



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 une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les articles 20 à 26 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 10 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 20. Rejet des soumissions anormalement basses

1. Cet article permet à l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission dont le prix est anormalement bas et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné d'exécuter le marché. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type.
2. L'article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts des deux parties. D'un côté, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les soumissions susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché, évitant ainsi le risque que celui-ci ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix soumis, et le risque d'un renchérissement, d'un retard ou d'une désorganisation du projet.
3. Mais d'un autre côté, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter automatiquement une soumission au seul motif que le montant indiqué semble anormalement bas. Un tel droit engendrerait une possibilité d'abus, car les soumissions pourraient être rejetées sans justification ou sur la base d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, un prix inférieur au coût de revient peut sembler anormalement bas alors qu'il peut être légitime de vendre à perte de vieux stocks ou de fixer un tel prix pour occuper la main-d'œuvre, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence¹.
4. Pour ces raisons, l'article ne permet le rejet d'une soumission anormalement basse que si l'entité adjudicatrice s'est employée à démontrer le bien-fondé de ses craintes quant à l'exécution du marché, sans préjudice de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter la soumission, par exemple en cas d'infraction (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale ou une collusion).
5. En conséquence, le paragraphe 1 énonce les conditions que l'entité adjudicatrice doit respecter avant de pouvoir rejeter une soumission anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.
6. La première condition est de demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission dont elle estime qu'ils peuvent justifier le prix indiqué. Il peut s'agir d'informations ou

¹ Le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer la dernière phrase pour ne pas nuire à la concurrence internationale.

d'échantillons établissant la qualité de l'objet du marché; des méthodes et des paramètres économiques de tout procédé pertinent de fabrication; des solutions techniques adoptées et/ou de toute condition exceptionnellement favorable dont le fournisseur ou l'entrepreneur bénéficie pour exécuter le marché. Le prix donné est donc toujours analysé par rapport aux autres éléments de la soumission concernée².

7. L'État adoptant peut choisir de réglementer le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander dans le cadre de cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'évaluation porte sur la question de savoir si le prix est réaliste (par rapport aux autres éléments de la soumission, comme ceux mentionnés au paragraphe précédent), et se fonde sur des éléments tels que les estimations d'avant la passation, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne serait peut-être pas approprié de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix lui-même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe, voire impossible dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas être totalement à même d'évaluer le prix par rapport à ces coûts. Dans certains États, la loi peut interdire à l'entité adjudicatrice d'exiger des informations sur la structure des coûts, en raison du risque d'utilisation abusive de celles-ci.

8. La deuxième condition est de prendre en compte, dans l'évaluation du prix, la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur. Si un fournisseur ou entrepreneur refuse de communiquer les informations que l'entité adjudicatrice lui demande, ce refus ne donne pas automatiquement à cette dernière le droit de rejeter la soumission anormalement basse mais il constitue un élément à prendre en considération pour déterminer si la soumission est anormalement basse.

9. Ce n'est qu'après avoir satisfait aux exigences décrites au paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter la soumission anormalement basse³. L'article ne lui fait pas obligation de rejeter une soumission anormalement basse. Les règlements ou orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une instance similaire devraient toutefois limiter le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter ces soumissions, tant pour garantir la cohérence et les bonnes pratiques que pour éviter les abus.

10. Enfin, si, à l'issue de la procédure de justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les raisons de celles-ci au procès-verbal de la passation du marché (voir par. 2). Cette disposition vise à garantir que toute décision de rejeter la soumission anormalement basse est prise de manière objective et qu'avant de la prendre, l'entité adjudicatrice a dûment consigné toutes les informations la concernant, de façon à pouvoir répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11. La décision de rejet doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement au fournisseur ou à

² Le Secrétariat demande des instructions concernant la cohérence entre ce paragraphe et le paragraphe suivant pour ce qui est de l'évaluation des coûts.

³ Il est demandé au Groupe de travail d'expliquer pourquoi il ne s'agit pas là d'une obligation mais d'une option: l'objectif est-il de dissuader la collusion, comme dans le cas de la latitude donné à l'article 22 d'abandonner la passation ou d'accepter la soumission venant en deuxième position?

l'entrepreneur concerné, conformément au paragraphe 2 de l'article. Elle peut être contestée conformément au chapitre VIII de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#).

12. Les États adoptants devraient savoir que d'autres exigences que celles mentionnées dans l'article peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant de soumissions anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen ou l'évaluation de leurs soumissions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences concernant les qualifications soient bien formulées et que l'objet du marché soit décrit avec précision. Les entités adjudicatrices devraient être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement). Ces mesures peuvent permettre d'identifier efficacement les risques liés à l'exécution.

13. Parmi les mesures possibles, on peut citer: i) une sensibilisation aux effets préjudiciables des soumissions anormalement basses; ii) la fourniture aux responsables de la passation des marchés de formations ainsi que de ressources et d'informations suffisantes, notamment des prix de référence ou des prix du marché; et iii) l'allocation d'un temps suffisant pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter des soumissions anormalement basses et promouvoir un comportement responsable, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices précisent dans le dossier de sollicitation que les soumissions anormalement basses peuvent être rejetées si elles suscitent des craintes quant à l'exécution du marché.

Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

14. Cet article contient une liste exhaustive des motifs pour lesquels un fournisseur ou entrepreneur doit être obligatoirement exclu de la procédure de passation de marché, autres que ceux liés à la qualification ou au contenu d'une soumission. On n'y trouve pas le terme "corruption" mais des exemples d'actes de corruption (incitation, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts). Comme ces exemples de comportement frauduleux sont couramment cités, cet article constitue une mesure importante de lutte contre la corruption.

15. L'article se veut conforme aux normes internationales et vise à proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Ces normes se trouvent dans des instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption, ou dans des documents publiés par des organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et les banques multilatérales de développement [\[**hyperlien**\]](#). Elles peuvent évoluer avec le temps. Conformément à l'article 3 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#), qui consacre la prééminence des engagements internationaux de l'État adoptant, celui-ci est encouragé à tenir compte des normes anticorruption internationales applicables au moment de l'adoption de la Loi type. Certaines de ces normes peuvent être

obligatoires pour l'État adoptant s'il est partie à l'instrument international considéré⁴.

16. Bien que les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et donc à réduire la corruption, on ne peut attendre d'une loi sur les marchés publics qu'elle élimine à elle seule les pratiques de corruption dans les marchés publics de l'État adoptant. On ne devrait pas non plus attendre des entités adjudicatrices qu'elles règlent tous les problèmes de corruption. L'État devrait donc disposer en général d'un système efficace de sanctions contre la corruption des agents publics, y compris des employés des entités adjudicatrices, ainsi que des fournisseurs et entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés, dans le but d'améliorer la gouvernance dans l'ensemble du système⁵.

17. Le terme "incitation", dans le titre de l'article, peut désigner de manière générale toute tentative de fournisseurs ou d'entrepreneurs d'exercer une influence indue sur l'entité adjudicatrice. Il revient à l'État adoptant de définir ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts aux fins de l'application du paragraphe 1 b). Les dispositions traitent le conflit d'intérêts du fournisseur ou de l'entrepreneur seulement. Le conflit d'intérêts de l'entité adjudicatrice est régi par des règles distinctes, telles que l'article 26 sur le code de conduite des agents des entités adjudicatrices [\[**hyperlien**\]](#). Pour éviter tout avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts, les normes applicables de l'État adoptant devraient, par exemple, interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé. Elles devraient aussi réglementer la participation des filiales à la même procédure de passation de marché. Certains points liés à ces concepts peuvent être réglementés par d'autres branches du droit de l'État adoptant, par exemple la législation antimonopoles.

18. Un "avantage concurrentiel injuste" pourrait découler d'un conflit d'intérêts (par exemple, si un même avocat représente les deux parties en l'espèce). Ce n'est toutefois pas nécessairement toujours le cas et un tel avantage pourrait découler de circonstances complètement différentes⁶.

19. Les dispositions de l'article sont sans préjudice d'autres sanctions qui peuvent être imposées au fournisseur ou à l'entrepreneur, telles que l'exclusion (voir à ce propos le commentaire figurant dans la section ****** du commentaire général [\[**hyperliens**\]](#)). Toutefois, une sanction, y compris une condamnation pénale, n'est pas une condition préalable à l'exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur en vertu de l'article.

⁴ La Commission a demandé que le Guide examine les raisons pour lesquelles il n'y a pas de seuil, en renvoyant aux dispositions et pratiques nationales, et qu'il précise que même de petites choses peuvent constituer une incitation dans certaines circonstances. Il est demandé au Groupe de travail de donner des orientations pour qu'il soit satisfait à cette demande.

⁵ Il a été suggéré dans le Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que dans le contexte des marchés publics il pourrait être impossible d'établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur l'opportunité d'inclure cette déclaration ou d'autres déclarations dans le Guide pour tenter de donner des exemples pertinents.

⁶ La Commission a proposé de recourir à des exemples pour expliquer ce qu'est un avantage concurrentiel injuste: il est demandé au Groupe de travail de fournir de tels exemples.

20. Pour éviter toute application abusive de l'article 21[**hyperlien**], la décision d'exclusion et les motifs de celle-ci doivent être consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués promptement au coupable présumé afin de permettre une contestation⁷. Les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés devraient aider à déterminer s'il existe des éléments concrets justifiant l'exclusion. Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir également le commentaire de l'article 26 relatif au code de conduite [**hyperlien**].

21. L'application de l'article est également subordonnée à d'autres lois anticorruption de l'État adoptant pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de cet État. Dans ce domaine, l'échange d'informations et la coordination entre organismes publics devraient être encouragés et facilités, comme évoqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre premier [**hyperlien**].

Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché [hyperlien**]**

22. L'article 22 énonce des règles détaillées applicables à: i) l'acceptation de la soumission retenue; ii) une garantie sous la forme d'un délai d'attente permettant à des fournisseurs ou entrepreneurs de contester la décision avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre; et iii) l'entrée en vigueur du marché. Il est complété par les exigences de transparence de la Loi type concernant les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation de marché, telles que les modalités d'entrée en vigueur du marché (voir, par exemple, l'alinéa v) de l'article 39 [**hyperlien**] qui prévoit que le dossier de sollicitation comporte des informations sur l'application et la durée du délai d'attente). L'alinéa w) de l'article 39 [**hyperlien**] exige en outre que soient précisées, dans le dossier de sollicitation, les formalités qui devront être accomplies une fois qu'une soumission retenue a été acceptée pour qu'un marché entre en vigueur, ce qui, conformément à l'article 22, peut comprendre la signature d'un contrat écrit et l'approbation d'une autre autorité.

23. Le paragraphe 1 dispose qu'en règle générale, l'entité adjudicatrice doit accepter la soumission retenue, ce qui signifie que le marché ou l'accord-cadre doit être attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée (dénommé fournisseur retenu), aux conditions qui y sont énoncées. (Il n'y a pas de définition unique de la soumission retenue. Les articles régissant la procédure des différentes méthodes de passation définissent cette expression pour chaque méthode [**hyperlien**].) Les exceptions à la règle générale du paragraphe 1 sont énoncées aux alinéas a) à d) (disqualification du fournisseur retenu, abandon de la passation de marché, rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse, conformément à l'article 20 [**hyperlien**], ou exclusion du fournisseur retenu en

⁷ Il a été suggéré au sein du Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que les risques d'un rejet injustifié pourraient être atténués si on encourageait, entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné, un dialogue visant à examiner les conflits d'intérêts potentiels, sur la base des dispositions de l'article 20 régissant l'examen des soumissions anormalement basses. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications qui puissent l'aider, compte tenu des éventuelles pratiques et conclusions abusives qu'un tel dialogue pourrait faciliter pour éviter l'application de l'article.

raison d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, conformément à l'article 21 [\[**hyperlien**\]](#)).

24. Il convient d'interpréter le motif de rejet de la soumission retenue énoncé à l'alinéa a) (disqualification) en tenant compte des dispositions de l'article 9-1 [\[**hyperlien**\]](#), qui dispose que la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs peut se faire à tous les stades de la procédure de passation, de l'article 9-8 d), qui permet à l'entité adjudicatrice de demander à tout fournisseur ou entrepreneur préqualifié de justifier à nouveau de ses qualifications [\[**hyperlien**\]](#), et des articles 43-6 et 7 et 57-2, qui régissent spécifiquement l'évaluation des qualifications du fournisseur retenu [\[**hyperlien**\]](#).

25. Il est entendu que la liste d'exceptions des alinéas a) à d) du paragraphe 1 n'est pas exhaustive: elle ne mentionne que les motifs pouvant être invoqués par l'entité adjudicatrice. D'autres motifs peuvent découler d'une procédure de contestation ou d'appel, par exemple si l'instance indépendante mentionnée à l'article 67 [\[**hyperlien**\]](#) ordonne qu'il soit mis fin à la procédure de passation, exige que l'entité adjudicatrice reconsidère sa décision ou que d'autres mesures soient prises. Il convient en outre de ne pas confondre ces motifs avec ceux justifiant l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante conformément à l'article 22-8 [\[**hyperlien**\]](#): ceux-ci interviendraient après l'acceptation de la soumission retenue, et non au stade où l'entité adjudicatrice prend une décision quant à cette acceptation.

26. Le paragraphe 2 régit l'application du délai d'attente défini à l'article 2 r) comme "la période commençant à l'expédition de l'avis visé à l'article 22-2 de la présente Loi, pendant laquelle l'entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission retenue et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi [\[**hyperlien**\]](#) contre la décision communiquée". L'objectif premier du délai d'attente est donc d'éviter de devoir annuler un marché ou un accord-cadre entré en vigueur.

27. Le délai d'attente est notifié à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, y compris au fournisseur retenu. (Il convient de ne pas confondre cette notification et l'avis d'acceptation envoyé uniquement au fournisseur retenu conformément au paragraphe 4 de l'article). Les informations communiquées en vertu du paragraphe 2 comprennent celles énumérées aux alinéas a) à c). Les dispositions de l'article 24 sur la confidentialité [\[**hyperlien**\]](#) indiqueront s'il y a lieu de ne pas communiquer l'une ou l'autre des informations visées à l'alinéa b) pour des raisons de confidentialité. Bien qu'il puisse être nécessaire de préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles lors de l'énonciation des caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation reçoivent suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

28. Parce que le délai d'attente commence à courir au moment de l'expédition de l'avis, l'article exige, pour assurer la transparence, l'intégrité et un traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché, que l'avis soit expédié promptement et simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Il ne suffirait pas, par exemple, de le mettre en ligne sur le site Web.

29. Il n'est pas fait obligation à l'entité adjudicatrice de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs des explications ou les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus. Néanmoins, le retour d'information sur demande d'un fournisseur ou entrepreneur constitue la meilleure pratique et devrait être encouragé par l'État adoptant. (Sur le retour d'information, voir la fin du commentaire relatif à l'article.)

30. Les dispositions du paragraphe 2 exigent également que l'entité adjudicatrice précise dans l'avis d'acceptation la durée du délai d'attente, fixée dans le dossier de sollicitation. Il importe de communiquer cette information à titre de rappel mais aussi de précision: puisque le délai d'attente court à compter de la date d'expédition de l'avis, ce dernier précisera les dates de début et de fin de ce délai, censées correspondre à la durée indiquée dans le dossier de sollicitation.

31. Il est indispensable que les fournisseurs ou entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de prendre les décisions qui s'imposent et à l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans risquer de créer des problèmes. La date d'expédition, qui crée le plus haut degré de certitude, est indiquée dans la Loi type comme point de départ du délai d'attente. La même solution est retenue pour les autres types d'avis délivrés en vertu de l'article (voir par. ... ci-dessous). On trouvera au paragraphe 9 de l'article une explication de la signification du mot "expédition".

32. La Loi type laisse à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer au cas par cas la durée précise du délai d'attente en fonction des circonstances de la passation envisagée, et en particulier des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international du marché. Pour assurer l'égalité de traitement, il peut être nécessaire de prévoir plus de temps, par exemple pour qu'un avis envoyé par courrier normal arrive chez des fournisseurs ou entrepreneurs situés à l'étranger.

33. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice pour fixer la durée du délai d'attente n'est pas sans limite. Elle est soumise à un minimum qui doit être fixé par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés. Plusieurs points doivent être pris en considération pour fixer la durée minimale, notamment l'incidence qu'elle aura sur les objectifs généraux de la Loi type. L'incidence d'un long délai sur les coûts sera certes prise en compte par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer à la procédure, mais le délai devrait être suffisamment long pour permettre d'introduire un recours contre la procédure. Les États adoptants souhaiteront peut-être fixer plusieurs délais d'attente selon les types de marché, en tenant compte ainsi de la difficulté qu'il y a à déterminer si les règles et procédures applicables ont été suivies, mais ils doivent cependant noter qu'un délai trop long peut être inadapté aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres ouverts, qui supposent une attribution rapide et pour lesquels le nombre et la complexité des questions susceptibles de recours sont limités. À l'opposé, un marché portant sur des infrastructures peut exiger une période d'examen plus longue.

34. La durée du délai d'attente peut être exprimée en jours ouvrables ou jours calendaires, en fonction de la durée ou du nombre de jours non ouvrables susceptibles d'entrer en ligne de compte. Il convient de garder à l'esprit que le but premier du délai d'attente est de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs le temps de décider s'ils contestent la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la

soumission à retenir. Le délai est donc censé être aussi court que les circonstances le permettent, pour ne pas perturber indûment la procédure. En cas de contestation, les dispositions du chapitre VIII de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#) traitent de la suspension de la procédure et d'autres recours appropriés.

35. Le paragraphe 3 énonce les exceptions à l'application du délai d'attente. La première concerne les marchés attribués au titre d'accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape⁸. (Un délai d'attente s'applique en cas de conclusion d'un accord-cadre et pour tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape.)

36. La deuxième exception s'applique aux marchés de faible valeur. Comme indiqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre premier [\[**hyperlien**\]](#), l'État adoptant devrait envisager d'aligner le seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés (par. 3 b) sur d'autres seuils, notamment ceux qui justifient une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (en vertu de l'article 23-2) et le recours à la procédure de demande de prix (en vertu de l'article 29-2) [\[**hyperliens**\]](#).

37. La troisième exception se justifie par des considérations urgentes d'intérêt général, dont la nature est examinée dans le commentaire de l'article 65-3 relatif aux raisons qui justifient la levée d'une interdiction de conclure un marché [\[**hyperlien**\]](#).

38. Le paragraphe 4 précise à quel moment l'avis d'acceptation doit être envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. Il peut y avoir plusieurs cas de figure. Premièrement, lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et qu'aucune procédure de contestation ou d'appel n'est pendante, l'entité adjudicatrice expédie l'avis dès l'expiration du délai d'attente. Deuxièmement, lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et une procédure de contestation ou d'appel est pendante à l'expiration de ce délai, l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à expédier l'avis d'acceptation (en vertu de l'article 65 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#)) tant qu'elle n'a pas reçu des autorités compétentes une injonction ou une autorisation de le faire. Troisièmement, lorsqu'aucun délai d'attente n'a été appliqué, l'entité adjudicatrice doit expédier l'avis d'acceptation dès qu'elle a décidé de la soumission à retenir, à moins qu'un tribunal ou une autre autorité désignée ne lui enjoigne de ne pas le faire.

39. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, sachant que les États peuvent préférer telle ou telle méthode et que, même dans un État donné, des méthodes différentes peuvent être employées selon les circonstances.

40. Selon une de ces méthodes (décrite au paragraphe 5), sauf indication contraire dans le dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. La raison pour laquelle l'entrée en vigueur est liée à l'expédition et non à la réception de l'avis d'acceptation est que l'entité adjudicatrice doit notifier son acceptation pendant que la soumission est en vigueur afin que le fournisseur ou l'entrepreneur ait l'obligation d'exécuter le marché. Si on se fondait sur la "réception", il suffirait

⁸ Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur les raisons de cette exception. Le compte rendu des délibérations du Groupe de travail n'est pas concluant sur ce point (voir A/CN.9/687, par. 96). À examiner aussi dans le contexte des indications concernant le chapitre VII.

qu'un avis correctement envoyé soit retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il soit reçu après expiration de la période de validité de la soumission pour que l'entité adjudicatrice perde son droit de lier le fournisseur ou l'entrepreneur. En se fondant sur l'"expédition", si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou le fournisseur peut n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de sa soumission que celle-ci a été acceptée mais dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou l'entrepreneur.

41. Une deuxième méthode (énoncée au paragraphe 6) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur retenu d'un contrat écrit conforme à la soumission. Cette méthode n'est possible que si le dossier de sollicitation comporte cette exigence et ne doit pas être considérée comme la norme pour l'ensemble des procédures de passation de marché. Les États adoptants sont invités à indiquer dans leurs règlements en matière de passation des marchés les circonstances dans lesquelles un contrat écrit peut être exigé, en tenant compte du fait que cette exigence peut être particulièrement lourde pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, et si l'État adoptant impose des mesures de vérification de l'authenticité de la signature.

42. Une troisième méthode (énoncée au paragraphe 7) dispose que le marché entre en vigueur lorsqu'il est approuvé par une autre autorité. Dans les États adoptant cette disposition, les règlements en matière de passation des marchés pourront préciser les circonstances dans lesquelles cette approbation sera requise (par exemple, uniquement lorsque le marché dépasse une valeur donnée). Le paragraphe 7 réaffirme le rôle du dossier de sollicitation, qui indique aux fournisseurs ou entrepreneurs les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit donner une estimation du délai nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prorogation de la période de validité de la soumission retenue ni de la garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à éviter qu'un entrepreneur ou fournisseur retenu ne reste engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée sans avoir l'assurance que le marché entrera à terme en vigueur.

43. S'agissant des bonnes pratiques, le paragraphe 8 précise que si le fournisseur ou l'entrepreneur retenu ne signe pas le marché en temps voulu, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider d'attribuer le marché à la soumission à retenir suivante. Celle-ci est déterminée conformément aux dispositions régissant normalement la sélection de la soumission à retenir dans le cadre de la passation concernée. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure dans de tels cas vise, entre autres, à limiter les conséquences d'une collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs. Les règlements en matière de passation des marchés, ou les règles ou orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou de toute autre instance similaire, devraient aider à la prise des décisions sur la marche à suivre et traiter des mesures à prendre pour qu'il ne soit pas fait abus de la latitude conférée.

Retour d'information

44. Le retour d'information est un processus informel par lequel l'entité adjudicatrice fournit des informations, dans la plupart des cas à un fournisseur ou entrepreneur non retenu pour lui expliquer pourquoi sa soumission a été rejetée, ou, plus rarement, aux fournisseurs retenus. L'objectif général est de réduire le risque de contestation, de rendre les responsables de la passation comptables de leurs décisions et de renforcer l'efficacité du processus de passation et la qualité des soumissions futures.

45. Le retour d'information peut être fourni, sur demande ou systématiquement, aux fournisseurs ou entrepreneurs exclus lors de la préqualification ou après l'attribution, mais aussi tôt que possible. Il peut être effectué oralement (tel que lors de réunions), par écrit, ou par toute autre méthode acceptable par l'entité adjudicatrice. Même si un retour d'information oral est approprié ou nécessaire, il est important, aux fins de la bonne gouvernance, de consigner par écrit les informations fournies, qui peuvent être ensuite communiquées au fournisseur ou entrepreneur concerné (le "fournisseur demandeur").

46. Le retour d'information devrait inclure au minimum les éléments suivants:

- a) L'évaluation par l'entité adjudicatrice des faiblesses ou lacunes importantes des qualifications ou de la soumission, selon le cas, du fournisseur demandeur;
- b) Une comparaison entre l'évaluation indiquée à l'alinéa a) et l'évaluation par l'entité adjudicatrice des caractéristiques, du prix et d'autres éléments qualitatifs ainsi que des avantages relatifs de la soumission retenue;
- c) Les qualifications, le prix global évalué et la note technique, le cas échéant, du fournisseur ou entrepreneur retenu et ceux du fournisseur demandeur, ainsi que les informations concernant la qualification de ce dernier;
- d) Le classement général de tous les fournisseurs ou entrepreneurs, si l'entité adjudicatrice en a établi un durant la passation du marché;
- e) Un résumé des motifs de la décision de qualification ou de l'attribution;
- f) Des réponses raisonnables aux questions pertinentes sur le respect des procédures de passation énoncées dans la sollicitation et les règlements applicables et par d'autres autorités compétentes.

47. Il est essentiel que le retour d'information n'entraîne pas une divulgation d'informations commerciales sensibles – quelle qu'en soit la source et que l'interdiction soit ou non prévue par la loi sur la passation des marchés. L'entité adjudicatrice devra donc trouver un équilibre approprié entre la fourniture d'informations utiles au fournisseur qui en a fait la demande et la protection d'informations confidentielles.

48. Un résumé du retour d'information devrait figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché. Cette démarche, qui relève de la bonne gouvernance et de la pratique administrative, peut aussi contribuer à atténuer le risque de divulgation d'informations confidentielles, qui, dans des cas extrêmes, pourrait donner lieu à une action en justice. Les questions de régularité de procédure soulevées dans les retours d'information ne sont pas très différentes de celles liées à

certaines recours, notamment une demande de réexamen présentée à l'entité adjudicatrice. Ces questions sont donc examinées dans l'introduction du chapitre VIII **[**insérer hyperlien et vérifier que le point est couvert de manière appropriée**]**. **[**hyperlien** vers le système d'exclusion de la Banque mondiale comme autre exemple à examiner**]**.

Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché et de l'accord-cadre **[**hyperlien**]**

49. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation de marché et la responsabilité de l'entité adjudicatrice, l'article 23 exige que cette dernière publie promptement un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation est distincte de celle prévue à l'article 22-10 **[**hyperlien**]** de communiquer un avis d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre le cas échéant) aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté des soumissions, et de celle prévue à l'article 25-2 **[**hyperlien**]** de communiquer à toute personne qui le demande les informations de cette nature figurant au procès-verbal. La Loi type ne précise pas comment l'avis est publié; cette question est laissée à l'État adoptant qui, comme le suggère le paragraphe 3, peut la traiter dans les règlements en matière de passation des marchés. Pour les règles minimales s'appliquant à la publication de ce type d'information, voir les indications concernant l'article 5 (aux paragraphes ... ci-dessus **[**hyperlien**]**), qui sont pertinentes à cet égard.

50. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, quelle que soit leur valeur, les règlements en matière de passation des marchés fixeront une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication ne sera pas exigée. Le paragraphe 2 exige la publication périodique, au moins une fois par an, d'un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

51. La dérogation à l'obligation de publication visée au paragraphe 2 concerne les marchés de faible valeur attribués au titre d'un accord-cadre, mais il est peu probable qu'elle concerne les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés ainsi attribués excéderait très probablement la faible valeur du seuil.

Article 24. Confidentialité

52. L'article 24 a pour objet de protéger les informations confidentielles de toutes les parties à la procédure de passation. Il impose différentes règles de confidentialité à différents groupes de personnes, en fonction du type d'informations concerné. Il est complété par l'article 69 **[**hyperlien**]**, qui traite de la protection des informations confidentielles dans une procédure de contestation ou d'appel.

53. Le paragraphe 1 vise les informations que l'entité adjudicatrice n'a pas le droit de divulguer aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni au public. Il s'agit en premier lieu d'informations qui ne doivent pas être divulguées pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant et qui peuvent être juridiquement considérées comme des informations classifiées. Peuvent être concernés les marchés relatifs à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale et les marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, mais aussi des marchés pour la

recherche médicale ou l'achat de vaccins lors de pandémies⁹. Voir, en outre, le commentaire relatif à la définition du terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées”, figurant à l'article 2 [\[**hyperlien**\]](#).

54. Le paragraphe 1 vise aussi les informations dont la divulgation pourrait “nuire à la concurrence loyale”. Il faudrait interpréter cette formule au sens large, c'est-à-dire comme visant non seulement la procédure de passation en cours, mais aussi les procédures ultérieures. En raison du champ d'application large de la disposition et du risque d'abus, il est essentiel que l'État adoptant fixe, si ce n'est une liste exhaustive de ces informations, du moins une liste de leurs sources juridiques, dans les règlements en matière de passation des marchés. Le paragraphe 1 prévoit également que ces informations peuvent être divulguées uniquement sur ordre d'un tribunal ou d'une autre autorité (telle que l'instance indépendante visée à l'article 66 [\[**hyperlien**\]](#)). L'identité de tout organe investi d'un tel pouvoir doit être précisée dans la loi. La décision du tribunal ou d'un autre organe désigné déterminera la mesure dans laquelle ce type d'informations peut être divulgué et les procédures de divulgation.

55. Le paragraphe 2 traite des informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs. De par leur nature, les documents visés contiennent des informations commerciales sensibles. Leur divulgation à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à une personne non autorisée risquerait de nuire à la concurrence loyale et porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes. Une telle divulgation est par conséquent interdite de manière générale. Dans ce contexte, le terme “personne non autorisée” vise un tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de surveillance, de recours ou autre instance compétente de l'État adoptant autorisée à accéder aux informations en question. Toutefois, la Loi type reconnaît qu'il est important de divulguer certaines informations soumises – aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou au public en général – pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure de passation, ainsi que pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'étayer une procédure de contestation et au public d'exercer un contrôle effectif. En conséquence, le paragraphe 2 de l'article prévoit des exceptions à l'interdiction générale. Il renvoie aux exigences prévues dans les articles suivants: article 22-2 et 10 [\[**hyperlien**\]](#), pour ce qui est d'aviser les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission de l'attribution envisagée du marché; article 23 [\[**hyperlien**\]](#), pour ce qui est d'indiquer le nom du fournisseur retenu et le prix du marché dans l'avis public d'attribution du marché; article 25 [\[**hyperlien**\]](#), pour ce qui est de divulguer certaines informations en permettant l'accès à certaines parties du procès-verbal et des dossiers; et article 42-3 [\[**hyperlien**\]](#), pour ce qui est d'annoncer certaines informations figurant dans les offres soumises lors de l'ouverture de ces dernières.

56. Alors que les paragraphes 1 et 2 sont d'application générale, le paragraphe 3 est limité aux procédures de passation visées aux articles 48-3 et 49 à 51 [\[**hyperlien**\]](#), qui prévoient une interaction entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs. Le paragraphe 3 étend cette obligation à toutes les

⁹ Certains spécialistes se demandent s'il convient de faire référence à “l'achat de vaccins lors de pandémies” dans ce contexte. Le Secrétariat demande des instructions à cet égard.

parties et vise toutes les informations liées à cette interaction dans le contexte de ces procédures de passation. La divulgation de ces informations n'est possible que si l'autre partie y consent, si la législation l'exige ou si le tribunal ou une autre autorité l'ordonne. L'entité adjudicatrice peut chercher à obtenir l'autorisation générale de divulguer toutes les informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs, en prévoyant par exemple dans le dossier de sollicitation que la participation à la passation est subordonnée à une telle autorisation, mais cette approche peut faire l'objet d'abus et exige l'intervention d'une autre autorité. En conséquence, tout consentement donné devrait être interprété de manière restrictive, car une interprétation plus large pourrait être contraire aux paragraphes 1 ou 2 de l'article. La référence à une décision du tribunal ou d'un autre organe compétent désigné par l'État adoptant est identique à celle du paragraphe 1 de l'article. En désignant cet organe, l'État adoptant devrait par conséquent assurer la cohérence entre les paragraphes 1 et 3 de l'article.

57. Le paragraphe 4 a aussi une portée limitée, puisqu'il ne s'applique qu'à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées (pour ce qui est de la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", voir l'article 2-1 et le commentaire s'y rapportant à la section ** du commentaire général [**hyperliens**]). Il prévoit que l'entité adjudicatrice peut prendre, outre les mesures de protection juridique générale visées au paragraphe 1, des mesures supplémentaires pour protéger les informations classifiées dans le cadre d'une passation de marché particulière. Ces mesures supplémentaires peuvent concerner uniquement les fournisseurs ou entrepreneurs ou être étendues à leurs sous-traitants. Elles peuvent être justifiées par le caractère sensible de l'objet du marché ou par l'existence d'informations classifiées, même lorsque l'objet lui-même n'est pas sensible (par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'assurer la confidentialité des informations concernant les délais ou le lieu de livraison), ou encore par les deux.

Article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché [**hyperlien**]

58. Cet article a pour objet de promouvoir la transparence et l'obligation de rendre des comptes en exigeant que l'entité adjudicatrice tienne un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché et en prévoyant un accès approprié à celui-ci. Ce procès-verbal résume les principales données de la procédure, et il est essentiel qu'une fois autorisé, l'accès soit rapide pour que toute procédure de contestation engagée par des fournisseurs ou entrepreneurs soit étayée et efficace. La législation sur la passation des marchés peut ainsi disposer de son propre mécanisme pour garantir, dans la mesure du possible, son application et le contrôle de son application. En outre, l'incorporation dans cette législation de conditions strictes relatives aux procès-verbaux facilite la tâche des organes de surveillance exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rend les entités adjudicatrices davantage comptables.

59. L'article ne prescrit ni la forme du procès-verbal ni la manière dont il doit être tenu. Ces questions sont soumises à l'article 7, qui régit les communications dans la passation des marchés [**hyperlien**], et en particulier aux règles énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de cet article (voir, en outre, le commentaire s'y rapportant [**hyperlien**]).

60. La liste des renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément au paragraphe 1 de l'article ne se veut pas exhaustive. L'alinéa w) de ce paragraphe est une disposition "fourre-tout", qui devrait garantir que toutes les décisions importantes prises au cours d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent sont consignées. Certaines de ces décisions, même si elles ne sont pas mentionnées au paragraphe 1 de l'article, doivent être inscrites au procès-verbal conformément à d'autres dispositions de la Loi type. Ainsi, l'article 35-3 [\[**hyperlien**\]](#) exige de consigner au procès-verbal la décision motivée de recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Les articles 53-2 et 59-7 exigent de consigner la décision motivée de limiter la participation aux enchères et aux accords-cadres ouverts en raison de contraintes technologiques. L'alinéa w) du paragraphe 1 renvoie également aux renseignements dont les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger l'inscription au procès-verbal.

61. La référence, dans le chapeau du paragraphe 1, à la tenue du procès-verbal implique également son actualisation. Les renseignements sont donc inscrits au procès-verbal dans la mesure où ils sont connus de l'entité adjudicatrice. Par exemple, dans les procédures de passation où toutes les propositions n'ont pas été finalisées par leurs auteurs ou lorsque ceux-ci se sont retirés de la procédure sans soumettre leur meilleure offre définitive, l'entité adjudicatrice devrait inclure, conformément à l'alinéa s) du paragraphe 1, un résumé de chaque soumission au stade pertinent de la procédure. La référence au prix vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les soumissions contiennent une formule permettant de déterminer le prix, mais non le prix lui-même.

62. Les obligations en matière de tenue d'un procès-verbal devraient spécifier dans quelle mesure et à qui les informations devraient être communiquées, tout en conciliant différents facteurs. Ceux-ci comprennent la divulgation intégrale comme règle générale pour promouvoir l'obligation de rendre des comptes; la nécessité de communiquer aux fournisseurs et entrepreneurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leur performance et envisager de former un recours le cas échéant; et la nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 24 prévoit deux niveaux de communication: au paragraphe 2, il impose la communication à quiconque des renseignements visés aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 – informations de base dans l'optique de permettre à l'entité adjudicatrice de rendre des comptes au public. Au paragraphe 3, il impose la communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté une soumission, car ils ont besoin de ces informations pour suivre leur performance relative dans la procédure de passation et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type. L'entité adjudicatrice ne peut refuser de communiquer ces informations même si elle considère que cela est contraire à une concurrence loyale (par exemple en facilitant une collusion lors de passations ultérieures ou en poussant des fournisseurs à fermer). Il est toutefois recommandé que les règlements ou les orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une autre instance similaire exigent que l'entité adjudicatrice avise les fournisseurs ou entrepreneurs de son intention de divulguer des parties du procès-verbal les concernant: ces fournisseurs ou entrepreneurs souhaiteront peut-être contester cette décision, sur la base d'une violation de la

confidentialité visée à l'article 24 [\[**hyperlien**\]](#), conformément aux dispositions du chapitre VIII [\[**hyperlien**\]](#).

63. Les fournisseurs ou entrepreneurs visés au paragraphe 3 sont limités à ceux qui ont présenté des soumissions; les autres, y compris ceux qui ont été disqualifiés, ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des soumissions. Les motifs de leur disqualification leur auront été communiqués conformément aux articles 18-10 et 49-3 e) [\[**hyperliens**\]](#), ce qui devrait leur donner suffisamment d'éléments pour déterminer s'ils souhaitent ou non contester leur exclusion.

64. Le paragraphe 3 autorise la divulgation de certaines parties du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment où ils ont pris connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière (ou de l'abandon de la passation de marché) pour donner effet au droit de contestation visé à l'article 64 [\[**hyperlien**\]](#). Pour que cette disposition produise ses effets, l'article 69 [\[**hyperlien**\]](#) permet aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder aux parties en question du procès-verbal. Retarder la divulgation, par exemple jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs d'un recours réel. En conséquence, les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice accorde rapidement l'accès à ces procès-verbaux. Ces dispositions visent aussi à tenir compte des deux manières dont les fournisseurs ou entrepreneurs concernés peuvent prendre connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière: soit au moment où leur est notifié le délai d'attente, conformément à l'article 22-2, soit, malgré l'absence d'une telle notification, par la publication d'un avis de marché comme le prévoit l'article 23 [\[**hyperlien**\]](#) ou par la divulgation par la société civile, les médias ou des rapports de surveillance, etc.

65. La divulgation d'informations soit au public soit aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés est sans préjudice de l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article, qui énonce les raisons autorisant l'entité adjudicatrice à ne pas divulguer des informations, et de l'alinéa b) du même paragraphe, qui énumère les informations qui ne peuvent pas être divulguées. (Voir le commentaire relatif à l'article 23 ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#) sur la première raison.) Pour ce qui est de l'alinéa b) du paragraphe 4, comme mentionné dans le commentaire relatif à l'article 23 [\[**hyperlien**\]](#) et ci-dessus, l'un des objectifs nécessaires de ces dispositions est d'éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles aux fournisseurs et entrepreneurs. Cette nécessité se pose tout particulièrement pour les informations concernant l'évaluation des soumissions, car celles-ci peuvent naturellement comprendre des informations commerciales sensibles, que les fournisseurs et entrepreneurs ont un intérêt légitime à protéger. Aussi l'alinéa t) du paragraphe 1 ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation des soumissions, alors que l'alinéa b) du paragraphe 4 restreint la divulgation d'informations plus détaillées autres que celles pouvant être communiquées dans ce résumé.

66. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'empêche pas l'application à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État adoptant qui confèrent au public un droit général d'accès aux documents officiels. Par exemple, la divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organes de surveillance peut être imposée par la loi applicable de l'État adoptant.

67. Le paragraphe 5 de l'article s'inspire d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3 de la Convention [\[**hyperlien**\]](#)). L'obligation de conserver les documents relatifs à la procédure de passation de marché et les règles applicables à leur enregistrement et archivage, y compris la durée de conservation du procès-verbal et de tous les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, devraient être énoncées dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, il peut prévoir cette obligation dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'une instance similaire.

Article 26. Code de conduite [\[hyperlien**\]](#)**

68. Cet article a pour objet de souligner la nécessité, pour les États, d'adopter un code de conduite pour les administrateurs et employés des entités adjudicatrices, qui devrait traiter des conflits d'intérêts réels ou supposés, des risques accrus d'irrégularités de la part des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans ce genre de situations et des mesures visant à réduire ces risques, notamment par le biais de déclarations d'intérêts. L'adoption d'un tel code devrait être considérée comme un moyen d'appliquer certaines dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption [\[**hyperlien**\]](#), notamment ses articles 8 et 9 [\[**hyperliens**\]](#) qui concernent directement la passation des marchés publics et les mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés. Les États adoptants devraient faire en sorte de combler, par le biais de ces codes de conduite, les lacunes dans la réglementation et la mise en œuvre de mesures pour une application effective des dispositions pertinentes de la Convention.

69. Suivant la tradition juridique des États adoptants, les codes de conduite peuvent être intégrés au droit administratif, au niveau soit de la législation soit de la réglementation, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés. Ils peuvent s'appliquer de manière générale à tous les agents publics, indépendamment du secteur économique, ou s'appliquer spécifiquement aux personnels chargés de la passation des marchés, et certains peuvent faire partie de la législation et de la réglementation des marchés. Même un code de conduite général applicable aux agents publics contiendra probablement des dispositions portant spécifiquement sur la conduite des personnels chargés de la passation des marchés. Un État adoptant qui envisage d'adopter un code de conduite, ou de moderniser un code existant, destiné à ses agents publics ou plus particulièrement aux personnels chargés de la passation des marchés, voudra peut-être consulter les documents pertinents établis par des organisations internationales, notamment l'Organisation de coopération et de développement économiques [\[**hyperliens**\]](#).

70. Les dispositions de l'article 2 s'intéressent avant tout aux conflits d'intérêts dans la passation des marchés, car ceux-ci ont des incidences particulièrement

négligentes sur la transparence, l'objectivité et l'obligation de rendre des comptes dans la passation de marchés publics. Sans avoir la prétention d'être exhaustives, elles énumèrent quelques mesures visant à réglementer la conduite des personnels chargés de la passation des marchés dans les situations de conflits d'intérêts, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt, des procédures de sélection et des exigences en matière de formation. Ces mesures sont conformes à l'article 8-5 de la Convention [\[**hyperlien**\]](#), qui fait référence: "[aux] mesures et [aux] systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts". La Loi type ne donne que des principes généraux, car elle reconnaît qu'il serait impossible d'énoncer des règles exhaustives sur les situations de conflits d'intérêts, y compris les mesures visant à réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, chaque État ayant une façon différente de traiter la question.

71. Outre les situations de conflits d'intérêts et les mesures expressément mentionnées dans l'article pour réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, un code de conduite devrait traiter d'autres questions, notamment les préoccupations que soulève le phénomène de la "porte tournante" (agents publics demandant ou se voyant proposer un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marché). Si les dispositions ne visent pas à imposer aux États adoptants d'adopter un code de conduite régissant les relations des fournisseurs et entrepreneurs avec l'entité adjudicatrice, certaines dispositions du code de conduite, notamment celles qui traitent du phénomène de la "porte tournante", devraient indirectement fixer des limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé dans leurs relations avec les agents publics.

72. Les dispositions de l'article qui exigent que le code de conduite soit promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour doivent être lues conjointement avec l'article 5-1 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#), qui prévoit une obligation similaire pour les textes juridiques d'application générale. Le commentaire relatif à l'article 5-1 est par conséquent utile dans le contexte des dispositions de l'article 26 [\[**hyperlien**\]](#).