d'articles distincts.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 110.

3/ Voir A/CN.9/356, par. 111. Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger à nouveau sur la nécessité de prévoir une telle limitation de la notion d'urgence en tant que préalable à l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence. On pourra estimer que cette limitation, bien qu'elle restreigne efficacement l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence à la suite d'une faute ou d'un manquement délibéré aux règles de l'appel d'offres de la part de l'entité adjudicatrice, risquerait d'avoir des incidences graves pour l'intérêt public car elle pourrait retarder la passation d'un marché qui doit être conclu d'urgence. On pourra en outre envisager d'examiner une restriction similaire relative à l'urgence considérée comme un préalable à l'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique (voir l'article 35 - nouveau 1 d)).

4/ Voir A/CN.9/356, par. 114.

5/ La référence à l'article 10 quater remplace la référence à l'article 28-3 du fait de l'incorporation de cette dernière disposition à l'article 10 quater. Quant à savoir si des changements doivent être apportés à l'alinéa e) afin de sanctionner le droit qu'a l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres lorsqu'un entrepreneur ou fournisseur sélectionné ne reconferme pas ses qualifications, il semblerait que ce point soit couvert de manière adéquate par la référence à l'article 29, en particulier après le remaniement du paragraphe 1 dudit article.

6. Voir A/CN.9/356, par. 116 et 117.

* * *

Article 34. Modalités d'application de la négociation avec appel à la concurrence 1/

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence.

2. Les conditions, directives, documents, clarifications ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur sont communiqués également à tous les autres entrepreneurs ou fournisseurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice 2/.

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 10 ter, une partie ou négociation ne révèle ni ne divulgue à quiconque des informations techniques, des informations relatives au prix ou autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie 3/.

3 bis. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice peut demander aux entrepreneurs ou fournisseurs restant en lice qu'ils soumettent, à une date donnée, leur meilleure offre définitive compte tenu de tous les éléments de leurs propositions 4/.

4. [incorporé à l'article 10 ter] 5/.

Notes

1/ Le titre de l'article 34 a été modifié suite à la décision d'énoncer dans des articles distincts les conditions régissant l'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence et les modalités d'application de cette procédure (voir la note 1 du nouvel article 34).

2/ Voir A/CN.9/356, par. 119.

3/ La référence au paragraphe 4 a été remplacée par la référence à l'article 10 ter, qui regroupe les règles régissant l'établissement du compte rendu de la procédure de passation de marché. En ce qui concerne les autres modifications, voir A/CN.9/356, par. 120 à 122.

4/ Le paragraphe 3 bis a été ajouté suite au débat dont il est rendu compte au paragraphe 118 du document A/CN.9/356. Le Groupe de travail pourra se pencher à nouveau sur la question de savoir s'il est souhaitable ou nécessaire de l'incorporer au texte de la Loi type en raison de sa nature discrétionnaire et de l'objectif de cette méthode de passation de marchés qui est de donner à l'entité adjudicatrice toute latitude pour négocier. La référence à une telle procédure pourrait n'apparaître que dans la réglementation des marchés.

5/ Le paragraphe 4 a été incorporé à l'article 10 ter (voir la note 1 de cet article).

* * *

SECTION IV. PROCEDURE DE SOLLICITATION DE PRIX

Nouvel article 34 bis. Conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix 1/

1. (Sous réserve d'approbation par... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché par la sollicitation de prix pour se procurer des biens normalisés qui sont immédiatement disponibles et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés 2/.
2. L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1.

Notes

1/ Conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 59 du document A/CN.9/356, les conditions régissant l'utilisation de la procédure de sollicitation de prix (énoncées auparavant à l'article 34 bis-1 et -2), et les modalités d'application ont été énoncées dans des articles distincts. Le titre de l'article 34 bis a été modifié en conséquence.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 124.

* * *

Article 34 bis. Modalités d'application de la procédure de sollicitation de prix

1. [déplacé au nouvel article 34 bis] 1/
2. [déplacé au nouvel article 34 bis] 1/
3. L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un aussi grand nombre d'entrepreneurs ou fournisseurs que possible et d'au moins trois d'entre eux, sauf impossibilité 2/. Chaque entrepreneur ou fournisseur auquel est adressée une sollicitation de prix est avisé lorsque des éléments autres que le coût des biens eux-mêmes, tels que les frais de transport ou d'assurance, doivent être inclus dans le prix 3/.
- 3 bis. Chaque entrepreneur ou fournisseur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur au sujet d'un prix donné par ledit entrepreneur ou fournisseur 4/.
4. Le marché est attribué à l'entrepreneur ou au fournisseur qui a fait l'offre conforme au prix le plus bas et qui est considéré comme étant fiable par l'entité adjudicatrice 5/.
5. [incorporé à l'article 10 ter] 6/

Notes

1/ Voir la note 1 du nouvel article 34 bis.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 128.

3/ A la treizième session, on s'est demandé si la référence au prix englobait des éléments autres que le coût proprement dit des biens, tels que les frais de transport et d'assurance (voir A/CN.9/356, par. 132). On a en outre estimé que, si la question des éléments constitutifs du prix se posait aussi pour d'autres méthodes de passation de marchés, il faudrait peut-être envisager d'énoncer une définition du "prix" à l'article 2. A priori, l'énoncé d'une telle définition n'aurait que peu d'intérêt car les éléments constitutifs du prix varient d'un marché à l'autre. Toutefois, il semblerait que la Loi type pourrait mieux servir ses objectifs si elle exigeait de l'entité adjudicatrice, au moins en ce qui concerne les méthodes de passation de marchés où il n'est pas fait appel à la négociation, qu'elle informe préalablement les entrepreneurs et fournisseurs en lice des éléments qui devront être couverts par le prix qu'ils proposeront. Aussi a-t-on ajouté au paragraphe 3 une disposition allant dans ce sens. Dans le même ordre d'idée, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de mentionner expressément les éléments constitutifs du prix à l'article 17-2 i) (voir l'annexe au présent document, à l'article 17-2 i)).

4/ Les dispositions du paragraphe 3 bis, qui auparavant faisaient partie du paragraphe 3, ont été énoncées dans un paragraphe distinct par souci de clarté.

5/ Voir A/CN.9/356, par. 130 et 131.

6/ Le paragraphe 5 a été incorporé à l'article 10 ter, qui regroupe les dispositions applicables au compte rendu qui doit être établi pour toutes les procédures de passation de marchés régies par la Loi type (pour le texte de cet article, on se reportera à l'annexe au présent document).

* * *

SECTION V. PROCEDURE DE SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE

Article 35. Procédure de sollicitation d'une source unique 1/

Nouveau paragraphe 1. (Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une proposition ou un prix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur unique dans les cas suivants :

a) [supprimé] 2/;

b) les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné, ou un entrepreneur ou fournisseur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

c) en raison d'un événement catastrophique, il est urgent de se procurer les biens ou les travaux et il est donc impossible ou imprudent de recourir à d'autres méthodes de passation de marchés en raison des délais que supposent ces méthodes, sous réserve que les circonstances dont résulte l'urgence aient été imprévisibles et inévitables et ne soient pas imputables à des manoeuvres dilatoires de l'entité adjudicatrice 3/;

d) pour des raisons de normalisation ou de compatibilité avec les biens, équipements ou technologies déjà utilisés, l'entité adjudicatrice, tenant compte de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses attentes, de la taille du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de la possibilité de substituer aux biens en question d'autres biens mieux adaptés, détermine que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès de l'entrepreneur ou fournisseur ayant fourni les biens, équipements ou technologies déjà utilisés 4/;

e) l'entité adjudicatrice souhaite conclure avec l'entrepreneur ou le fournisseur un contrat à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement 5/;

f) l'entité adjudicatrice applique la présente loi, conformément au paragraphe 2 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et elle détermine que la sollicitation d'une source unique est la méthode la mieux appropriée de passation de marchés 6/;

g) la passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire à la réalisation des objectifs d'une politique visée à l'alinéa d) iii) du paragraphe 7 de l'article 28 et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés ont eu l'occasion de formuler des observations, sous réserve qu'il soit impossible de servir ces objectifs en adjugeant le marché à un autre entrepreneur ou fournisseur 7/;

h) [supprimé] 8/;

i) [supprimé] 9/.

Nouveau paragraphe 1 bis. [supprimé] 10/

1. [supprimé] 11/

2. [supprimé] 11/

Notes

1/ Voir A/CN.9/356, par. 134.

2/ Le sous-alinéa a), autorisant la méthode de la sollicitation d'une source unique pour les marchés de faible valeur, a été supprimé conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 136 du document A/CN.9/356.

3/ Voir A/CN.9/356, par. 138. Voir en outre la note 3 du nouvel article 34.

4/ Voir A/CN.9/356, par. 139.

5/ Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la disposition analogue de l'alinéa c) du nouvel article 34 fait référence à la mise au point de prototypes, contrairement à la disposition ci-dessus.

6/ Voir A/CN.9/356, par. 141.

7/ Voir A/CN.9/356, par. 142 et 143.

8/ Voir A/CN.9/356, par. 144.

9/ Voir A/CN.9/356, par. 145.

10/ Voir A/CN.9/356, par. 146.

11/ Les paragraphes 1 et 2 ont été incorporés à l'article 10 ter qui regroupe les dispositions applicables au compte rendu qui doit être établi pour les procédures de passation de marchés régies par la Loi type (pour le texte de cet article, on se reportera à l'annexe au présent document).

* * *

CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS

Article 36. Droit de recours

Tout entrepreneur ou fournisseur 1/ qui a un intérêt à obtenir un marché attribué ou devant être attribué à la suite d'une procédure de passation de marché régie par la présente loi et qui affirme subir, risquer de subir ou avoir subi une perte 2/ imputable à un acte ou à une décision de l'entité adjudicatrice, ou à une procédure appliquée par elle, violant une obligation imposée par

[Variante 1] 3/

la présente loi

[Variante 2]

l'article 8-2, -2 bis, -3, l'article 8 bis-2, -3, -3 bis, -3 ter, -4 et -5, l'article 10, l'article 10 bis, l'article 10 ter-1 et -2, l'article 10 quater, l'article 11-1, l'article 12-1, -1 bis et -2 a), l'article 14, l'article 17, l'article 19, l'article 20, l'article 22, l'article 24, l'article 25-2 a), l'article 27, l'article 28, l'article 29-2 et -3, l'article 30, l'article 32-1, -3, -3 ter et -4, l'article 33 bis-5, 33 ter-1 et -2, 33 quater-2, -3, -4, -5, -6 et -7, l'article 34-1, -2 et -3 et l'article 34 bis-3 et -4 4/

peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à [42], à tout stade de la procédure de passation de marché ou après son achèvement.

Notes

1/ Voir A/CN.9/356, par. 151.

2/ Voir A/CN.9/356, par. 156.

3/ Ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 154 et 158 du document A/CN.9/356, l'article 36 a été remanié suite à la décision du Groupe de travail de proposer dans la Loi type une variante indiquant quelles dispositions de la Loi type imposaient des obligations dont la violation pourrait ouvrir droit à recours. La variante 1, fondée sur la pratique de certains Etats, ne fait mention que de la violation par l'entité adjudicatrice des obligations qu'impose la Loi type. La variante 2, fondée sur la pratique de certains autres Etats, énumère les articles imposant des obligations dont la violation ouvrirait droit à recours. Comme il est indiqué au paragraphe 154 du document A/CN.9/356, au lieu d'énumérer les articles applicables de la Loi type comme le fait la variante 2, l'article 36 pourrait n'énoncer que la règle simple de la variante 1, les articles applicables étant énumérés dans le commentaire, où on indiquerait que les Etats qui adopteront la Loi type pourront, s'ils le souhaitent, incorporer cette liste à l'article 36. Il semblerait que ce remaniement de l'article 36, quelle que soit la variante que choisirait l'Etat adoptant la Loi type, réponde aux attentes exprimées au paragraphe 157 du document A/CN.9/356, à savoir qu'il fallait énoncer clairement que l'article 36 ne visait que les méthodes de passation de marchés régies par la Loi type.

4. La liste des articles énumérés dans la variante 2 a été établie conformément à la décision du Groupe de travail, dont il est rendu compte au paragraphe 153 du document A/CN.9/356, selon laquelle les articles qui imposent à l'entité adjudicatrice une obligation ayant trait à la qualification et à la sélection des entrepreneurs et fournisseurs devaient ouvrir droit à recours en vertu de la Loi type, et certains articles attribuant à l'entité adjudicatrice une compétence discrétionnaire ne pouvaient ouvrir droit à recours que dans la mesure où l'entité adjudicatrice n'aurait pas exercé cette compétence ou l'aurait exercée de façon arbitraire. Conformément à cette décision, les articles imposant des obligations, ou octroyant à l'entité adjudicatrice une compétence discrétionnaire, et mettant en jeu l'intérêt général, ne devraient pas être considérés comme ouvrant droit à des recours privés. Les dispositions ne figurant pas sur la liste seraient considérées comme n'ouvrant pas droit à recours.

* * *

Article 37. Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, les réclamations sont, en première instance, adressées par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une

autorité conformément à [la présente loi], la réclamation est adressée au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure. Par responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, on entend aussi dans [la présente loi] toute personne désignée par le chef de l'entité adjudicatrice ou par le chef de l'autorité de tutelle, selon le cas.

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de 10 jours suivant le moment où la personne qui la présente a pris connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, le moment où ladite personne aurait dû en prendre connaissance. [Ce délai ne s'applique pas aux réclamations qui ne visent que le dédommagement des frais engagés pour la préparation d'une offre ou proposition.] 1/.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne connaît pas d'une réclamation, ou cesse de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre la personne qui l'a présentée et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle rend, dans les 20 jours ouvrables 2/ qui suivent la soumission de la réclamation, une décision écrite. Cette décision :

a) est motivée; et

b) s'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises 3/.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4, le requérant ou l'entité adjudicatrice pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [38 ou 40]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a plus compétence pour connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [38 ou 40] 4/.

Notes

1/ Le texte placé entre crochets a été ajouté conformément à une proposition dont il est rendu compte au paragraphe 162 du document A/CN.9/356. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si en fixant le délai de recevabilité des réclamations en fonction de la nature de la réparation demandée, on ne compliquera pas inutilement la Loi type. On se souviendra que, sur un autre point, le Groupe de travail, ainsi qu'il en est rendu compte au paragraphe 78 du document A/CN.9/356, a décidé qu'il fallait envisager de prévoir une dérogation au délai prévu par la Loi type en ce qui concerne les recours, dans la mesure où l'entrepreneur ou le fournisseur lésé se trouvait empêché d'exercer son droit de recours du fait que l'entité adjudicatrice n'avait pas respecté l'obligation d'établir un compte rendu énoncée à l'article 10 ter. A ce propos, il convient peut-être de se pencher

sur le fait que le délai prévu à l'article 37 court à compter de la découverte de la faute alléguée, et non à compter de la date effective à laquelle elle a été commise. Ceci autorise, par exemple, le requérant qui aurait découvert la faute de l'entité adjudicatrice au moyen d'un compte rendu précis de la procédure de passation de marché, à introduire un recours au moment de la découverte de la faute, même si cette découverte était retardée par un compte rendu inexact, dès l'instant que le recours est introduit dans un délai de 10 jours à compter de la découverte de la faute.

2/ Voir le document A/CN.9/356, par. 164.

3/ La référence au versement de dédommagement a été supprimée conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 167 du document A/CN.9/356.

4/ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter une référence au délai d'action à l'article 38 ou 40.

* * *

Article 38. Recours administratif*

1. L'entrepreneur ou fournisseur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 36 1/ peut soumettre une réclamation, qui doit être écrite, à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) si cette réclamation ne peut pas être soumise ou examinée en application de l'article 37 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit soumise dans un délai de 10 jours après que l'entrepreneur ou fournisseur la soumettant a pris connaissance des circonstances donnant lieu à la réclamation ou, au plus tard, après que ledit entrepreneur ou fournisseur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances 2/;

b) en application du paragraphe 5 de l'article 37, sous réserve que la réclamation soit soumise dans un délai de 10 jours après expiration de la période visée à l'article 37-4 3/; ou

c) si cette personne s'estime lésée par une décision du chef de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle prise en application de l'article 37, sous réserve que la réclamation soit soumise dans un délai de 10 jours après que ladite décision a été rendue 4/.

1 bis. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle 5/.

* Les Etats dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures de l'Administration pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 40). [La note qui précède a été ajoutée suite à la proposition dont il est rendu compte au paragraphe 170 du document A/CN.9/356.]

2. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut [opter pour] [recommander] 6/ une ou plusieurs des sanctions suivantes, sauf s'il déboute le requérant 7/ :

- a) dire les règles ou principes juridiques régissant l'espèce;
- b) interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;
- c) exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé d'une manière illégale ou qui est arrivée à une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;
- d) annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice;
- e) réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision;
- f) [supprimé] 8/;
- g) exiger le versement d'un dédommagement [pour toute dépense raisonnable encourue par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché] [pour le préjudice subi par le requérant] 9/ résultant d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice, ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;
- h) ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché.

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend une décision écrite et motivée, énonçant, le cas échéant, les sanctions prises.

4. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 40 10/.

Notes

1/ Voir le document A/CN.9/356, par. 171.

2/ Le délai de recours administratif prévu à l'alinéa a) a été ajouté conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 172 du document A/CN.9/356. On l'a aligné sur le délai prévu à l'article 37-2 afin que les entrepreneurs et fournisseurs qui veulent faire une réclamation le fassent promptement après avoir pris connaissance des circonstances motivant la réclamation, soit en application de l'article 37, soit, si le marché est entré en vigueur, en application de l'article 38-1 a). Sur le point de savoir s'il convient de traiter la question de l'effet qu'aurait sur ce délai une violation par l'entité adjudicatrice des règles régissant le compte rendu, on se reportera à la note 1 de l'article 37.

3/ Le délai de recours administratif prévu à l'alinéa b) a été ajouté conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 172 du document A/CN.9/356.

4/ Le délai de recours administratif prévu à l'alinéa c) a été ajouté conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 172 du document A/CN.9/356.

5/ Le paragraphe 1 bis a été ajouté conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 172 du document A/CN.9/356.

6/ Conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 173 du document A/CN.9/356, les mots "peut opter" ont été remplacés par les mots indiqués afin que cet alinéa puisse être accepté par les Etats dans lesquels les instances de recours ne sont pas habilitées à prendre les sanctions énumérées, mais seulement à formuler des recommandations.

7/ Voir A/CN.9/356, par. 174.

8/ La référence à l'annulation du marché a été supprimée conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 174 du document A/CN.9/356. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question de l'annulation dans le cadre de l'examen de l'article 41.

9/ Aucune décision n'a été prise à la treizième session à propos des types de pertes qui seraient indemnisables (voir le paragraphe 7 du commentaire sur l'article 38 et le paragraphe 3 du commentaire sur l'article 37 dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27).

10/ Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il serait approprié d'ajouter une référence au délai applicable à l'action prévue à l'article 40.

* * *

Article 39. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 37 [et de l'article 38]

1. Promptement après la soumission d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38], le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] avise tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la soumission de cette réclamation et de sa substance.

2. Chacun de ces entrepreneurs ou fournisseurs dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à la procédure de recours 1/.

3. Une copie d'une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] est fournie dans un délai de [5] jours au requérant, à l'entité adjudicatrice et à toute autre personne ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement portées à la connaissance du public, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée en violation de toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

Note

1/ Le Groupe de travail a décidé, ainsi qu'il en est rendu compte au paragraphe 180 du document A/CN.9/356, de ne conserver que la première phrase de la variante B, avec les modifications indiquées.

* * *

Article 40. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour toute action intentée par l'entrepreneur ou fournisseur 1/ visée à l'article 36 contre un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou une procédure appliquée par elle 2/.

Notes

1/ Voir A/CN.9/356, par. 182.

2/ La deuxième phrase, y compris les alinéas a) à d), où étaient énoncées les circonstances dans lesquelles pourrait être engagé le recours judiciaire, a été supprimée conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 187 du document A/CN.9/356.

* * *

Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché] 1/

[[Variante A] La soumission en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38] ou l'introduction en temps voulu d'une action en application de l'article 40 entraîne la suspension de la procédure de passation du marché [, ou de l'exécution du marché, si celui-ci est entré en vigueur,] jusqu'à l'achèvement de la procédure de recours, à moins que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, [le [insérer le nom de l'instance administrative]] ou le tribunal, selon le cas, ne détermine que ladite suspension ne servirait pas l'intérêt public.

[Variante B] Après la soumission en temps voulu d'une réclamation d'application de l'article 37 [ou de l'article 38], ou l'introduction en temps voulu d'une action en application de l'article 40, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, [le [insérer le nom de l'instance administrative]] ou le tribunal, selon le cas, peut suspendre la procédure de passation du marché [, ou l'exécution du marché si celui-ci est entré en vigueur,] afin de préserver les droits de la personne soumettant la réclamation ou intentant l'action jusqu'à l'achèvement de la procédure de recours.]

Note

1/ L'article 41 a été placé entre crochets suite à la décision du Groupe de travail, dont il est rendu compte au paragraphe 190 du document A/CN.9/356, de ne prendre une décision à propos de cet article qu'après examen plus poussé (voir le paragraphe 8 de l'introduction au présent document, ainsi que le document A/CN.9/WG.V/WP.34).

* * *

Article 42. [supprimé] 1/

Note

1/ L'article 42, qui visait la responsabilité disciplinaire, administrative et pénale de l'entité adjudicatrice, a été supprimé conformément à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 192 du document A/CN.9/356.

* * *

ANNEXE

Dispositions supplémentaires et changements apportés à d'autres projets d'articles de la Loi type sur la passation des marchés

Ajouter la disposition suivante :

Article 10 bis Communications entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et les fournisseurs 1/

Les communications entre les entrepreneurs et fournisseurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 8 bis-3 bis, 22-3, 25-2 a), 28-1, 29-3 et 29-1 sont faites sous une forme qui en assure l'enregistrement. Toutefois, ces communications peuvent être faites par téléphone sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication en soit donnée au destinataire sous une forme la constatant.

Note

1/ L'article 10 bis a été ajouté conformément à une demande formulée par le Groupe de travail à sa treizième session (voir le document A/CN.9/356, par. 14, 50 et 76) tendant à ce que le Secrétariat étudie la possibilité de remplacer par une disposition unique un certain nombre de dispositions similaires sur les communications téléphoniques entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs figurant aux articles 8 bis, 22-3, 25-2 a), 28-1, 29-3 et 32-6 a). On a en outre complété ce regroupement en énonçant à l'article 10 bis l'exigence de l'écrit figurant dans ces dispositions, ce qui permet d'éliminer dans leur intégralité les références répétées aux critères de formes identiques qui y sont énoncés. La formule utilisée pour décrire les moyens de communication autorisés, qui s'inspire de l'alinéa e) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants des terminaux de transport dans le commerce international, englobe l'écrit sans toutefois l'indiquer expressément.

* * *

Ajouter la disposition suivante :

Article 10 ter. Compte rendu de la procédure de passation de marché 1/

1. L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de passation de marché où figurent les éléments d'information suivants :

- a) une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;
- b) les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix;
- c) des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des offres, propositions ou prix;
- d) le prix et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou offre de prix et du marché;

e) un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix;

f) les éléments d'information requis par l'article 10 quater, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition; si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 29, une déclaration l'indiquant [et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 29-2]; si, dans une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres, il n'y a pas eu conclusion d'un marché, une déclaration motivée l'indiquant 2/;

g) dans une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres, la déclaration requise en application de l'article 7-5 des motifs et des circonstances sur lesquels s'est appuyée l'entité adjudicatrice pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée.

2. La partie du compte rendu visée aux alinéas 1 a) et b) est mise à la disposition de quiconque le demande pour inspection après [que le marché est entré en vigueur et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution du marché, en cas de demande à cet effet,] [qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté] ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché 3/.

2 bis. La partie du compte rendu visée aux alinéas 1 c) à f) est communiquée, pour inspection, aux entrepreneurs ou fournisseurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou ont fait acte de candidature pour une présélection, après [qu'un marché a été conclu et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution du marché, s'il en a reçu la demande,] [une offre, une proposition ou un prix a été accepté] ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché 4/. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, et du montant des offres, des propositions ou des offres de prix 5/.

3. La partie du compte rendu visée à l'alinéa 1 g) est communiquée aux organes publics chargés d'une mission de vérification ou de contrôle de l'entité adjudicatrice conformément aux lois de [l'Etat] 6/.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas responsable envers les entrepreneurs et les fournisseurs pour la seule raison qu'elle n'a pas établi de compte rendu de la procédure de passation de marché conformément au présent article 7/.

Notes

1/ L'article 10 ter a été ajouté suite à la décision du Groupe de travail, dont il est rendu compte au paragraphe 77 du document A/CN.9/356, de remplacer les dispositions des articles 33, 33 sexies, 34-4, 34 bis-4 et 35-1 et -2 par une disposition unique régissant le compte rendu qui doit être établi pour toutes les méthodes de passation de marché prévues par la Loi type. L'article 10 ter est fondé sur l'article 33, avec divers ajouts et modifications soulignés dans le texte.

2/ Suite à l'élargissement de la règle sur les incitations irrégulières à toutes les méthodes de passation de marchés (voir l'article 10 quater dans la présente annexe), il ressort de l'alinéa f) que le compte rendu de la procédure de passation de marchés, quelle que soit la méthode retenue, doit indiquer que l'entrepreneur ou fournisseur proposant une gratification ou tout autre type d'incitation irrégulière a été écarté de la procédure. On propose que l'entité adjudicatrice soit en outre tenue de rendre compte des motifs de rejet de toutes les offres. Ainsi, les obligations en matière de compte rendu pour les procédures d'appels d'offres seraient conformes à l'obligation selon laquelle, lorsque les procédures de passation de marché autres que l'appel d'offres n'aboutissent pas, le compte rendu doit en indiquer les motifs. En application de l'article 29-2, l'entité adjudicatrice est tenue de communiquer les motifs de rejet de toutes les offres, sur demande, aux entrepreneurs et fournisseurs qui les ont soumises.

3/ Les alinéas a) et b) du paragraphe 2 ont été placés dans un paragraphe distinct, le paragraphe 2 bis.

4/ Conformément aux paragraphes 79 et 80 du document A/CN.9/356, les paragraphes 2, 2 bis et 3 disposent que l'obligation de divulgation du compte rendu qu'énonce la Loi type varie en fonction du type de l'information et du destinataire de cette information. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la publication de toute partie supplémentaire du compte rendu serait souhaitable ou si le paragraphe 2, sous sa forme actuelle, laisse une marge de manoeuvre suffisante pour qu'une telle divulgation soit régie par les lois de portée générale de l'Etat adoptant la Loi type sur le droit à l'information. Quant au moment auquel le compte rendu devrait être mis à la disposition des diverses catégories d'utilisateurs, le texte sous sa forme actuelle fait suite à la décision du Groupe de travail, dont il est rendu compte au paragraphe 81 du document A/CN.9/356, de conserver les deux variantes placées entre crochets qui figuraient à l'article 33-2, dans l'attente d'un nouveau réexamen de cette disposition. La deuxième de ces variantes a été modifiée du fait de son incorporation à une disposition applicable à toutes les méthodes de passation de marchés.

5/ Suite à la décision dont il est rendu compte au paragraphe 80 du document A/CN.9/356, les restrictions en matière de divulgation énoncées aux alinéas a) et b) ont été conservées, ainsi que la disposition autorisant la divulgation, sur injonction des tribunaux, d'informations de diffusion restreinte.

6/ Voir A/CN.9/356, par. 80.

7/ Voir A/CN.9/356, par. 78.

* * *

Ajouter la disposition suivante :

[Article 10 quater. Incitations proposées par les entrepreneurs et fournisseurs 1/

(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un devis si l'entrepreneur ou le fournisseur qui lui a soumis des offres, propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice une gratification pécuniaire ou autre, un emploi ou toute autre chose ou service de valeur pour influencer sur un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure de passation de marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du devis et les motifs de celui-ci sont consignés dans le compte rendu de la procédure de passation de marché.]

Note

1/ L'ajout de l'article 10 quater a pour objet d'inciter le Groupe de travail à se demander si la Loi type ne devrait pas comporter une disposition d'ordre général exigeant le rejet des offres, ainsi que le rejet des propositions et prix dans les procédures de passation de marchés autres que l'appel d'offres, lorsqu'un entrepreneur ou fournisseur propose une gratification ou autre forme d'incitation à l'entité adjudicatrice afin d'influer sur l'issue de la procédure de passation de marché. Auparavant, la seule disposition de ce type, à l'article 28-3, ne visait que l'appel d'offres. Il semblerait, toutefois, qu'on pourrait mieux servir les objectifs assignés à la Loi type si une disposition de cet ordre s'appliquait à toutes les méthodes concurrentielles de passation de marchés prévues par la Loi type. L'article 10 quater est fondé sur l'article 28-3 auquel on a apporté des changements, soulignés dans le texte, pour l'étendre aux autres méthodes de passation de marchés. Le texte en a été remanié suite à la décision, dont il est rendu compte au paragraphe 19 du document A/CN.9/356, tendant à ce que le rejet en pareil cas soit de nature obligatoire et non discrétionnaire.

* * *

Article 8 bis-6

A la treizième session, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait réexaminer l'emploi du mot "réévaluer" au paragraphe 6 (voir le document A/CN.9/356, par. 37). Aussi, le Groupe de travail voudra-t-il peut-être envisager de remplacer le membre de phrase "réévaluer, lors d'une étape ultérieure de la procédure de passation du marché, les qualifications

des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés" par le membre de phrase "prier, lors d'une étape ultérieure de la procédure de passation du marché, les entrepreneurs et fournisseurs qui ont été présélectionnés de reconfirmer leurs qualifications".

* * *

Article 17-2 e bis)

On propose l'ajout du texte ci-après, qui constituerait l'alinéa e bis), afin de tenir compte de l'article 28-7 a) et c) ii) dont il ressort que le dossier de sollicitation doit énoncer les éléments, y compris les éléments autres que le prix, dont doit tenir compte l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir; ce nouvel alinéa fait en outre suite à la décision du Groupe de travail, dont il est rendu compte au paragraphe 31 du document A/CN.9/356, selon laquelle la méthode de quantification des critères autres que le prix doit être indiquée dans le dossier de sollicitation :

"e bis) éléments dont doit tenir compte l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir, y compris les éléments autres que le prix à utiliser conformément à l'article 28-7 c) et d), et manière dont ils doivent être quantifiés."

* * *

Article 17-2 i)

Conformément au débat dont il est rendu compte au paragraphe 132 du document A/CN.9/356, ainsi que dans la note 3 de l'article 34 big, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la Loi type doit être plus explicite quant aux éléments constitutifs du prix des offres. On pourrait faire une référence plus précise dans l'article 17-2 i) aux éléments qui doivent être inclus dans le prix en y ajoutant la formule suivante :

"... en particulier si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens ou des travaux proprement dits, tels que les frais de transport et d'assurance."

* * *

Article 17-2 y)

Il a été décidé, ainsi qu'il en est rendu compte au paragraphe 69 du document A/CN.9/356, qu'il fallait faire référence dans le dossier de sollicitation à toute obligation d'approbation définitive ainsi qu'au délai qui serait nécessaire pour obtenir une telle approbation. Pour ce faire, on pourrait ajouter la formule suivante à la fin de l'alinéa y) :

"et l'approbation par une autorité supérieure ou l'Administration, ainsi que le délai à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation qui sera nécessaire pour obtenir l'approbation."