

FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
Please return to room



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE

GENERALE



Distr. LIMITEE

A/CN.9/WG.V/WP.27
11 juillet 1990

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Groupe de travail du nouvel ordre
économique international

Douzième session
Vienne, 8-19 octobre 1990

PASSATION DES MARCHES

Procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité
adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre
de la loi type sur la passation des marchés

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
PROCEDURES DE RECOURS CONTRE LES ACTES ET DECISIONS DE L'ENTITE ADJUDICATRICE ET LES PROCEDURES QU'ELLE APPLIQUE DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES	3
ANNEXE I. PROJETS DE DISPOSITIONS SUR LES PROCEDURES DE RECOURS DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES	7
CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS	7
Article 36. Droit de recours	7
Article 37. Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	9
Article 38. Recours administratif	12

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 39. Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]	14
Article 40. Recours judiciaire	16
Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]	18
Article 42. Responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale de l'entité adjudicatrice	19
ANNEXE II. PROJET DE RECOMMANDATION QUE LA COMMISSION POURRA ADOPTER EN MEME TEMPS QUE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES	20

PROCEDURES DE RECOURS CONTRE LES ACTES ET DECISIONS DE L'ENTITE
ADJUDICATRICE ET LES PROCEDURES QU'ELLE APPLIQUE DANS LE CADRE
DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

1. Le présent document a été établi conformément à la demande formulée par le Groupe de travail à sa onzième session (5-16 février 1990) tendant à ce que le Secrétariat établisse pour sa douzième session des projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (A/CN.9/331, par. 222). (Ces actes, décisions et procédures sont ci-après collectivement dénommés "actes".)

2. Il existe dans la plupart des Etats des mécanismes et des procédures de recours contre les actes des organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains Etats, des mécanismes et procédures de recours ont été institués expressément pour les litiges nés de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres Etats, ces litiges sont soumis à des mécanismes et procédures plus généraux de recours contre les actes administratifs.

3. Certains éléments importants des procédures de recours, tels que l'instance compétente et les sanctions qu'elle peut prendre, sont intimement liés aux fondements et aux structures du système juridique, ainsi qu'à la structure administrative de chaque Etat. De nombreux systèmes juridiques prévoient une procédure de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant sur eux une autorité ou un contrôle hiérarchique (ci-après dénommée "recours administratif hiérarchique"). Dans d'autres systèmes juridiques, en revanche, ce recours administratif hiérarchique n'existe pas. Dans les systèmes juridiques où il existe, la question de l'instance ou des instances compétentes pour connaître des actes de tel ou tel organe ou entité dépend en grande partie de la structure administrative de l'Etat. Dans le cadre de la passation des marchés, par exemple, certains Etats prévoient le recours devant une instance exerçant une tutelle et un contrôle globaux sur les marchés publics (une commission centrale des marchés, par exemple); dans d'autres Etats, le recours est porté devant l'instance qui exerce un contrôle financier et une surveillance sur les opérations de l'Etat et de l'administration. Dans certains pays, le recours peut même être porté devant le chef de l'Etat.

4. La procédure de recours dans certains cas particuliers mettant en jeu des organes administratifs ou autres entités publiques est engagée, dans certains Etats, devant des instances administratives indépendantes et spécialisées dont la compétence est parfois qualifiée de "quasi judiciaire". Ces instances ne sont pas, toutefois, considérées comme des tribunaux de l'ordre judiciaire.

5. Nombre de systèmes juridiques prévoient une procédure de recours judiciaire contre les actes des organes administratifs et des entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, le recours judiciaire s'ajoute au recours administratif, alors que dans d'autres, seul le recours judiciaire est possible. Certains systèmes juridiques ne prévoient qu'un recours administratif et pas de recours judiciaire. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois le recours administratif et le recours judiciaire, ce dernier ne peut être formé qu'après épuisement des voies de recours administratives; dans d'autres systèmes, enfin, on peut opter pour l'un ou l'autre de ces types de recours.

6. Dans certains systèmes juridiques prévoyant le recours judiciaire, il existe des différences considérables quant à la nature des tribunaux compétents pour connaître des actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans certains pays, cette compétence est attribuée à une catégorie particulière de tribunaux administratifs. Dans d'autres pays, les tribunaux compétents appartiennent à un système juridictionnel unifié. Dans certains de ces pays, ces tribunaux sont des tribunaux ayant une compétence générale, alors que dans d'autres ils constituent une branche distincte d'un système juridictionnel unifié. Dans d'autres pays encore, les tribunaux administratifs et les tribunaux civils se partagent la compétence en la matière.

7. Les types de sanctions dont peuvent faire l'objet les actes illégaux d'un organe administratif ou d'une entité publique varient selon les systèmes juridiques. Dans de nombreux systèmes juridiques, les sanctions que peuvent prononcer les instances administratives hiérarchiques sont l'annulation ou la révision de l'acte faisant l'objet de la réclamation. Dans d'autres systèmes, l'instance administrative ne peut ni annuler, ni réviser l'acte, mais peut prendre d'autres types de sanctions.

8. La nature des sanctions judiciaires que peuvent prendre les tribunaux est, dans nombre de systèmes juridiques, liée à la nature de l'action portée devant le tribunal, ou à la compétence du tribunal. Dans certains systèmes, par exemple, pour une catégorie particulière d'actions en justice, le tribunal ne peut qu'annuler l'acte contesté et ne peut pas, par exemple, le réviser ni accorder des dommages-intérêts; en revanche, pour une autre catégorie d'actions en justice, des dommages-intérêts et autres types de sanctions peuvent être prononcés. Dans d'autres systèmes juridiques, le tribunal a compétence pour annuler ou réviser des actes jugés illégaux, mais ne peut pas enjoindre à un organe administratif ou à une entité publique d'agir légalement, ni l'empêcher d'agir illégalement. En outre, les motifs sur lesquels les tribunaux peuvent s'appuyer pour prononcer tel ou tel type de sanction diffèrent selon les systèmes juridiques et dépendent des règles juridiques de fond de chaque système.

9. Les procédures de recours contre les actes, décisions et procédures de passation de marchés mettent en jeu divers éléments conceptuels et structurels fondamentaux des systèmes juridiques et des modes d'administration de l'Etat et ces éléments varient sensiblement d'un Etat à l'autre; aussi est-il difficile d'élaborer des dispositions sur les mécanismes et procédures de recours qui aient une portée universelle. De telles dispositions ne doivent pas être contraires à ces éléments fondamentaux car il serait peu avisé d'attendre des pays qu'ils adoptent des dispositions contraires ou qu'ils adaptent leur système juridique ou administratif afin que la loi type puisse y être incorporée. En conséquence, ces dispositions devront plutôt constituer un cadre général et comporter davantage de variantes que dans le cas d'une loi uniforme dans les domaines où ne se posent pas les difficultés évoquées ci-dessus et où un plus grand degré d'harmonisation ou d'unification est possible.

10. A la lumière des considérations qui précèdent, le Secrétariat propose au Groupe de travail d'examiner trois approches possibles de la question des procédures de recours. La première approche consisterait à élaborer des dispositions qui seraient adoptées par les Etats et feraient partie intégrante de la loi type sur la passation de marchés. Ces dispositions devraient définir un cadre général, mais une telle approche ne serait pas nécessairement inhabituelle ou inopportune. Certaines des législations nationales des

marchés qu'a examinées le Secrétariat traitent de la question des procédures de recours de manière très sommaire et les détails quant au fond et à la forme des recours y sont régis par d'autres lois, règlements ou pratiques en vigueur dans le pays. Dans certains pays, la législation des marchés se contente de confier à une instance administrative donnée la compétence sur les litiges nés d'irrégularités de la procédure de passation des marchés. Conformément à cette première approche, le Secrétariat a élaboré et présenté à l'annexe I ci-après des projets de dispositions sur les procédures de recours qui pourraient figurer dans la loi type sur la passation des marchés, en les assortissant d'un commentaire.

11. La deuxième approche possible consisterait à élaborer des dispositions traitant des procédures de recours, en leur donnant toutefois une fonction différente de celle du corpus de la loi type sur la passation des marchés. Le corpus de la loi type définirait un régime uniforme des procédures de passation de marchés (susceptible d'être complété par une réglementation dans les Etats ayant adopté la loi type). Les Etats ayant adopté la loi type la promulgueraient normalement sans y apporter le moindre changement ou en n'y apportant que quelques changements minimes jugés particulièrement importants. Les dispositions sur les procédures de recours, en revanche, feraient fonction de modèles pour les Etats ayant adopté la loi type et souhaitant déterminer dans quelle mesure leurs mécanismes et procédures de recours contre les actes, décisions et procédures de passation des marchés sont suffisants et efficaces. Ces dispositions contiendraient tous les éléments que la Commission jugera indispensables à toute procédure de recours pour qu'elles soient à la fois suffisante et efficace. En outre, dans les Etats qui jugeront que certains éléments essentiels font défaut à leurs mécanismes et procédures de recours, le législateur pourra s'inspirer de ces dispositions. Des dispositions modelées sur l'annexe I ci-après, accompagnées ou non d'un commentaire, pourraient remplir cette fonction. En adoptant la loi type sur la passation des marchés, la Commission pourrait exprimer clairement ses intentions en ce qui concerne, d'une part, le corpus de la loi type et, d'autre part, les dispositions sur les recours, et encourager vivement les Etats qui adopteront la loi type à s'assurer que leurs mécanismes et procédures de recours sont à la fois suffisants et efficaces, en se fondant sur les dispositions sur les recours figurant dans la loi type.

12. Dans la troisième approche envisageable, la loi type sur la passation des marchés ne contiendrait aucune disposition de caractère législatif sur les procédures de recours. L'adoption de la loi type par la Commission s'accompagnerait alors d'une déclaration constatant la nécessité d'une procédure de recours efficace et la Commission énoncerait sous la forme d'une recommandation aux Etats les éléments qu'elle juge essentiels. On trouvera à l'annexe II une formulation possible pour cette recommandation.

13. Cette formulation s'inspire d'une directive adoptée par le Conseil des Communautés européennes traitant des procédures de recours dans les cas couverts par les directives de la CEE sur la passation des marchés publics de fournitures et de travaux (Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE), ci-après dénommée "directive de la CEE sur les procédures de recours"). Les Etats membres de la CEE devront incorporer cette directive à leur système juridique au 1er décembre 1991 (article 5 de la directive de la CEE sur les procédures de recours).

14. Si la deuxième approche (par. 11 ci-dessus) ou la troisième approche (par. 12 ci-dessus) est retenue, la Commission pourra s'interroger, le moment venu, sur la nécessité d'élaborer des dispositions exhaustives en matière de recours qui soient adaptées aux différents systèmes juridiques. Cela pourrait entraîner, par exemple, l'élaboration de plusieurs séries de dispositions, chacune d'elles étant adaptée à l'un des grands systèmes juridiques existant dans le monde. Ou bien, cela pourrait nécessiter la fourniture, sur demande, d'une assistance technique directe aux Etats qui souhaitent élaborer des dispositions sur les procédures de recours adaptées à leur culture juridique. La Commission pourrait aussi étudier le moyen de fournir une assistance technique aux Etats, qui en feront la demande, pour l'élaboration d'une réglementation de la passation des marchés qui viendrait compléter la loi type. Le Secrétariat évoque ces différentes possibilités sans toutefois attendre du Groupe de travail qu'il prenne des décisions en la matière dans l'immédiat.

ANNEXE I

PROJETS DE DISPOSITIONS SUR LES PROCEDURES DE RECOURS
DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

* * *

CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS

* * *

Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 214 à 218; A/CN.9/315, par. 114. On trouvera dans le commentaire des notes placées entre crochets et dites "notes à l'intention du Groupe de travail", rédigées pour faciliter au Groupe de travail l'examen des projets de dispositions. Elles ne figureront pas dans la version définitive du commentaire de la loi type.]

Une procédure efficace de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique est indispensable si l'on veut s'assurer que la loi type sur la passation des marchés ou la réglementation en la matière seront bien appliquées, et si l'on veut garantir le bon fonctionnement du régime des marchés et promouvoir la confiance dans ce régime. On trouve dans le présent chapitre des dispositions instituant un droit de recours, ainsi que des dispositions en régissant l'exercice. Pour que ces dispositions puissent être incorporées aux différents cadres conceptuels et structurels des systèmes juridiques à travers le monde, n'y sont traitées que les caractéristiques fondamentales du droit de recours et de son exercice. Les réglementations des marchés que devront formuler les Etats adoptant la loi type pourront comporter des dispositions plus détaillées régissant les questions qui ne sont pas couvertes par la loi type ou par d'autres règles de droit en vigueur. Dans certains cas, on a formulé des variantes pour des points particuliers et on les a placées entre crochets; l'Etat appliquant la loi type choisirait alors la formulation qu'il juge la plus appropriée.

* * *

Article 36. Droit de recours

Toute personne physique ou morale, quelle que soit sa nationalité, qui a un intérêt à obtenir un marché attribué ou devant être attribué à la suite d'une procédure de passation des marchés régie par la présente Loi et qui affirme qu'elle subit, qu'elle risque de subir ou qu'elle a subi un préjudice imputable à un acte illégal ou à une décision illégale de l'entité adjudicatrice, ou à une procédure illégale appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation des marchés, peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à [42], à tout stade de la procédure de passation des marchés ou après son achèvement.

* * *

Commentaire

1. En vertu de cet article, le recours peut être exercé par toute personne "qui souhaite obtenir un marché ... et qui affirme qu'elle subit, qu'elle risque de subir ou qu'elle a subi un préjudice". Ce droit de recours est ainsi ouvert non seulement aux entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché, mais aussi aux personnes qui n'y ont pas participé, telles que les entrepreneurs et fournisseurs qui en ont été écartés illégalement. L'article 36 ne traite pas de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice requis pour que l'intéressé puisse introduire un recours, ni d'autres questions touchant sa capacité d'exercer un recours. Ces questions seront réglées conformément aux règles de droit pertinentes de chaque Etat adoptant la loi type.

[Note à l'intention du Groupe de travail : une des questions pouvant ainsi être régie par d'autres dispositions dans chaque Etat adoptant la loi type est la question de savoir si le droit de recours est limité aux cas où est alléguée une violation de certains types particuliers de dispositions. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, une distinction peut être opérée entre, d'un côté, les règles imposées à l'entité adjudicatrice et s'appliquant aux rapports qu'elle entretient avec les entrepreneurs et les fournisseurs et qui doivent constituer des obligations légales vis-à-vis de ces derniers et, d'un autre côté, les autres règles jugées uniquement "internes" à l'administration, et qui ne doivent pas constituer des obligations légales de l'entité adjudicatrice vis-à-vis des entrepreneurs et fournisseurs. Dans ces systèmes juridiques, le droit de recours serait restreint aux cas où le premier type de règles est violé par l'entité adjudicatrice.]

2. Tout acte, décision ou procédure serait "illégal", s'il n'était pas conforme à la loi type sur la passation des marchés telle qu'elle est appliquée par l'Etat, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable.

3. Le recours peut être exercé à tout stade de la procédure de passation du marché ou après son achèvement, même si le marché est entré en vigueur, sous réserve du paragraphe 2 [et du paragraphe 3] de l'article 37, sous réserve des délais de soumission des réclamations prévus dans la réglementation des marchés ou dans toute disposition de la loi applicable aux procédures de recours, et sous réserve de toute disposition relative à la prescription légale. [Note à l'intention du Groupe de travail : la référence au paragraphe 3 de l'article 37 a été placée entre crochets dans l'attente d'une décision du Groupe de travail sur le point de savoir s'il convient de conserver ce paragraphe.]

4. La référence à l'article 42 a été placée entre crochets parce que le numéro de cet article sera fonction de la possibilité ou non d'introduire un recours administratif hiérarchique dans l'Etat adoptant la loi type (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 38).

* * *

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

1. [A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur,] les réclamations sont, en première instance, adressées par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à [la présente Loi], la réclamation est adressée au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure. Par responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, on entend aussi dans [la présente Loi] toute personne désignée par lui.

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de [10] jours suivant le moment où la personne qui la présente a pris connaissance des circonstances qui la motivent, ou, au plus tard, le moment où elle aurait dû en prendre connaissance.

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

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

a) est motivée; et

b) s'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises. Ces mesures peuvent consister en le paiement d'un dédommagement [pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché] [pour le préjudice subi par le requérant] résultant d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée.

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

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

* * *

Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 219; A/CN.9/315, par. 115 et 116. En ce qui concerne l'instance devant laquelle le recours peut être introduit, le Groupe de travail a décidé à sa dixième session que la loi type sur la passation des marchés proposerait plusieurs solutions, formulées d'une manière générale, parmi lesquelles les Etats choisiraient celles qu'ils souhaitent appliquer (A/CN.9/315, par. 116).

Le début du paragraphe 1 ("A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur") et le paragraphe 3 ont été placés entre crochets car le Groupe de travail devra se prononcer sur le maintien de ces dispositions. Le principe sur lequel elles reposent est qu'une fois le marché entré en vigueur, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne peut guère imposer de mesures correctives (en dehors du dédommagement - voir le paragraphe 3 du présent commentaire), à moins qu'il ne soit autorisé à annuler le marché. On peut estimer qu'il s'agirait là d'une prérogative exorbitante et que la faculté d'annuler le marché devrait plutôt être attribuée, sous réserve que cela soit opportun, à un tribunal, ou du moins à une instance administrative hiérarchique. En prévoyant un recours en première instance auprès du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, on a essentiellement voulu habiliter ce fonctionnaire à corriger les actes, décisions et procédures entachés d'irrégularité. Une fois le marché entré en vigueur, il est trop tard pour le faire. Si les dispositions placées entre crochets étaient retenues, le recours administratif hiérarchique ou le recours judiciaire serait possible pour les réclamations formulées après l'entrée en vigueur du marché.]

1. L'article 37 vise le recours qui peut être introduit en première instance auprès du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, et les articles suivants visent le recours administratif hiérarchique et le recours judiciaire. En application du paragraphe 1, l'exercice d'un recours en vertu de l'article 37 en première instance est une condition préalable au recours administratif hiérarchique ou au recours judiciaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail : le délai énoncé au paragraphe 2 a été placé entre crochets car le Groupe de travail devra se prononcer sur le délai qui serait approprié.]

2. L'alinéa 4 b) confie au responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle le soin de déterminer quelles mesures correctives seraient appropriées dans chaque espèce (sous réserve de toutes dispositions applicables de la réglementation des marchés; voir le paragraphe 5 du présent commentaire). Parmi les mesures correctives envisageables figurent les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice qu'elle révise la procédure de passation du marché de sorte qu'elle soit conforme à la loi type, à la réglementation des marchés ou à d'autres règles de droit applicables; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il apparaît qu'une autre offre aurait dû être acceptée, exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle accepte cette autre offre; ou mettre fin à la procédure de passation du marché et ordonner qu'une nouvelle procédure soit engagée.

3. L'alinéa 4 b) autorise expressément le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle à exiger le versement d'un dédommagement au requérant. Normalement, c'est à l'entité adjudicatrice qu'il incombe de verser ce dédommagement. Toutefois, si l'acte, la décision ou la

procédure contesté a été approuvé par l'autorité de tutelle, le responsable de cette autorité peut décider que ce dédommagement sera versé par l'autorité de tutelle.

[Note à l'intention du Groupe de travail : en ce qui concerne les types de préjudice pouvant donner lieu à réparation, deux variantes sont énoncées entre crochets à l'intention du Groupe de travail. Dans la première variante, un dédommagement peut être exigé pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché résultant d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégaux. Ces dépenses n'incluent pas les bénéfices non réalisés par suite du rejet de la soumission ou de l'offre du requérant. Les types de préjudices ouvrant droit à réparation dans le cadre de la deuxième variante sont plus nombreux que ceux que prévoit la première et peuvent englober les bénéfices non réalisés, dans certains cas appropriés. La question de savoir quels types de préjudices sont indemnisables a été traitée à la dixième session du Groupe de travail, mais aucune décision n'a été prise (A/CN.9/315, par. 120).]

4. L'Etat adoptant la loi type devra prendre les mesures ci-après en ce qui concerne les références à l'article "38 ou 40" placées entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si cet Etat prévoit un recours judiciaire, mais non un recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 38), on ne fera référence qu'à l'article qui dans la loi type porte le numéro 40. Si cet Etat prévoit les deux formes de recours, mais exige du requérant qu'il épuise son droit de recours administratif hiérarchique avant d'introduire un recours judiciaire, on ne fera référence qu'à l'article 38. Si cet Etat prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que soit épuisé le droit de recours administratif hiérarchique avant l'introduction d'un recours judiciaire, on se référera à l'article "38 ou 40".

5. L'Etat adoptant la loi type peut faire figurer dans la réglementation des marchés des dispositions détaillées sur les procédures de recours dans le cadre de l'article 37 (par exemple, sur le droit des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché, autres que le requérant, à participer à la procédure de recours (voir l'article 39); sur la production des preuves; sur le déroulement de la procédure de recours; et sur les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra imposer à l'entité adjudicatrice (voir les paragraphes 2 et 3 du présent commentaire).

6. La procédure de recours prévue à l'article 37 doit permettre un examen rapide de la réclamation. Si la réclamation ne peut pas être traitée rapidement, la procédure ne devra pas retarder indûment l'ouverture de la procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. A cette fin, le paragraphe 4 dispose que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle doit rendre une décision dans un délai de [20] jours après la présentation de la réclamation. Si aucune décision n'a été prise dans ce délai, le paragraphe 5 autorise l'introduction d'un recours administratif hiérarchique ou d'un recours judiciaire immédiatement après. [Note à l'intention du Groupe de travail : le délai est placé entre crochets dans le texte du paragraphe 4 et dans la phrase qui précède car le Groupe de travail devra se pencher sur la question du délai à accorder.]

7. Certaines dispositions complémentaires applicables à la procédure de recours prévue à l'article 37 sont énoncées à l'article 39.

Article 38. Recours administratif

1. Toute personne peut soumettre sa réclamation par écrit à [insérer le nom de l'instance administrative] :

[a) si cette réclamation ne peut pas être soumise ou examinée en application de l'article 37 en raison de l'entrée en vigueur du marché;]

b) en application du paragraphe 5 de l'article 37; ou

c) si cette personne s'estime lésée par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle prise en application de l'article 37.

2. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut opter pour une ou plusieurs des sanctions suivantes :

a) dire les règles ou principes juridiques régissant l'espèce;

b) interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé de manière illégale ou qui est arrivée à une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice;

e) réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision;

f) annuler le marché, s'il est entré en vigueur;

g) exiger le versement d'un dédommagement [pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché] [pour le préjudice subi par le requérant] résultant d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;

h) ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

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

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

* * *

Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 220, 222, 223 et 226; A/CN.9/315, par. 115, 116 et 119 à 121; A/CN.9/331, par. 10, 153 et 204.]

1. Cet article institue le recours administratif hiérarchique. Les Etats où le recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures de l'administration n'est pas prévu par le système juridique pourront omettre cet article et ne conserver que le recours judiciaire (art. 40).

2. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois le recours administratif hiérarchique et le recours judiciaire, la procédure de recours judiciaire peut être engagée alors même que la procédure de recours administratif est en cours, ou vice versa, et des dispositions prévoient dans quelle mesure la procédure de recours judiciaire peut supplanter la procédure de recours administratif. Si le système juridique de l'Etat adoptant la loi type qui prévoit ces deux procédures de recours, ne contient aucune disposition de ce type, l'Etat en question souhaitera peut-être en introduire, par exemple dans la réglementation des marchés.

3. L'Etat appliquant la loi type qui souhaite prévoir un recours administratif hiérarchique, mais qui ne dispose pas déjà d'un mécanisme approprié en matière de marchés devra attribuer cette fonction à une instance administrative compétente. Cette fonction pourra être confiée à une instance existante ou à une nouvelle instance créée à cette fin. Cette instance pourrait, par exemple, être celle qui contrôle et supervise les marchés publics (une commission centrale des marchés, par exemple; voir l'article 6 et le commentaire l'accompagnant); ou une instance appropriée dont la compétence ne serait pas restreinte aux marchés publics (par exemple l'instance qui exerce un contrôle financier sur les opérations de l'Etat et de l'administration et qui les supervise) (la compétence de cette instance ne serait pas limitée au contrôle financier et à la supervision), ou une instance administrative spéciale dont la compétence consisterait exclusivement à régler les litiges nés de la passation des marchés, tel qu'un "comité de règlement des litiges", ou un tribunal arbitral. Il faut que l'instance exerçant cette fonction de recours soit indépendante de l'entité adjudicatrice. En outre, si cette instance est celle qui, dans le cadre de la loi type telle que l'applique l'Etat, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cette instance qui est saisie des recours soit indépendante de la section qui exerce la fonction d'approbation.

[Note à l'intention du Groupe de travail : l'alinéa a) du paragraphe 1, placé entre crochets, devra être retenu si le Groupe de travail décidait, dans le cadre de l'article 37, que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'aura pas compétence pour les réclamations soumises en vertu de cet article après l'entrée en vigueur du marché (voir la note à l'intention du Groupe de travail précédant le paragraphe 1 du commentaire de l'article 37). Dans tous les autres cas, cet alinéa devra être écarté.]

4. Les personnes habilitées à engager la procédure prévue à l'alinéa 1 c) ne sont pas exclusivement les personnes qui ont participé aux procédures engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 39-2), mais aussi toute autre personne se disant lésée par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle.

5. En ce qui concerne le paragraphe 2, les moyens par lesquels le requérant fait valoir son droit à réparation dépendent des règles de droit de fond et de forme applicables à la procédure de recours.

6. Les systèmes juridiques nationaux divergent en ce qui concerne la nature des sanctions que peuvent prendre les instances qui connaissent des recours administratifs hiérarchiques. Lorsqu'ils adoptent la loi type sur la passation des marchés, les Etats peuvent y faire figurer toutes les sanctions énumérées au paragraphe 2, ou seulement celles qu'une instance administrative serait normalement habilitée à prendre dans leur système juridique. Si dans un système juridique particulier, une instance administrative peut prendre certaines mesures qui ne sont pas énoncées au paragraphe 2, ces mesures pourront être ajoutées au paragraphe. Ce paragraphe devra énumérer toutes les sanctions que peut prendre cette instance administrative. [Note à l'intention du Groupe de travail : l'approche retenue pour l'article 38, où sont énoncées les sanctions que l'instance administrative hiérarchique peut prendre, diffère de l'approche plus souple choisie pour les mesures correctives que peut prescrire le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (art. 37-4 b)). Selon le principe sur lequel repose l'approche retenue à l'article 37-4 b), le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle doit être habilité à prendre toutes les mesures qui s'imposent pour pouvoir corriger une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les autorités administratives hiérarchiques compétentes sont, dans certains systèmes juridiques, assujetties à des règles plus formalistes et restrictives en ce qui concerne les sanctions qu'elles peuvent prononcer, et l'approche retenue à l'article 38-2) a pour objet d'éviter tout empiètement sur ces dispositions.]

7. Le paragraphe 3 du commentaire de l'article 37, concernant le dédommagement du requérant, s'applique aussi à l'alinéa 2 g) de l'article 38. [Note à l'intention du Groupe de travail : la note à l'intention du Groupe de travail qui suit le paragraphe 3 du commentaire de l'article 37 s'applique aussi à l'alinéa 2 g) de l'article 38.]

8. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché conformément à l'alinéa 2 h), l'entité adjudicatrice peut engager une nouvelle procédure. Les dispositions de l'article 7 s'appliquent en l'espèce.

9. S'il n'existe pas de dispositions détaillées concernant la procédure de recours administratif hiérarchique dans un Etat adoptant la loi type, cet Etat peut incorporer ces dispositions à la réglementation des marchés. On peut ainsi prévoir des dispositions sur les délais dans lesquels doit être introduit le recours administratif hiérarchique; sur le droit des entrepreneurs et fournisseurs, autres que le requérant, à participer à cette procédure (voir l'article 39-2)); sur la charge de la preuve, sur la production des preuves et sur le déroulement de la procédure de recours.

10. Certaines règles complémentaires applicables à la procédure de recours visée à l'article 38 sont énoncées à l'article 39.

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

1. Promptement après la soumission d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38], le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], le cas échéant,] avise tous les entrepreneurs

et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la soumission de la réclamation et de sa substance.

2. [[Variante A] Lorsqu'une réclamation est soumise en application de l'article 37 [ou de l'article 38], après qu'une offre a été acceptée ou qu'un marché est entré en vigueur, par une personne autre que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui est partie au marché, ledit entrepreneur ou fournisseur est habilité à participer à la procédure de recours dans la même mesure que l'entité adjudicatrice.]

[[Variante B] Chacun de ces entrepreneurs ou fournisseurs affirmant que ses intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours peut demander à participer à ladite procédure. Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], le cas échéant,] décide si l'entrepreneur ou le fournisseur peut ou non participer à la procédure et, dans l'affirmative, détermine les conditions de cette participation.]

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

* * *

Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : cet article ne s'applique qu'aux procédures de recours dont est saisi le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ou une instance administrative hiérarchique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux Etats des règles régissant les questions traitées dans cet article. Ces règles varient d'un Etat à l'autre et il sera sans doute impossible ou peu opportun que soit énoncée dans la loi type sur la passation des marchés une règle uniforme, qui risquerait d'entrer en conflit avec lesdites règles.]

1. Les références entre crochets, dans le titre et dans le texte de cet article, à l'article 38 et à l'instance administrative devront être omises par l'Etat adoptant la loi type qui ne prévoit pas de procédure de recours par une instance administrative hiérarchique.

2. Les paragraphes 1 et 2 disposent qu'il faut aviser les entrepreneurs et fournisseurs qu'une réclamation a été soumise concernant la procédure de passation des marchés à laquelle ils ont pris part ou à laquelle ils prennent part et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils peuvent par exemple intervenir dans la procédure de recours en application du paragraphe 2; d'autres mesures encore peuvent être prévues par les règles juridiques applicables. [Note à l'intention du Groupe de travail : la phrase suivante pourra être incluse si la variante A du paragraphe 2 est adoptée : Alors que le paragraphe 2 est limité au droit d'intervention de l'entrepreneur

ou fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui est devenu partie à un marché, la réglementation des marchés ou toute autre règle du droit national pourront permettre une intervention des autres entrepreneurs et fournisseurs ayant participé à la procédure de passation du marché et pourront prévoir une intervention même avant qu'une offre n'ait été acceptée ou qu'un marché ne soit entré en vigueur (voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 37 et le paragraphe 10 du commentaire de l'article 38).]

[Note à l'intention du Groupe de travail : la variante A a pour objet de veiller à ce que le droit de participer à la procédure de recours soit donné au moins à l'entrepreneur ou fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui a conclu un marché. En vertu de la variante B, tout entrepreneur ou fournisseur participant à la procédure de passation du marché, qui affirme que ses intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours, pourrait demander à intervenir, mais la décision en la matière incomberait à l'instance saisie de la procédure de recours. Une distinction est faite dans la variante A entre le moment de l'acceptation d'une offre (en cas de procédure d'appel d'offres) et le moment de l'entrée en vigueur du marché (lorsque d'autres modes de passation de marchés sont utilisés), parce que, en vertu du projet d'article 32, lorsque l'entrée en vigueur du marché suppose la signature d'un contrat écrit, il peut s'écouler un délai entre le moment où l'offre a été acceptée et l'entrée en vigueur du marché.]

3. Au paragraphe 3, les mots "toute autre personne ayant participé à la procédure de recours" désignent les entrepreneurs et fournisseurs ayant participé en application du paragraphe 2 et toute autre personne autorisée à participer à la procédure de recours en vertu des règles juridiques et pratiques applicables à ladite procédure.

* * *

Article 40. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour toute action intentée par une personne visée à l'article 36 contre un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou une procédure appliquée par elle. Une telle action peut être intentée par ladite personne :

[a) en lieu et place de la soumission d'une réclamation en application de l'article 38;]

[b) si sa réclamation ne peut être soumise ou acceptée en application de l'article 37 du fait de l'entrée en vigueur du marché;]

[c) en application du paragraphe 5 de l'article 37;] ou

d) si elle affirme être lésée [par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37] [ou] [par une décision du [insérer le nom de l'instance administrative] en application de l'article 38].

* * *

Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 221 et 226; A/CN.9/315, par. 115, 116 et 119 à 121; A/CN.9/331, par. 153 et 204.]

1. Cet article porte sur les procédures de recours judiciaire. Il donne compétence au tribunal ou aux tribunaux qui y sont désignés et spécifie dans quelles circonstances une action peut être intentée. Les questions de procédure et autres de recours judiciaire, y compris les sanctions qui peuvent être prises, sont régies par la loi applicable à la procédure. [Note à l'intention du Groupe de travail : on a adopté cette approche minimaliste afin d'éviter d'empiéter sur les lois et procédures nationales relatives aux recours judiciaires.]

2. L'alinéa a), qui figure entre crochets, devra être omis par les Etats ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique ou exigeant qu'une personne ait épuisé son droit à un tel recours en application de l'article 38 avant de former un recours judiciaire. Il sera conservé par les Etats prévoyant un recours administratif hiérarchique, mais n'imposant pas cette condition.

[3. L'alinéa b), qui figure entre crochets, sera omis par les Etats exigeant que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire. Il sera conservé par les Etats n'imposant pas cette condition ou ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique.] [Note à l'intention du Groupe de travail : l'alinéa b) et le commentaire qui précède devront être inclus si le Groupe de travail décide, à propos de l'article 37, que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne sera pas compétent pour connaître d'une réclamation en application de cet article après que le marché sera entré en vigueur (voir la note du Groupe de travail précédant le paragraphe 1 du commentaire de l'article 37). Dans le cas contraire, ils devront être omis.]

4. L'alinéa c), qui figure entre crochets, sera omis par les Etats exigeant que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, mais sera retenu par les Etats n'imposant pas cette condition ou ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique.

5. Tout Etat adoptant la loi type devra prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références figurant entre crochets à l'alinéa d). Si l'Etat ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique, il ne pourra faire référence qu'à une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37. S'il prévoit un tel recours ou un recours judiciaire et n'exige pas que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, il faudra faire référence à une décision de responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37 "ou" à une décision de l'instance administrative en application de l'article 38. Si un Etat prévoit ces deux formes de recours mais exige que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, il ne faudra faire référence qu'à une décision de l'instance administrative en application de l'article 38.

6. La loi applicable à la procédure judiciaire régira la question de savoir si, en cas d'action intentée en application de l'alinéa d), le tribunal devra réexaminer entièrement l'aspect de la procédure de passation du marché sur lequel porte la réclamation ou s'il ne devra qu'examiner la légalité ou le bien-fondé de la décision prise dans la procédure de recours en application des articles 37 et 38.

* * *

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

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

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

* * *

Commentaire

1. L'objet de cet article est de préserver les droits de la personne introduisant une procédure de recours en attendant l'achèvement de cette procédure. [Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 224 et 225; A/CN.9/315, par. 117 et 118. Deux variantes sont présentées à l'examen du Groupe de travail. La variante A prévoit une suspension automatique de la procédure de passation du marché lorsque s'ouvre la procédure de recours, à moins que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, l'instance administrative ou le tribunal ne détermine, sur la base des motifs énoncés dans la variante, que la procédure ne doit pas être suspendue. C'est cette approche qui est suivie dans la législation des marchés de certains pays, en tant qu'exception à la règle générale en matière de procédure judiciaire ou administrative, selon laquelle la charge de la preuve incombe à la partie formant un recours. La principale justification de cette approche est que la personne soumettant une réclamation ou intentant une action judiciaire peut ne pas disposer de suffisamment de temps pour demander et obtenir des mesures provisoires. En particulier, cette personne a en général intérêt à éviter l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, si elle doit faire valoir son droit à des mesures provisoires, elle ne disposera peut-être pas d'un délai suffisant pour le faire tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son

dernier stade); voir A/CN.9/331, par. 212. La variante B tient compte du fait que la suspension de la procédure de passation du marché ou de l'exécution du marché risque de causer de graves problèmes. Selon cette variante, la procédure de passation du marché ou l'exécution de ce marché ne sont pas suspendues automatiquement; la décision en la matière incombe à l'instance compétente.

Les références dans le texte de l'article et dans le commentaire à la suspension de l'exécution du marché ont été placées entre crochets, car le Groupe de travail devra étudier s'il faudrait ou non prévoir une telle suspension. Bien que cette variante traite de la même manière de la suspension de l'exécution du marché et de la suspension de la procédure de passation du marché, il serait également possible de traiter ces deux cas différemment, par exemple en prévoyant une suspension automatique de la procédure de passation du marché, mais en disposant que l'exécution du marché ne pourra être suspendue que si l'instance compétente en décide ainsi.]

2. En appliquant les dispositions de cet article, l'instance saisie de la procédure de recours se fondera sur tout critère énoncé dans la réglementation des marchés ou dans toute autre règle de droit applicable à la procédure de recours. Ces critères peuvent être par exemple les suivants : les conséquences négatives d'une suspension de la procédure de passation du marché [ou de l'exécution du marché] sont-elles disproportionnées par rapport aux avantages qu'offre la suspension, ou est-il probable que le requérant obtienne gain de cause dans la procédure de recours ?

3. Cet article n'empiète pas sur le pouvoir, dont peut disposer l'instance saisie de la procédure de recours en vertu des règles juridiques applicables, de prendre d'autres formes de mesures provisoires. Il n'empiète pas non plus sur le pouvoir de demander au requérant de fournir une caution afin de couvrir le préjudice que pourrait subir l'entité adjudicatrice si la procédure de passation du marché (ou l'exécution du marché) était suspendue mais que la réclamation n'aboutissait pas.

4. Les références entre crochets à l'article 38 et à l'instance administrative figureront ou non dans le texte, selon qu'un recours administratif hiérarchique est possible ou non dans l'Etat adoptant la loi type.

* * *

Article 42. Responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale de l'entité adjudicatrice

Les résultats d'une procédure de recours introduite en application du présent chapitre n'ont aucune incidence sur la responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale que peut encourir l'entité adjudicatrice, ou tout fonctionnaire ou employé de ladite entité en application de la loi [du présent Etat].

* * *

[Note à l'intention du Groupe de travail : voir A/CN.9/331, par. 151.]

ANNEXE II

PROJET DE RECOMMANDATION QUE LA COMMISSION POURRA ADOPTER EN MEME TEMPS
QUE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES

[Note à l'intention du Groupe de travail : la recommandation ci-après pourra être incluse dans la décision par laquelle la Commission adoptera la loi type sur la passation des marchés, ou elle pourra être adoptée en tant que décision distincte, avec un préambule supplémentaire approprié. La recommandation est fondée sur les articles 1 et 2 de la Directive de la CEE sur les procédures de recours. Certaines dispositions de la Directive qui sont peut-être nécessaires ou appropriées en raison de son caractère impératif ont été omises ou ont été modifiées lorsque l'on a considéré que de telles dispositions étaient superflues ou inappropriées dans une recommandation. D'autres modifications ont été apportées compte tenu de la terminologie ou des notions utilisées dans la loi type sur la passation des marchés.]

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

...

Convaincue qu'il est essentiel de disposer de moyens efficaces de vérifier la légalité des actes et décisions des entités adjudicatrices et des procédures appliquées par elles dans le contexte des marchés régis par la loi type sur la passation des marchés, afin d'éviter toute mauvaise application de la loi type ou de la réglementation des marchés adoptée conformément à ladite loi type, d'assurer le bon fonctionnement des régimes nationaux de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ces régimes,

Recommande aux Etats :

1. De prendre les mesures requises pour veiller à ce que, pour ce qui est des marchés entrant dans le champ d'application de la loi type sur la passation des marchés, la légalité des actes et décisions des entités adjudicatrices et des procédures appliquées par elles puisse être vérifiée efficacement;
2. De veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre étrangers et nationaux pour ce qui est du droit à introduire un recours ou de tout autre aspect de la procédure de recours;
3. De veiller à ce qu'une procédure de recours puisse être introduite au moins par toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché particulier et qui est lésée ou risque d'être lésée du fait d'un acte ou d'une décision illégaux de l'entité adjudicatrice dans le contexte de la passation du marché, ou d'une procédure illégale appliquée par ladite entité;
4. De veiller à ce que la procédure de recours visée dans les paragraphes précédents prévoie les pouvoirs permettant :
 - a) De prendre, dans les délais les plus brefs, des mesures provisoires visant à prévenir tout nouveau préjudice à la personne intéressée, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché, l'application de toute décision prise par l'entité adjudicatrice ou l'exécution du marché;

b) D'annuler, ou de faire annuler les décisions prises illégalement;

c) D'accorder un dédommagement aux personnes lésées par un acte, une décision ou une procédure illégaux;

5. De veiller à ce que les décisions prises par les instances responsables de la procédure de recours puissent être effectivement appliquées;

6. De veiller à ce que les décisions prises dans le cadre de procédures de recours soumises à des instances non judiciaires soient toujours motivées par écrit;

7. De veiller à ce que, même lorsqu'il est possible d'introduire une procédure de recours non judiciaire, il soit également possible d'introduire une procédure de recours judiciaire;

8. De veiller à ce que, sauf en cas de procédure de recours introduite en première instance devant l'entité adjudicatrice, les instances responsables de la procédure de recours soient indépendantes de l'entité adjudicatrice.

