



Assemblée générale

Distr. limitée
15 février 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingt et unième session
New-York, 16-20 avril 2012**

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 un projet de commentaire des articles 12 à 19 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

* Le présent document est soumis moins de dix semaines avant le début de la session, en raison de la nécessité de tenir des consultations informelles intersessions sur les commentaires du projet de Guide révisé.



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

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché [**hyperlien**]

1. Cet article vise à empêcher l'entité adjudicatrice de manipuler l'estimation de la valeur du marché en réduisant artificiellement cette valeur, par exemple pour limiter la concurrence et invoquer les exemptions applicables aux marchés de faible valeur en vertu de la Loi type. Ces exemptions portent sur l'obligation de respecter un délai d'attente (art. 22-3 b)), la publication d'un avis d'attribution individuel (art. 23) et la publicité internationale de l'invitation à participer (art. 18-2 et 33-4). En outre, en vertu de certaines dispositions de la Loi type, la valeur du marché peut avoir une incidence directe sur le choix de la méthode de passation: on peut recourir à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (voir art. 29-1 b); on peut recourir à la demande de prix (art. 29-2 pour certains marchés de faible valeur. Dans tous ces cas, la méthode d'estimation de la valeur du marché choisie par l'entité adjudicatrice déterminera l'étendue des obligations qui lui incombent en vertu de la Loi type. Sans dispositions l'empêchant de manipuler l'estimation, l'entité adjudicatrice pourrait décider de fractionner le marché à des fins abusives.

2. Pour éviter toute subjectivité dans le calcul de la valeur du marché et tout comportement anticoncurrentiel et non transparent, le paragraphe 1 pose le principe selon lequel il est interdit de fractionner un marché ou d'utiliser une méthode d'évaluation particulière dans le but de limiter la concurrence ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la Loi. L'interdiction vise donc directement i) toute fragmentation d'un marché ne se justifiant pas objectivement, et ii) toute méthode d'évaluation réduisant artificiellement la valeur du marché.

3. Le paragraphe 2 exige la prise en compte, pour l'estimation de la valeur du marché, de la valeur totale maximale du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un fournisseur ou entrepreneur ou à plusieurs, et de toutes les formes de rémunération (y compris les primes, honoraires, commissions et intérêts). Pour les accords-cadres, la valeur estimée est la valeur totale maximale de l'ensemble des marchés envisagés dans l'accord. Pour les marchés avec options, la valeur estimée est la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options.

4. Les estimations doivent avant tout être utilisées à des fins internes. L'entité adjudicatrice doit faire preuve de prudence lorsqu'elle les communique à des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels parce que si l'estimation est supérieure au prix du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient proposer une

soumission aussi proche que possible de celle-ci, au détriment de la concurrence; si elle est inférieure au prix du marché, de bons fournisseurs pourraient choisir de ne pas participer, au détriment de la qualité et de la concurrence. Cependant, une interdiction générale de communiquer l'estimation aux fournisseurs ou entrepreneurs ne se justifierait pas: il peut s'avérer nécessaire de communiquer la valeur estimée d'un accord-cadre pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de stocker l'objet du marché en suffisance et de garantir la sécurité de l'approvisionnement.

Article 13. Règles concernant la langue des documents [\[hyperlien**\]](#)**

5. Cet article vise à établir avec certitude la langue utilisée dans les documents et communications des procédures de passation menées dans l'État adoptant. Cette disposition est particulièrement utile pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers qui peuvent aussi calculer le coût (traduction et interprétation) de la participation à une procédure de passation dans cet État en se référant à sa loi sur la passation des marchés. L'objectif primordial est de faciliter l'accès aux passations de marchés et la participation des fournisseurs, sans distinction de nationalité, par l'utilisation de la ou des langues appropriées, dans le contexte de la passation de chaque marché.

6. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle les documents relatifs à la procédure de passation publiés par l'entité adjudicatrice doivent être dans la ou les langues officielles de l'État adoptant. L'État adoptant dont la langue officielle n'est pas la langue d'usage courant dans le commerce international peut exiger, en conservant le deuxième libellé entre crochets, que les documents soient aussi publiés dans cette langue en règle générale. Comme exposé dans le commentaire de l'article 18-2 sur la procédure de préqualification et de l'article 33-2 (sur les exigences concernant le dossier de sollicitation dans le cas d'un appel d'offres ouvert) ainsi que dans les commentaires correspondants pour d'autres méthodes de passation ouverte [\[**hyperliens**\]](#), le libellé entre crochets peut laisser supposer l'utilisation de l'anglais et une publicité sous format papier et est donc facultatif. D'un autre côté, cette formulation est davantage alignée sur les exigences des banques multilatérales de développement. Lorsqu'ils choisiront la formulation des dispositions relatives à la langue dans les articles 13, 18 et 33 (et les autres articles portant sur le dossier de sollicitation), les États adoptants voudront donc tenir compte de leur recours à de tels financements, de l'exigence générale d'une publicité internationale efficace et du principe de neutralité technologique adopté dans la Loi type.

7. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure dans la législation ou la réglementation en matière de passation des marchés une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids.

8. La règle de base énoncée au paragraphe 2 de l'article est que la langue des documents présentés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans une passation donnée doit correspondre à la langue ou à l'une des langues des documents de l'entité adjudicatrice. Ces dispositions n'excluent cependant pas la possibilité pour

l'entité adjudicatrice d'autoriser la présentation de documents dans une autre langue, qu'elle préciserait dans ses documents.

Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions
[hyperlien**]**

9. Cet article vise à réglementer le mode, le lieu et le délai de soumission des principaux documents de la passation de marché. D'importantes conséquences juridiques peuvent découler du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice (telles que l'obligation de renvoyer une soumission tardive ou ne satisfaisant pas aux conditions requises (voir par exemple art. 40-3 **[**hyperlien**]**). Le paragraphe 1 prévoit donc d'importantes garanties afin que les règles concernant le mode, le lieu et le délai de soumission des documents à l'entité adjudicatrice s'appliquent de la même façon à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et soient précisées dès le début de la procédure (dans le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, selon le cas). Il convient d'appeler l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs sur toute modification apportée aux documents qui leur ont été fournis. Si ces documents ont été fournis à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'ils pouvaient être téléchargés sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se les procurer.

10. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs suffisamment de temps pour préparer leurs demandes ou leurs soumissions. Le paragraphe 2 reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction de facteurs tels que la complexité du marché, la part de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumissions. C'est donc à l'entité adjudicatrice qu'il revient de fixer la date limite de soumission des demandes et soumissions en tenant compte des circonstances du marché en question. Un État adoptant voudra peut-être fixer dans les règlements en matière de passation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder (en particulier si ses engagements internationaux le lui imposent). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation, des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international de la passation. Le délai doit être suffisamment long dans les passations de marchés internationales et complexes, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions.

11. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 3 impose à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances: premièrement, si des éclaircissements, des modifications ou le procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs sont communiqués peu avant la date limite de soumission, et qu'il est donc nécessaire de reporter cette date pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de tenir compte des informations pertinentes dans leurs demandes ou soumissions; et, deuxièmement, dans les cas visés à l'article 15-3 **[**hyperlien**]**, à savoir si une modification apportée rend les informations originales substantiellement inexactes. Les informations modifiées doivent aussi faire l'objet d'une publication supplémentaire, comme expliqué dans le commentaire de cette disposition **[**hyperlien**]**. Une modification touchant le mode, le lieu et la date limite de soumission des documents constitue toujours une

modification substantielle, qui oblige l'entité adjudicatrice à reporter la date limite indiquée à l'origine. On suppose par ailleurs que toute modification apportée au dossier de sollicitation, de préqualification ou de présélection conformément à cet article serait également substantielle et tomberait sous le coup de l'article 15-3 **[**hyperlien**]**.

12. Le paragraphe 4 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de présentation des soumissions dans d'autres cas, c'est à dire lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur soumission dans les délais en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cette disposition vise à préserver une concurrence suffisante dans des circonstances où un acteur important risquerait de ne pas pouvoir participer. Toutefois, étant donné les risques d'abus de ce pouvoir discrétionnaire, les règlements, règles ou orientations de l'organisme public de passation de marché ou d'une autre instance similaire devraient déterminer ce que peut recouvrir l'expression "circonstances indépendantes de la volonté [du fournisseur ou de l'entrepreneur]", la façon dont l'existence de ces circonstances devrait être démontrée et la réaction qui devrait normalement être celle de l'entité adjudicatrice.

13. La Loi type ne traite pas la question de la responsabilité potentielle de l'entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système automatisé. Des défaillances se produisent inévitablement dans de tels systèmes; l'entité adjudicatrice détermine alors si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des soumissions. Les paragraphes 3 et 4 de cet article donnent à l'entité adjudicatrice suffisamment de souplesse pour reporter la date limite dans de tels cas. L'entité adjudicatrice peut aussi décider que la défaillance du système l'empêche de poursuivre la procédure de passation, et qu'elle doit donc l'abandonner. Les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations peuvent fournir davantage de précisions sur les défaillances des systèmes électroniques et la répartition des risques. Les défaillances attribuables à une négligence ou à une faute intentionnelle de la part de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions qu'elle prend à la suite de la défaillance d'un système, notamment sur les reports des dates limites, pourraient ouvrir un droit de recours en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation **[hyperlien**]****

14. L'article 15 vise à garantir une conduite efficace et équitable des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de manière à s'assurer que ses besoins seront satisfaits, mais il importe également de garantir que toutes les conditions du marché sont fixées et divulguées dès le début de la procédure. L'article 15 prévoit donc que les questions ainsi que les éclaircissements et modifications apportés pour y répondre doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il serait inapproprié de permettre l'obtention d'éclaircissements sur demande, dans la mesure où il n'y aurait aucun moyen de savoir qu'un éclaircissement a été donné. Cependant, si le dossier de sollicitation a été communiqué à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'il pouvait être téléchargé sur un site Web), les éclaircissements et les

modifications doivent au minimum apparaître là où on pouvait se le procurer. L'entité adjudicatrice est également tenue d'informer tels ou tels fournisseurs ou entrepreneurs, dans la mesure où elle a connaissance de leur identité, de tout éclaircissement ou toute modification survenue.

15. Les règles visent également à garantir que l'entité adjudicatrice répondra suffisamment tôt à une demande d'éclaircissement présentée en temps voulu par des fournisseurs ou entrepreneurs pour que l'éclaircissement puisse être pris en compte. La communication rapide des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs, par exemple en vertu de l'article 40-3 **[**hyperlien**]**, d'exercer leur droit de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que le dossier de sollicitation ne prévoit pas un tel droit. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement à ces derniers afin qu'ils puissent également les prendre en compte dans la préparation des soumissions.

16. Le paragraphe 3 traite des situations où, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier initialement publié, les informations qui y figurent deviennent substantiellement inexactes. L'entité adjudicatrice est alors tenue de publier promptement les informations modifiées au même endroit que les informations originales. Cette obligation s'ajoute à celle du paragraphe 2 selon laquelle les modifications doivent être communiquées personnellement à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel le dossier de sollicitation original a été fourni, le cas échéant. Le paragraphe 3 rappelle également que dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue de reporter la date limite de présentation des soumissions (voir art. 14-3 et le commentaire s'y rapportant **[**hyperliens**]**).

17. Cette situation doit être distinguée d'une modification substantielle de la passation. Par exemple, comme l'indique le commentaire de l'article 14, toute modification concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions rendra les informations originales substantiellement inexactes, sans nécessairement provoquer de modification substantielle de la passation. Par contre, si une telle modification a une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, si on passe de la présentation des soumissions sur papier à la présentation par voie électronique dans une société où les moyens de communication électroniques ne sont pas répandus), on peut estimer qu'il y a eu "modification substantielle" de la passation. Dans un tel cas, les mesures envisagées au paragraphe 3 de l'article seraient insuffisantes – l'entité adjudicatrice devrait annuler la passation et entamer une nouvelle procédure. Il est également très probable qu'une "modification substantielle" se produise si, à la suite d'une clarification ou d'une modification du dossier de sollicitation original, l'objet du marché a changé au point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

18. Même si le paragraphe 4 fait référence aux demandes d'éclaircissements présentées lors d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, rien dans la Loi type n'empêche l'entité adjudicatrice d'y rendre compte de demandes d'éclaircissements soumises préalablement et de ses réponses. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique également dans ce cas.

Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions [\[hyperlien**\]](#)**

19. L'article 16 vise à permettre de supprimer les incertitudes sur les informations concernant les qualifications et/ou sur les soumissions. Une incertitude peut provenir d'une erreur rectifiable dans les informations soumises. Si cette erreur n'est pas rectifiée et si les informations relatives aux qualifications et/ou les soumissions sont acceptées, d'importants problèmes pourraient survenir au stade de l'exécution du marché. Deuxièmement, la procédure de clarification permet un traitement plus équitable des fournisseurs et entrepreneurs qui commettent des erreurs techniques mineures. Troisièmement, si la procédure conduit à la correction d'une erreur, elle permettra peut-être au fournisseur ou à l'entrepreneur le plus qualifié de participer à la passation et à la meilleure soumission d'être acceptée. Quatrièmement, elle permet d'éviter la disqualification d'un fournisseur, ou le rejet d'une soumission, ou encore l'abandon de la passation, là où ils ne se justifient pas. Cinquièmement, elle permet d'éviter de devoir engager une nouvelle procédure de passation ou de recommencer la procédure en cours, ce qui pourrait donner aux fournisseurs ou entrepreneurs la possibilité de relever leurs prix du fait qu'ils connaissent les prix soumis antérieurement. On évitera aussi les agissements collusoires que facilitent des procédures recommencées. Enfin, la procédure de clarification permet d'éviter les problèmes qui peuvent survenir si des soumissions contiennent des erreurs dont l'effet peut être de rendre le marché nul ou annulable.

20. Le paragraphe 1 de l'article permet à l'entité adjudicatrice de demander des éclaircissements sur les informations concernant les qualifications ou sur les soumissions présentées. Il convient aussi de noter que l'objectif de la demande d'éclaircissements est d'aider à la vérification des qualifications ainsi qu'à l'examen et à l'évaluation des soumissions et non de permettre une amélioration des informations précédemment soumises. Les États adoptants souhaiteront peut-être spécifier dans des règlements, règles ou orientations que la recherche de tels éclaircissements devrait s'apparenter à la procédure suivie pour analyser les offres anormalement basses au titre de l'article 20 [\[**hyperlien**\]](#), et que les dispositions de l'article 7 sur les communications [\[**hyperlien**\]](#) imposent, de fait, le recours à une procédure écrite. Ces garanties procédurales assorties de l'obligation de rendre compte de la procédure suivie dans le procès-verbal de la procédure de passation comme prévu au paragraphe 6, aideront à assurer l'équité et la transparence, ce qui est également important étant donné que toute décision découlant du processus sera susceptible de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#).

21. Les règlements et autres règles ou orientations devraient également traiter des conséquences éventuelles des informations reçues en réponse à une telle demande, en tenant compte des questions soulevées dans les paragraphes (...) ci-dessous. Ils devraient insister sur le fait que, comme indiqué précédemment, la procédure de clarification n'est pas conçue comme une procédure de correction – et que les fournisseurs et entrepreneurs n'ont pas le droit de présenter des corrections. Ce qui peut se passer est que cette procédure permette de déterminer si un fournisseur ou un entrepreneur est qualifié et si une soumission est bien conforme. Elle peut aussi entraîner la découverte d'une erreur qui peut poser problème à l'entité adjudicatrice et au fournisseur. En vertu des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article, associées à celle de l'article 43-1 b) pour les procédures d'appel d'offres ouvert [\[**hyperlien**\]](#), seuls des écarts ou erreurs mineurs ou des erreurs arithmétiques

peuvent être corrigés¹. Lorsque des erreurs d'une autre nature sont découvertes qui rendent le fournisseur ou l'entrepreneur non qualifié ou la soumission non conforme, le fournisseur sera disqualifié ou la soumission rejetée, selon le cas².

22. Le paragraphe 2 de l'article faire obligation à l'entité adjudicatrice de corriger "les erreurs purement arithmétiques" découvertes durant l'examen des soumissions sans invoquer la procédure de clarification prévue au paragraphe 1. Dans le cas des procédures d'appel d'offres, cette disposition devrait être lue conjointement avec celle de l'article 43-2 b) **[**hyperlien**]**, qui prévoit que l'entité adjudicatrice doit rejeter une offre si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'elle soit corrigée. Puisque le fournisseur peut accepter la correction, retirer l'offre ou autoriser son rejet, ces dispositions, prises ensemble, confèrent à l'entité adjudicatrice le pouvoir d'autoriser une correction. Dans un tel cas, les États adoptants devraient prévoir des règlements ou d'autres règles qui à la fois régissent le pouvoir discrétionnaire ainsi conféré et déterminent ce qui doit advenir d'une garantie de soumission dans de telles circonstances.

23. Des règlements ou autres règles ou orientations supplémentaires seront nécessaires afin de définir ou décrire une "erreur arithmétique". Tandis qu'il est raisonnablement évident que l'addition erronée de colonnes de chiffres entraînant une inexactitude dans le prix total de l'offre finale constitue une erreur arithmétique, le mauvais positionnement d'une décimale est une erreur moins évidente; il en va de même lorsqu'une partie du prix de l'offre est donnée dans une mauvaise devise alors qu'il ressort clairement du document qu'une autre devise était visée. Comme il peut y avoir plus d'une façon de corriger une erreur arithmétique (est-ce un élément dans une colonne de chiffres ou bien le total qu'il faut considérer comme inexact?), des règles et orientations seront nécessaires pour déterminer et limiter le pouvoir discrétionnaire ainsi conféré à l'entité adjudicatrice.

24. Il découle de ce qui précède qu'il faudrait préciser l'étendue de toute obligation de l'entité adjudicatrice de vérifier la présence d'erreurs. Tout d'abord, les règles ou orientations devraient déterminer s'il existe une obligation – et son étendue – de faire plus que relever des erreurs évidentes de la soumission.

25. Il faudrait à cet égard des règles et orientations supplémentaires pour que les décisions de l'entité adjudicatrice puissent être contrôlées et évaluées au regard de normes objectives, et aussi pour éviter le risque d'abus, possible dans de telles circonstances. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent inclure des erreurs délibérément pour qu'une fois le montant des soumissions connu, ils aient une possibilité de les "corriger". Dans ce contexte, le fait d'imposer la correction de toute erreur découverte sans en référer au fournisseur ou entrepreneur concerné constitue une garantie. Toutefois, lorsque – se fondant sur le paragraphe 1 – l'entité adjudicatrice contacte ce fournisseur ou cet entrepreneur afin de corriger l'erreur, la possibilité d'abus existe néanmoins, peut-être par les deux parties. Enfin, des questions de responsabilité ou de culpabilité peuvent aussi se poser si l'une ou l'autre des parties a été négligente en commettant des erreurs ou en omettant de repérer des erreurs qui sont découvertes pendant la période d'administration du marché. Une telle responsabilité sera généralement engagée en application d'autres

¹ Il est demandé au Groupe de travail de donner un avis sur l'interprétation à retenir.

² Il est demandé au Groupe de travail d'envisager ce qui devrait se produire si les erreurs ne rendent pas les soumissions non conformes.

lois de l'État adoptant, et une coordination sera nécessaire entre l'organisme public de passation des marchés ou toute autre instance similaire, qui a publié les orientations sur la passation de marchés, et d'autres organes habilités à traiter ces questions de responsabilité.

26. Le paragraphe 3 de l'article limite les corrections qui peuvent être apportées à la suite de la procédure de clarification et de la découverte d'une erreur arithmétique. Dans le cas d'un appel d'offres ouvert, le paragraphe devrait être lu conjointement avec l'article 43-1 b) [\[**hyperlien**\]](#) qui permet à l'entité adjudicatrice de considérer des offres comme conformes après prise en compte d'écarts mineurs (voir ci-après le commentaire de cet article [\[**hyperlien**\]](#)). Le paragraphe 3 interdit les corrections ou autres modifications de fond des informations concernant les qualifications et des soumissions. Des règlements, règles ou orientations supplémentaires seront nécessaires pour déterminer ce que l'on entend par "modification de fond" dans ces circonstances, en sus de l'explication donnée dans le paragraphe, à savoir que toute modification visant à qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou à rendre conforme une offre non conforme est interdite, en particulier quand il s'agit d'une modification du prix. Bien qu'il soit interdit d'apporter une modification au prix à la suite d'une demande d'éclaircissements en vertu du paragraphe 4 de l'article, des erreurs arithmétiques peuvent à la fois constituer une erreur de fond et impliquer une modification du prix³.

27. Le paragraphe 4 fournit une importante garantie contre les recours abusifs à la procédure de clarification en interdisant les négociations pendant le processus de clarification et toute modification du prix⁴. Le paragraphe 5, néanmoins, dispose que ces restrictions ne s'appliquent pas aux méthodes de passation interactives visées aux articles 49 à 52 [\[**hyperlien**\]](#), puisque le processus de clarification aura lieu pendant le dialogue ou les discussions, sauf en ce qui concerne les meilleures offres définitives⁵.

Article 17. Garanties de soumission⁶ [\[hyperlien**\]](#)**

28. L'article 17 énonce les conditions que doivent remplir les garanties de soumission définies à l'article 2 u) [\[**hyperlien**\]](#), notamment aux fins de leur acceptation par l'entité adjudicatrice, celles qui doivent être rassemblées pour que celle-ci puisse réclamer le montant de la garantie de soumission, et celles selon lesquelles l'entité adjudicatrice doit retourner ou faire retourner le document de garantie. Comme l'explique le commentaire relatif à la définition de la garantie de soumission donnée à l'article 2, dans sa version anglaise, la Loi type emploie "tender security" (garantie de soumission) comme étant le terme courant dans le contexte considéré, sans pour autant sous-entendre que ce type de garantie peut être

³ Il est demandé au Groupe de travail de donner un avis sur ce point et d'indiquer si des écarts mineurs conduisant à des modifications de prix doivent être considérés comme des erreurs de fond.

⁴ Voir le paragraphe précédent et la note de bas de page qui s'y rapporte.

⁵ Il est demandé au Groupe de travail d'examiner si cette affirmation est exacte au regard du libellé des articles 16-5 et 49-12.

⁶ Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si la pratique de certains États en matière de garanties émises sous forme électronique influencera le contenu du commentaire de cet article tel qu'il apparaît ci-dessous.

exigé uniquement dans l'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition exclut également toute sûreté que l'entité adjudicatrice peut exiger en garantie de l'exécution du marché (en vertu de l'article 39 k) [\[**hyperlien**\]](#) par exemple). Cette dernière peut être exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur qui conclut le marché, alors que la condition de fournir une garantie de soumission, lorsqu'elle est imposée par l'entité adjudicatrice, s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions (voir par. 1 de l'article).

29. L'entité adjudicatrice peut subir des pertes si le fournisseur ou l'entrepreneur retire sa soumission ou si un marché avec le fournisseur ou l'entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation et les pertes dues au retard dans la passation du marché). L'article 17 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir ces éventuelles pertes et de les dissuader de manquer à leurs obligations.

30. Les entités adjudicatrices n'ont pas besoin d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures de passation de marché. Les garanties de soumission sont importantes en général pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de valeur élevée. Pour les marchés de faible valeur, il peut être important, dans certains cas, d'exiger une garantie de soumission mais les risques liés à la livraison ou à l'exécution du marché que court l'entité adjudicatrice et les pertes possibles sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission – qui sera normalement répercuté sur le prix du marché – sera moins justifié. Dans le cas des accords-cadres, l'exigence de garanties devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle, compte tenu de la nature de ces accords⁷. La pratique pourrait continuer d'évoluer mais au moment de la rédaction du présent Guide, on dispose de peu d'expérience du recours à des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées et les pratiques en la matière sont très diverses. Obtenir une garantie de soumission dans ce contexte pourrait poser problème, les banques exigeant généralement un prix fixe pour les documents de garantie. Les garanties de soumission peuvent aussi ne pas être adaptées à certaines méthodes de passation, par exemple la demande de propositions avec dialogue, car elles n'offriraient pas une solution viable pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (contrairement à la phase de la meilleure offre définitive). (Voir l'examen de ce point dans le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 48 [\[**hyperlien**\]](#)). Même si dans les deux cas susmentionnés (enchères électroniques inversées et procédure de demande de propositions avec dialogue) des garanties de soumissions étaient exigées, l'entité adjudicatrice ne pourrait en demander ultérieurement dans une procédure de passation unique avec présentation d'offres ou de propositions révisées, étant donnée l'interdiction d'exiger plusieurs garanties de

⁷ Il est demandé au Groupe de travail d'examiner si dans la pratique l'obtention d'une garantie de soumission ne serait pas subordonnée à la stipulation dans l'accord-cadre d'une obligation éventuelle de concurrence. La même remarque vaut pour les enchères électroniques inversées et les étapes précédant les meilleures offres définitives de la procédure de demande de propositions avec dialogue.

soumissions, comme l'explique le commentaire de la définition de "garantie de soumission" figurant à l'article 2 [\[**hyperlien**\]](#).

31. Des garanties ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence de la garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement dans le but prévu, à savoir garantir l'obligation qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de la soumission qu'ils ont présentée et de fournir une garantie de bonne exécution du marché, s'il leur en est demandé une.

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

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

34. Le paragraphe 2 a pour but d'ôter toute incertitude concernant le moment à partir duquel l'entité adjudicatrice ne peut plus faire jouer la garantie de soumission. Même si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de celle-ci, l'obligation de retrouver la garantie revêt une importance particulière lorsque celle-ci se présente sous la forme d'un dépôt en espèces ou une forme analogue. La précision est également utile du fait qu'il subsiste des législations nationales où, contrairement à ce qu'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle survient après l'expiration de la garantie, dès lors que le fait générateur couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 41-3 [\[**hyperlien**\]](#), le paragraphe 2 d) de cet article donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, sur le fondement d'une stipulation en ce sens dans le dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de présentation des soumissions n'entraîne pas la perte de la garantie de soumission⁸.

⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il est nécessaire de pousser plus avant l'examen de la possible prorogation de la période de validité des garanties de soumission dans le commentaire de cet article, qui s'ajoute au commentaire de l'article 41 (où il est question de la prorogation de la période de validité des offres elle-même).

35. Étant donné le coût de l'obtention d'une garantie de soumission, qui sera normalement répercuté sur le prix du marché, le recours à d'autres mécanismes devrait être envisagé et encouragé lorsque la situation le permet. Dans certains États, une déclaration de garantie de l'offre tient lieu de garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou l'entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions telles que la disqualification pour une passation de marché ultérieure s'il survient un événement normalement couvert par une garantie de soumission. (L'exclusion ne fait généralement pas partie des sanctions, puisqu'elle ne doit pas frapper les manquements à caractère commercial (voir sur ce point le commentaire de l'article 9 ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#)). Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés en augmentant la participation, en particulier celle des PME qui autrement ne pourraient participer à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission⁹.

Article 18. Procédure de préqualification [\[hyperlien**\]](#)**

36. Cet article énonce les modalités de la procédure de préqualification, qui vise à identifier dès le début les fournisseurs et entrepreneurs ayant les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens, travaux ou services complexes ou de valeur élevée et peut même être à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible mais dont l'objet est extrêmement spécialisé. Dans les deux cas, l'évaluation des soumissions est beaucoup plus longue, compliquée et onéreuse que pour d'autres marchés. Des entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de participer à une procédure de passation concernant un marché de valeur élevée, lorsque le coût de la préparation de la soumission est élevé, si les concurrents sont trop nombreux et s'ils risquent de devoir affronter des soumissions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs non qualifiés. Le recours à la procédure de préqualification peut limiter le nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice évaluera à celles émanant de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. C'est donc un moyen de faciliter une passation efficace lorsque l'objet du marché est relativement complexe.

37. En vertu du paragraphe 1 de cet article, la préqualification est optionnelle et peut être utilisée quelle que soit la méthode de passation de marché choisie¹⁰. Étape supplémentaire, elle retarde l'exécution du marché, et des fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à une passation avec préqualification, étant donné le coût qu'elle représente. On n'y recourra donc que lorsqu'elle est strictement nécessaire, dans les situations décrites au paragraphe ci-dessus.

⁹ Il convient d'envisager la nécessité d'examiner plus avant le caractère potentiellement onéreux des garanties à la lumière des questions précédemment soulevées lors des délibérations du Groupe de travail, à savoir les effets néfastes supplémentaires qu'entraînerait le fait d'exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des garanties de soumission, les questions de reconnaissance mutuelle et le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter les garanties de soumission dans certains cas.

¹⁰ Pendant les consultations d'experts, il a été demandé s'il convenait de décourager le recours à la préqualification dans l'appel d'offres ouvert. Il est demandé au Groupe de travail de déterminer si un commentaire supplémentaire sur la question devrait être ajouté ici.

38. La procédure de préqualification énoncée à l'article 18 est assortie de plusieurs garanties importantes, telles que les limitations de l'article 9 [\[**hyperlien**\]](#) (en particulier celles concernant l'évaluation des qualifications, qui peuvent également s'appliquer à la procédure de préqualification) et les procédures figurant aux paragraphes 2 à 10 de cet article. Cet ensemble de garanties vise à assurer que la procédure de préqualification est menée selon des conditions objectives communiquées intégralement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants; il vise aussi à assurer un minimum de transparence et à permettre à un entrepreneur ou fournisseur non préqualifié d'exercer son droit de contester sa disqualification.

39. La première garantie se traduit par le fait que l'invitation à la procédure de préqualification se fait de la même façon que l'invitation à la sollicitation ouverte. Le paragraphe 2 exige donc que l'invitation à participer à la préqualification paraisse dans une publication indiquée non dans la Loi type mais dans les règlements en matière de passation de marchés, comme cela est le cas pour l'invitation à participer à l'appel d'offres à l'article 33-1 et pour l'avis préalable de passation de marchés à l'article 34-5 [\[**hyperliens**\]](#). S'il est vrai que dans de nombreux États, la publication devra probablement se faire au Journal officiel, l'approche plus souple qui a été choisie permet de prendre en considération l'évolution des procédures des États adoptants. Puisque le Journal officiel est traditionnellement une publication papier, cette approche respecte également le principe de neutralité technologique de la Loi type (en évitant de favoriser l'environnement papier). Voir aussi, dans le commentaire des articles ci-dessus, l'examen de l'accès sur l'accès effectif aux informations publiées sur la passation des marchés et l'article 5 sur la publication des textes juridiques [\[**hyperliens**\]](#).

40. Selon la règle par défaut, l'invitation doit être publiée également au niveau international d'une manière qui la rende facilement accessible aux fournisseurs étrangers, sauf si (comme dans le cas d'une invitation à participer à un appel d'offres prévu à l'article 33-4 [\[**hyperlien**\]](#)), l'entité adjudicatrice considère que les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne voudront sûrement pas participer en raison de la faible valeur du marché concerné. Le commentaire figurant dans l'introduction du chapitre premier [\[**hyperlien**\]](#) examine les questions générales que soulève la fixation dans la Loi type de seuils pour les marchés de faible valeur, en préconisant une cohérence dans la désignation de ce type de marché (qu'il y ait un seuil explicite ou non). La notion de marché de faible valeur ne devrait pas être interprétée comme donnant aux États adoptants toute latitude pour fixer le seuil approprié suffisamment haut pour soustraire la plus grosse partie de leurs passations à l'exigence de publication internationale. Les règlements en matière de marchés publics ou les orientations émanant des organismes publics de passation des marchés ou d'instances analogues devraient par conséquent fournir davantage de détails sur ce qu'il faut entendre par "faible valeur" dans ce cas. En outre, il convient de souligner que la faible valeur du marché ne justifie pas à elle seule l'exclusion de la participation internationale de fournisseurs (contrairement à ce qui se passe pour les marchés nationaux, voir article 8 [\[**hyperlien**\]](#)), et que les fournisseurs internationaux peuvent donc, s'ils le veulent, participer à une procédure qui n'a pas fait l'objet d'une publicité internationale, par exemple en répondant à un avis national ou à un avis publié sur Internet.

41. Les États adoptants voudront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à déterminer tout d’abord si une participation internationale est probable compte tenu des circonstances de chaque passation de marché, en supposant qu’il y a publication internationale, et que le marché soit ou non de faible valeur. Il peut être alors nécessaire de prendre en considération des facteurs géographiques et le faible nombre, voire l’absence, de fournisseurs étrangers, ce qui peut être le cas quand il s’agit par exemple d’artisanat autochtone. Les entités adjudicatrices devraient par ailleurs examiner les autres mesures à prendre 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: leur exclusion générale 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.

42. Le terme “adresse”, au paragraphe 3 a), désigne le lieu physique enregistré mais aussi toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de téléphone, adresse électronique, etc. le cas échéant) Voir, également, la description du terme “adresse” dans le glossaire à l’annexe ** [**hyperlien**](#) ¹¹.

43. Les dispositions de cet article permettent à l’entité adjudicatrice de demander le paiement de frais pour le dossier de préqualification mais pas de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Il est entendu, comme le dit le paragraphe 4 de l’article, que le prix demandé se limitera aux frais minimaux de distribution du dossier (et de son impression, le cas échéant). En outre, les États adoptants devraient noter que la meilleure pratique est de ne pas faire payer pour ces documents ¹².

44. Le terme “endroit” au paragraphe 5 d) [**hyperlien**](#) ne désigne pas un lieu physique mais plutôt une publication officielle, un portail, etc. où les textes actualisés et faisant foi des lois et règlements de l’État adoptant sont mis à la disposition du public. Les questions soulevées dans le commentaire de l’article 5 [**hyperlien**](#) concernant l’accès approprié à des textes juridiques actualisés sont donc également pertinentes dans le contexte de ce paragraphe.

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

¹¹ Le commentaire général sur les “adresses” dans le glossaire indiquera que ce terme doit être interprété de la même façon dans l’ensemble du texte de la Loi type, qu’il renvoie à l’adresse de l’entité adjudicatrice ou à celle d’un fournisseur ou entrepreneur.

¹² La dernière phrase reproduit l’opinion de certains commentateurs, comme une déclaration de principe, mais d’autres estiment que cette position n’est pas réaliste.

46. Les dispositions de cet article concernant la communication d'informations aux fournisseurs ou entrepreneurs ou au public sont soumises à l'article 24 sur la confidentialité (qui prévoit des exceptions limitées à l'information du public).

47. Il convient d'établir une distinction entre la préqualification et la présélection, que la Loi type n'envisage que dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue visée à l'article 49 **[**hyperlien**]**. Dans le cas de la préqualification, tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent présenter des soumissions. Dans le cas de la présélection, le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter une soumission sera fixé dès le début de la procédure de passation, et le nombre maximum de participants est précisé dans l'invitation à participer à la présélection. Dans la procédure de préqualification, l'identification des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés se fait sur la base de critères de qualification préétablis remplis ou non par les candidats, alors que la présélection suppose d'autres procédures de sélection, généralement concurrentielles, si le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs est dépassé (la présélection peut par exemple comporter après un test éliminatoire un classement selon les critères de qualification, et la sélection des meilleurs candidats qualifiés dans la limite du maximum établi). Cette mesure est prise même si des critères de préqualification rigoureux peuvent en fait limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

Article 19. Abandon de la passation de marché **[hyperlien**]****

48. L'article 19 permet à l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché. C'est son droit absolu avant l'acceptation de la soumission à retenir, après quoi elle ne peut le faire que si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été retenue ne signe pas le marché comme il le doit ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir les articles 19-1 et 22-8 et le commentaire s'y rapportant, qui énumère les autres options possibles dans de telles circonstances **[**hyperliens**]**).

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

50. L'entité adjudicatrice ayant le droit absolu d'abandonner la passation d'un marché tant que la soumission retenue n'a pas été acceptée, l'article prévoit des garanties contre tout abus de ce droit. La première est l'obligation de notification figurant au paragraphe 2, qui vise à encourager la transparence, la responsabilité et un recours efficace. Aux termes de ce paragraphe, la décision d'abandonner la passation et les raisons de celle-ci doivent être promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission afin qu'il puisse la contester s'il le souhaite. Il n'est pas fait obligation à l'entité adjudicatrice de justifier sa décision (étant entendu qu'en règle générale, elle devrait être libre

d'abandonner la procédure de passation pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier), mais elle doit fournir un bref exposé des raisons de cette décision, suffisant pour étayer un recours¹³. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de fournir des justifications mais elle le peut, si elle estime qu'il y a lieu de le faire (par exemple, si elle souhaite montrer que la décision ne résultait pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part). Elle peut aussi décider de procéder à un retour d'information (sur ce point, voir la Section ** du commentaire général et l'introduction du chapitre VII [**hyperliens**]).

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

52. Certaines dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article visent à traiter les soumissions présentées mais non encore ouvertes par l'entité adjudicatrice (par exemple, lorsque la décision d'abandon est prise avant la date limite de présentation des offres). Une fois que la décision d'abandon est prise, toute soumission non ouverte doit être renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée. Cette exigence évite le risque que les informations fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leurs soumissions soient utilisées à des fins illégitimes, par exemple transmises à leurs concurrents. Elle vise aussi à empêcher que l'entité adjudicatrice n'abuse de son droit d'abandonner la passation pour des motifs illégitimes ou illicites, par exemple après avoir obtenu les informations souhaitées sur la situation du marché ou appris qu'un fournisseur ou entrepreneur qu'elle privilégie ne remportera pas le marché.

53. Dans de nombreux États, la décision d'abandonner la passation n'est normalement pas susceptible de recours, en particulier auprès d'autorités administratives, sauf en cas de pratiques abusives. Cependant, la Loi type n'exonère pas les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché des procédures de contestation ou d'appel prévues au chapitre VIII (même si l'on a fait preuve de prudence lors de la rédaction de l'article 67 pour tenir compte du fait que, dans certains États, l'organe administratif n'aurait pas compétence pour traiter ce type de recours). Le paragraphe 3 vise à limiter à des circonstances exceptionnelles la responsabilité de l'entité adjudicatrice ayant décidé d'abandonner la procédure de passation. Sa responsabilité vis-à-vis des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions y est donc limitée à toute situation où l'abandon résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part.

54. Le chapitre VIII de la Loi type [**hyperlien**] prévoit donc le droit de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché, mais la question de savoir si la responsabilité de l'entité adjudicatrice serait engagée dépendra des circonstances de fait de l'espèce. Le paragraphe 3 est considéré comme important à cet égard parce qu'il protège l'entité adjudicatrice des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre

¹³ Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient d'ajouter un exemple illustrant les différences entre raisons et justifications.

l'abandon sans motifs de la procédure de passation. On considère toutefois que malgré les limitations de responsabilité visées au paragraphe 3, l'entité adjudicatrice, qui a abandonné la passation, peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement d'autres branches de droit. En particulier, bien que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers ceux dont les soumissions ont été ouvertes, même dans des circonstances non prévues au paragraphe 3.

55. Dans certains pays, le droit administratif peut limiter l'exercice du droit d'abandonner la passation, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Dans d'autres pays, il peut au contraire prévoir un droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout stade de la procédure, même si la soumission à retenir a été acceptée, indépendamment des dispositions de la Loi type. La législation peut aussi prévoir d'autres recours contre des décisions administratives abusives prises par des agents publics. L'État adoptant sera donc peut-être amené à harmoniser les dispositions de l'article avec les dispositions pertinentes de ses autres lois applicables. Le glossaire figurant à l'annexe **[hyperlien](#)** donne des exemples des types de comportement que cette disposition tend à couvrir, et l'organisme public de passation des marchés ou une instance similaire souhaitera peut-être donner des orientations plus détaillées aux entités adjudicatrices sur l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire et de leur responsabilité éventuelle en vertu de la loi sur les marchés publics et de toute autre loi de l'État adoptant qui pourrait prévoir qu'un acte administratif engage la responsabilité de son auteur.

56. Il convient d'établir une distinction entre l'abandon de la passation par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 19 et la décision de mettre fin à la procédure de passation de marché prévue à l'article 67-9 g) de la Loi type [hyperlien](#). Dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes: l'entité adjudicatrice ne peut prendre aucune mesure ou décision une fois que la décision d'abandonner la passation ou celle d'y mettre fin a pris effet.