



## 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 la suite de la proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre VIII (Procédures de contestation) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



# 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

...

### CHAPITRE VIII. PROCÉDURES DE CONTESTATION

#### B. Dispositions relatives aux contestations et aux appels

##### Article 64. Droit de contestation et d'appel

1. L'article 64 établit le droit fondamental de contester un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice dans la passation de marché en cause, ainsi que le droit de faire appel d'une décision rendue dans une procédure de contestation. Il vise à satisfaire aux dispositions de la Convention contre la corruption, qui exige elle-même un tel système à deux niveaux [\*\*hyperlien\*\*].

2. Le paragraphe 1 reconnaît le droit de contestation au fournisseur ou à l'entrepreneur qui déclare avoir subi une perte ou un dommage en raison d'une violation de la loi sur la passation des marchés. Il reconnaît ce droit aux seuls fournisseurs et entrepreneurs (y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, comme l'explique le commentaire de l'article 2 [\*\*hyperlien\*\*], notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés) mais non au public en général. Les sous-traitants sont également exclus du champ d'application du droit de contestation prévu dans la Loi type. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou les actes que l'entité adjudicatrice a pris dans une procédure de passation donnée et à éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé par des contestations fondées sur des questions de principe ou des questions théoriques ou encore des violations mineures. Elles visent également à montrer que le mécanisme de contestation n'est pas le seul mécanisme de contrôle possible.

3. L'article 64 ne traite pas de la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur à contester une décision ou un acte ni des conditions que le droit interne lui impose pour ce faire ou pour obtenir réparation. Ces questions et d'autres, comme celle de savoir si des organismes publics auraient le droit de former une contestation, doivent être résolues conformément aux règles juridiques applicables de l'État adoptant.

4. Le paragraphe 2 permet de saisir l'entité adjudicatrice ou l'instance indépendante conformément aux articles 66 et 67 [\*\*hyperliens\*\*], respectivement, ou encore le tribunal. L'État adoptant est prié d'insérer le nom de cette instance et du ou des tribunaux lorsqu'il transposera cette disposition dans son droit interne. Les règlements ou règles et les directives connexes destinées aux entités adjudicatrices devraient traiter de la nature de l'instance indépendante en s'inspirant éventuellement des questions examinées aux paragraphes \*\* du commentaire dans l'introduction au présent chapitre. Une contestation devant le tribunal – on parle généralement dans ce cas de recours judiciaire – sera formée conformément aux

règles de compétence et aux procédures applicables, compte tenu du fait que ces procédures relèvent du droit administratif général dans l'État concerné. Les directives en question devraient aussi dûment mentionner le lieu où se déroulent ces procédures. Comme l'indiquent les paragraphes \*\* du commentaire dans l'introduction au présent Chapitre, les États adoptants sont encouragés à faire en sorte que tous les pouvoirs conférés à l'instance indépendante par l'article 67 (pouvoirs qui sont examinés dans le commentaire de cet article [\*\*hyperliens\*\*]) puissent être exercés par les tribunaux compétents pour connaître des demandes relatives à des passations de marchés.

5. Le paragraphe 3 autorise les appels contre les décisions rendues dans une procédure de contestation visée aux articles 66 et 67 [\*\*hyperliens\*\*]. Toutefois, ces appels ne sont possibles que devant le tribunal et suivant les procédures qui lui sont applicables. La disposition figure entre crochets car il est possible qu'elle ne soit pas nécessaire si d'autres règles de droit prévoient déjà l'existence d'un tel mécanisme de recours. Les États adoptants souhaiteront peut-être mentionner expressément l'autorité compétente s'ils transposent cette disposition dans leur législation interne et fournir des directives complémentaires pour que tous les participants à une passation aient pleinement connaissance du mécanisme. Si ce dernier est déjà prévu dans d'autres règles de droit, l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout organisme similaire devrait veiller à ce que les directives concernant ce mécanisme soient à la disposition des utilisateurs du système de passation.

6. L'État adoptant peut, s'il le souhaite, ajouter dans la loi ou les règlements des dispositions régissant les étapes successives de l'exercice des voies de recours et permettre à une instance indépendante ou à un tribunal d'être saisi en appel d'une décision rendue dans une procédure de contestation; la demande de réexamen peut être suivie d'une demande en révision ou d'un recours judiciaire, conformément à la législation interne incorporant la Loi type<sup>1</sup>.

7. Comme le note le commentaire dans l'introduction au présent chapitre [\*\*hyperlien\*\*], les États adoptants devraient s'assurer que les dispositions de l'article 64 sont conformes à leur structure juridique et administrative et compléter ce cadre avec des directives détaillées sur leur fonctionnement.

#### **Article 65. Effet d'une contestation**

8. L'article 65 interdit l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel est pendant. Il est donc impossible d'anéantir la procédure de contestation ou d'appel en présentant l'attribution comme un fait accompli. La disposition est libellée en termes généraux ("ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur") pour ne pas donner à entendre qu'elle vise uniquement la signature du marché ou l'expédition de l'avis d'acceptation prévue à l'article 22 [\*\*hyperlien\*\*].

9. Il est donc interdit à l'entité adjudicatrice de prendre des mesures qui entraîneraient l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre) lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen ou lorsqu'une contestation ou un appel lui est notifié par l'instance indépendante ou le tribunal. Cette interdiction, qui prend effet

<sup>1</sup> Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ce paragraphe, inséré conformément aux instructions de la Commission, reflète bien les dispositions de l'article 64.

lorsque la notification est reçue dans les délais prescrits, se maintient pendant une brève période après qu'une décision sur la contestation ou l'appel a été prise et communiquée aux participants, comme le prévoit le paragraphe 2, pour permettre à toute partie non satisfaite d'interjeter appel devant une instance de degré supérieur. Les États adoptants devront déterminer cette durée selon la situation locale – la Loi type ne prescrit ni minimum ni maximum. Ils voudront faire en sorte que cette durée soit aussi brève que le permet leur système pour éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout organisme similaire veillera à ce que cette période et d'autres qui sont fixées par rapport à la date limite de présentation des soumissions et au délai d'attente mentionné à l'article 22 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) soient clairement connues et comprises.

10. Les "participants à la procédure de contestation" mentionnés au paragraphe 2 désignent uniquement l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont engagé la procédure (et, le cas échéant, une autorité de tutelle) comme l'explique plus en détail le commentaire de l'article 68 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Il s'agit généralement d'un groupe plus restreint que celui des participants à la passation mais il est possible que la notification visée au paragraphe 2 incite d'autres fournisseurs ou entrepreneurs à se joindre à la procédure, comme les y autorise l'article 68 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), ou à engager leur propre procédure de contestation, s'ils affirment avoir subi une perte ou un dommage du fait des mêmes circonstances. Ils pourraient alors demander notamment la levée d'une suspension qui a été appliquée, ou d'autres mesures qui peuvent être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables. La Loi type prévoit la possibilité d'élargir la participation à la procédure de contestation car il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient formées et que les informations soient portées à son attention dès que possible. L'État adoptant devrait prévoir des règles et des procédures pour favoriser cette approche de sorte que la procédure puisse se poursuivre avec la rapidité voulue et que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent effectivement participer; il voudra peut-être aussi établir une nomenclature appropriée pour désigner plus précisément les divers participants.

11. L'interdiction n'est pas absolue: des considérations urgentes d'intérêt général peuvent amener à conclure qu'il serait préférable d'autoriser la poursuite de la procédure de passation et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, bien qu'une contestation soit pendante. Une instance indépendante pourra par conséquent ordonner la poursuite de la procédure et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Le paragraphe 3 b) donne la possibilité aux États adoptants d'autoriser une instance indépendante à trancher la question sans que l'entité adjudicatrice n'en ait fait la demande. Cette option peut convenir dans les systèmes qui fonctionnent selon le modèle inquisitoire, plutôt que sur le modèle accusatoire, mais conviendra peut-être moins dans d'autres États. En élaborant les règles de procédure et les directives de fonctionnement de l'instance indépendante, les États voudront aussi veiller à établir des règles et procédures claires sur les éléments et preuves qu'une entité adjudicatrice devrait produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général lorsqu'elle demande de poursuivre la procédure et sur la manière dont cette demande doit être introduite (notamment sur la question de savoir si ce type de demande doit être introduit par l'entité adjudicatrice *ex parte* ou *inter partes*).

12. Il faudrait trouver un équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges en matière de passation et de disposer d'un mécanisme de contestation

efficace, et celle de prendre en compte les considérations urgentes d'intérêt général. Cet équilibre est très important dans les États adoptants dont les tribunaux ne sont pas habilités à ordonner des mesures provisoires ni à conduire des procédures simplifiées. Le paragraphe 3 b) est libellé de sorte que toute décision tendant à autoriser la conclusion du marché ou de l'accord-cadre dans de telles circonstances puisse être elle-même contestée (en application des droits généraux conférés à l'article 64 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#)). De son côté, l'entité adjudicatrice devrait aussi pouvoir demander au tribunal compétent l'autorisation de conclure le marché ou l'accord-cadre en raison de considérations urgentes d'intérêt général lorsque l'instance indépendante a interdit l'entrée en vigueur d'un tel marché ou accord-cadre.

13. À cet égard, le paragraphe 3 b) pose une exigence importante, en prévoyant que la décision de l'instance indépendante est promptement notifiée à tous les participants concernés, y compris l'entité adjudicatrice. Il exige la communication de la décision et des motifs sur lesquels elle se fonde, ce qui est essentiel pour permettre toute action ultérieure (telle qu'un appel de la décision en question). De par la nature de la demande visée au paragraphe 3, il peut s'avérer nécessaire de protéger des informations confidentielles, dont la divulgation au public sera limitée par l'article [68], ce qui n'exempte toutefois pas l'instance indépendante de l'obligation de communiquer sa décision, dûment motivée, à tous les intéressés (tels qu'énumérés dans la disposition). Toute information confidentielle devra être exclue dans la mesure et de la manière prévues par la loi.

#### **Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice**

14. L'article 66 prévoit qu'un fournisseur ou entrepreneur souhaitant contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice peut, en premier lieu, demander à celle-ci de réexaminer la décision ou l'acte en question. Cette demande est optionnelle, car son efficacité variera tant en fonction de la nature de la contestation que de la volonté de l'entité adjudicatrice de revoir les mesures qu'elle a prises dans le processus de passation. La procédure visée dans cet article doit être distinguée de la procédure de retour d'information décrite dans la Section **\*\*** du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Les États adoptants estimeront peut-être qu'il est souhaitable de favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l'utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article, ce qui pourrait en outre renforcer l'efficacité et améliorer la relation à long terme entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

15. La demande de réexamen n'en est pas moins une procédure formelle, si bien qu'il importe d'en délimiter clairement l'objet et les motifs dès le début (ceci pour en permettre un examen efficace et éviter que d'autres griefs ne soient soulevés pendant la procédure). La demande doit par conséquent être écrite. La Loi type n'énonce pas de règles concernant les preuves à produire: le demandeur souhaitera présenter ses meilleurs arguments pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie, mais la manière de procéder variera d'un cas à l'autre. Comme il est noté plus haut, des règlements et règles de procédure devraient traiter de la collecte de preuves si nécessaire. Une approche générale qui consisterait à permettre la production des preuves après l'introduction de la demande ira peut-être à l'encontre du but recherché, qui est d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle agisse rapidement à compter de sa saisine (comme le prévoit le paragraphe 3). C'est

pourquoi ces règles et règlements devraient encourager les demandeurs à produire rapidement toutes les preuves disponibles.

16. Les deux délais prévus au paragraphe 2 visent, de manière générale, à assurer que les demandes soient déposées promptement pour ne pas retarder et perturber inutilement la passation et éviter d'avoir à anéantir des actes ou des décisions à une étape ultérieure. Cet article envisage essentiellement deux types de contestations: premièrement, celles concernant les conditions de sollicitation, ainsi que la préqualification ou la présélection, qui doivent être formées avant la date limite de présentation des soumissions pour les raisons mentionnées ci-dessus. Dans le présent contexte, l'expression "conditions de sollicitation" englobe toutes les questions découlant de la passation avant la date limite de présentation des soumissions (et celles découlant de la préqualification ou de la présélection, qui sont mentionnées séparément dans l'alinéa), telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché prévue à l'article 8. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif visé à l'article 15 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). La formule "avant la date limite de présentation des soumissions" se veut générale pour permettre aux États adoptants de définir dans les règlements applicables un délai de saisine précis et court avant cette date limite (il sera peut-être nécessaire de prévoir différents délais selon les méthodes de passation: pour des enchères électroniques inversées, il devrait normalement être plus court que pour des méthodes impliquant un dialogue ou des négociations). Cette approche vise à empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) ne soient présentées juste avant la date limite de présentation des soumissions. Les États adoptants peuvent également fixer des délais qui courraient à partir de la connaissance de tel ou tel fait pour les procédures de passation très longues (dans le cadre de l'obligation générale de former une contestation avant la date limite de présentation des soumissions) afin que les contestations concernant les conditions de sollicitation soient présentées dès que possible.

17. Le deuxième type de contestation sera probablement lié d'une manière ou d'une autre à l'attribution ou à la proposition d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre). Le principal objectif ici est que la contestation soit traitée avant que l'exécution du marché (ou le fonctionnement de l'accord-cadre) ne vienne compliquer davantage les choses. En général, les contestations découlent de l'examen et de l'évaluation des soumissions, étape du processus de passation qui peut aussi comprendre l'évaluation des qualifications des fournisseurs (mais non une préqualification). Elles doivent être présentées avant la fin du délai d'attente, s'il s'applique, ou avant l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre), selon le cas. Dans le texte, il est fait référence à l'entrée en vigueur du marché, plutôt qu'à l'expédition de l'avis d'acceptation, pour tenir compte des situations dans lesquelles la signature d'un contrat écrit ou l'approbation d'une autre autorité sont exigées pour qu'un marché entre en vigueur (possibilités envisagées à l'article 22 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) et dans les articles de la Loi type qui décrivent la teneur du dossier de sollicitation).

18. Les dispositions ne mentionnent pas la compétence de l'entité adjudicatrice pour examiner une contestation de la décision d'abandonner la passation. Si une

telle décision ne diffère pas, en principe, des autres décisions prises dans le processus de passation, la Loi type part du principe qu'il vaudrait mieux soumettre ce type de litige, de par sa nature, à un organe indépendant (soit à l'instance indépendante même, si elle a compétence pour examiner les contestations liées à l'abandon d'une passation soit, si l'État adoptant le juge bon, aux seuls tribunaux; on se reportera au commentaire de l'article 67-6 b) ii) [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) qui expose les considérations qui aideront l'État adoptant à décider de conférer ou non une telle compétence à l'instance indépendante).

19. Si une demande est présentée hors délai, l'entité adjudicatrice n'est pas compétente et devrait la rejeter conformément au paragraphe 3 a) de l'article. Lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et que l'approbation d'une autre autorité est exigée pour qu'un marché entre en vigueur, une contestation introduite après ce délai, mais avant l'approbation, est tardive.

20. Le jeu combiné des articles 66 et 65 [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#) veut qu'une fois la demande de réexamen présentée, aucun marché ne puisse être attribué (ni aucun accord-cadre conclu), à moins que l'entité adjudicatrice ne demande une exception en raison de considérations urgentes d'intérêt général et que sa demande ne soit acceptée par l'instance indépendante conformément à l'article 65-3 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) ou par le tribunal.

21. Le paragraphe 3 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne plusieurs mesures. Premièrement, dès qu'elle est saisie d'une demande, elle doit publier un avis la concernant. Le texte ne fixe aucun délai pour cette publication. Le temps nécessaire dépendra de la manière dont l'avis sera publié et de la disponibilité du support qui sera utilisé à cette fin. Dans l'environnement électronique, par exemple, le lieu de publication le plus approprié sera le site Web où a été publié l'avis initial concernant la passation. Le but est que tous les participants au processus de passation (dont l'entité adjudicatrice peut connaître ou non les coordonnées) soient informés de la présentation de la demande.

22. L'entité adjudicatrice non seulement doit publier un avis concernant la demande, mais est également tenue, dans les trois jours ouvrables à compter de sa saisine, de notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation qui lui sont connus (c'est-à-dire dont les coordonnées lui ont été communiquées). En notifiant l'essentiel du contenu de la demande, l'entité adjudicatrice évite d'avoir à divulguer des informations qui peuvent être confidentielles et à examiner l'intégralité de la demande pour en supprimer les informations confidentielles.

23. Les dispositions relatives à la publication et à la notification visent à informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une demande a été présentée à propos de la passation à laquelle ils ont participé ou participent, et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article 68 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), comme le note le paragraphe \*\* du commentaire sur l'article 64 ci-dessus [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) et le commentaire de l'article 68 même [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#).

24. Dans le même délai (soit trois jours ouvrables à compter de sa saisine), l'entité adjudicatrice doit prendre d'autres mesures, à savoir procéder à l'examen initial de la demande. Elle doit d'abord décider si elle examinera la demande plus avant. Le paragraphe 3 a) mentionne les types de situation où elle peut décider de ne pas le

faire. Elle se posera notamment la question de savoir si la demande a été présentée dans les délais fixés; si le demandeur a ou non qualité pour agir (comme il est noté au paragraphe \*\* du commentaire relatif à l'article 64 ci-avant [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)), les sous-traitants et les membres du public, contrairement aux fournisseurs potentiels, n'ont pas qualité pour agir); si la demande repose sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la loi et des règlements applicables; ou si elle est infondée ou abusive. Ces questions peuvent être particulièrement importantes dans les systèmes où les mécanismes de contestation sont récents et où les fournisseurs ne connaissent peut-être pas encore bien l'étendue de leurs droits de contestation. Il est important que l'entité puisse rejeter rapidement une demande, afin de perturber le moins possible le processus de passation et de réduire au maximum les coûts pour toutes les personnes concernées.

25. La décision de rejet peut être contestée en vertu de l'article 64 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) car, comme il est noté au paragraphe 3 a) de l'article, ce rejet vaut décision concernant la demande. Cette disposition permet également de mettre fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai indiqué à l'article 65 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#), à moins que la décision de rejet ne fasse à son tour l'objet d'une contestation ou d'un appel. Pour permettre l'introduction en temps voulu d'une nouvelle contestation ou d'un appel, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice notifie au demandeur sa décision de rejet et les raisons de cette dernière dans les trois jours à compter de sa saisine.

26. Si l'entité adjudicatrice décide d'examiner plus avant la demande, elle doit déterminer s'il faut suspendre la passation de marché et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Bien que l'article 65 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) interdise l'entrée en vigueur d'un marché jusqu'à ce qu'une décision relative à la demande ait été prise, il peut aussi être nécessaire de suspendre la passation: la suspension de la passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction énoncée à l'article 65 car elle bloque toute action dans le cadre de la passation. Cette suspension vise à préserver les intérêts du demandeur dans l'attente de l'issue du litige. L'approche suivie en ce qui concerne la suspension, qui consiste à autoriser l'entité adjudicatrice à trancher en la matière, vise à trouver un équilibre entre le droit du fournisseur ou de l'entrepreneur de voir sa contestation examinée et la nécessité pour l'entité de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que le processus de passation du marché ne soit indûment perturbé et retardé. On se reportera à la section \*\* du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) pour plus de détails sur les questions de politique générale que posent les décisions de suspension et les directives que devrait donner l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou un organisme similaire.

27. L'entité adjudicatrice prend sa décision de suspendre ou non la passation en tenant compte tant de la nature de la contestation que du moment où elle est présentée ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Il incombera au fournisseur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu. On trouvera aux paragraphes \*\* du commentaire dans l'introduction au présent chapitre [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) des exemples qui permettront de déterminer plus facilement la nécessité ou non d'une suspension, exemples qui devraient figurer dans les directives que l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou un

organisme semblable devrait formuler pour aider les entités adjudicatrices sur ce point.

28. L'entité adjudicatrice dispose d'un délai de trois jours ouvrables pour décider si la passation doit être suspendue, et pendant combien de temps, et pour notifier sa décision au demandeur et à tous les participants au processus de passation, ce qui l'oblige ainsi à se prononcer rapidement sur l'application ou non d'une telle suspension. En cas de suspension, elle n'a pas besoin de motiver sa décision, car ce n'est pas le genre de décisions qu'un demandeur voudra contester. Le paragraphe 3 c) ii) exige, en cas de non-suspension de la procédure, que l'entité adjudicatrice indique au demandeur les raisons de sa décision, et deuxièmement, elle doit verser au procès-verbal toutes les décisions prises en relation avec la suspension et les raisons qui les motivent. Ces garanties contre toute décision abusive de non-suspension, qui reposent sur des mesures de transparence, visent à assurer que la décision de l'entité adjudicatrice puisse elle-même être contestée et examinée de près (par exemple par l'instance indépendante prévue à l'article 67 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)), ou par les tribunaux).

29. Lorsqu'une entité adjudicatrice n'accorde pas de suspension, le demandeur peut estimer que cette décision constitue le présage d'une issue défavorable de son action auprès de l'entité et que, par conséquent, il vaudrait mieux y mettre fin et engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal (plutôt que de faire appel de la décision de non-suspension), comme l'y autorise le paragraphe 4. Une entité adjudicatrice peut estimer que cette possibilité décourage l'examen des demandes avec le sérieux requis par le système. Toutefois, l'introduction d'une demande devant une autre instance ou l'intervention d'un autre organisme de contrôle, qui s'ensuivra probablement, devrait montrer qu'une telle opinion est peu judicieuse. Le paragraphe 4 prévoit par ailleurs que, si l'entité adjudicatrice ne respecte pas l'obligation de notification dans le délai de trois jours, le demandeur peut engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal, mesure qui vise aussi à décourager toute manœuvre dilatoire de la part de l'entité. Une fois une telle procédure engagée devant l'instance indépendante ou le tribunal, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

30. Les paragraphes 5 à 7 régissent les mesures que l'entité adjudicatrice prend en ce qui concerne la demande qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Le paragraphe 5 lui confère une marge d'appréciation importante pour se prononcer sur celle-ci. Elle peut prendre les mesures correctives suivantes: rectifier la procédure de passation pour la rendre conforme à la législation relative à la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre règle applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission donnée et qu'il ressort qu'une autre soumission aurait dû être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur initialement choisi, et accepter l'autre soumission; ou abandonner la procédure de passation et engager une nouvelle procédure.

31. L'entité adjudicatrice doit rendre sa décision sur la demande qu'elle examine et la communiquer au demandeur et à tous les participants à la procédure de contestation et à la procédure de passation de marché suivant les modalités exigées par le paragraphe 6. L'État adoptant est invité à indiquer le nombre approprié de jours ouvrables dans lesquels la décision doit être rendue. Ce délai devrait concilier la nécessité d'un examen approfondi des questions soulevées et celle d'un règlement

rapide de la demande de réexamen, pour permettre la poursuite de la procédure de passation.

32. S'il n'est pas possible de trancher rapidement, un recours devant une instance indépendante ou un recours judiciaire sera peut-être préférable. C'est pourquoi, si la décision n'est pas prise en temps voulu, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision, le paragraphe 7 l'autorise à engager une procédure en révision en vertu de l'article 67 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) ou une procédure devant le tribunal, selon le cas.

33. Le paragraphe 8 prévoit des mécanismes de transparence supplémentaires. Toutes les décisions de l'entité adjudicatrice doivent être écrites, indiquer la ou les mesures prises et préciser les raisons qui les motivent, à la fois pour améliorer la compréhension et, partant, contribuer à prévenir de nouveaux litiges, et pour faciliter toute autre contestation ou tout appel ultérieur. Bien que, dans certains systèmes, le silence de l'entité adjudicatrice puisse être interprété comme un rejet de la demande, les dispositions exigent une décision écrite à titre de bonne pratique. La demande et toutes les décisions doivent également être versées au procès-verbal. Il découle de cette disposition que ces documents (sous réserve des restrictions en matière de confidentialité prévues à l'article 25 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#)) seront mis à la disposition du public conformément aux dispositions de l'article 25.

34. Si l'État adoptant prévoit que certains actes de l'entité adjudicatrice doivent être soumis à la décision d'une autorité de tutelle, comme il est noté dans la section [\\*\\*](#) du commentaire général et dans le commentaire des articles 30-5 et 49 [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#), il devra veiller à inclure dans le présent article une disposition appropriée pour permettre à l'autorité concernée de recevoir une demande de réexamen et toutes les informations relatives à la procédure de contestation en question.

#### **Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante**

35. L'article 67 régit les procédures de révision devant une instance indépendante. Le système prévu dans la Loi type part du principe que l'instance indépendante devrait se voir conférer l'ensemble des pouvoirs énoncés dans cet article, sous réserve que lui soit donnée la possibilité de prendre des mesures une fois le marché entré en vigueur, comme l'expliquent plus en détail les paragraphes [\\*\\*](#) ci-dessous. Ces pouvoirs doivent former un tout pour garantir l'efficacité du système.

36. Les États adoptants pourront omettre cet article s'ils le souhaitent et ne prévoir qu'un recours judiciaire en sus de la procédure de réexamen établie à l'article 66 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), à condition de prévoir un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit conformément aux exigences de la Convention contre la corruption [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Les États où les tribunaux assurent déjà efficacement la fonction d'instance indépendante de recours n'auront probablement guère avantage à introduire une voie de droit supplémentaire; la saisine de l'entité adjudicatrice peut néanmoins être utile pour faciliter le règlement rapide des litiges.

37. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à conférer une large compétence à l'instance indépendante. Le fournisseur peut saisir initialement cette instance d'une demande en révision. En outre, s'il n'est pas satisfait d'une décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 66 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), il a la possibilité de faire appel de cette décision devant le tribunal ou d'engager une nouvelle procédure

devant l'instance indépendante ou le tribunal; il peut prendre l'une ou l'autre mesure dans les cas où l'entité adjudicatrice ne rend pas sa décision comme l'exige l'article 66-3, 6 ou 8 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Ce paragraphe est donc une des dispositions clefs visant à donner effet à la Convention contre la corruption, qui exige un système de recours efficace, comprenant un mécanisme d'appel.

38. Le paragraphe 2 fixe les délais pour la formation des demandes en révision. Son alinéa a) traite des recours relatifs aux conditions de la sollicitation et à d'autres questions se posant avant la présentation des soumissions et prévoit le même délai que celui qui s'applique à la procédure de contestation devant l'entité adjudicatrice et sur lequel le paragraphe **\*\*** du commentaire accompagnant l'article 66 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) ci-dessus donne des précisions.

39. Le paragraphe 2 b) i) prévoit que les demandes en révision des autres décisions ou actes pris dans la procédure de passation sont présentées avant la fin du délai d'attente prescrit à l'article 22-2 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), si un tel délai a été appliqué. Le paragraphe 2 b) ii) dispose que, à défaut de délai d'attente (soit que l'autorité adjudicatrice soit autorisée par l'article 22-3 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) à ne pas l'appliquer soit qu'elle n'ait pas respecté l'obligation de l'appliquer), les demandes doivent être présentées dans un nombre déterminé de jours ouvrables à compter du moment où le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance des circonstances qui motivent sa demande. Pour éviter que ne se prolonge indéfiniment la période pendant laquelle des demandes en révision pourront être formées dans ces cas, les dispositions fixent également un délai maximum absolu – à savoir un nombre déterminé de jours après l'entrée en vigueur du marché. Il est nécessaire de fixer un tel délai définitif pour établir un équilibre entre le droit des fournisseurs de faire respecter l'intégrité du processus et la nécessité pour le marché de continuer à être exécuté sans interruption. Le délai maximum absolu peut être exprimé en semaines ou en mois, plutôt qu'en jours ouvrables, si cette solution convient mieux. Les États adoptants sont invités à déterminer ces deux délais en tenant compte de leurs propres besoins.

40. En ce qui concerne le premier délai visé au paragraphe 2 b) ii), l'AMP de l'OMC [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) prévoit un minimum de 10 jours. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de cette disposition lorsqu'ils détermineront le délai qui conviendrait pour leur législation interne<sup>2</sup>. Pour ce qui est du second délai visé dans ce paragraphe 2 b) ii), l'avis d'attribution du marché qui sera publié conformément à l'article 23 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) attirera probablement l'attention du demandeur sur les circonstances en question dans de nombreux cas. Or cette publication n'interviendra pas nécessairement toujours. Par exemple, les raisons qui motivent la non-application d'un délai d'attente peuvent aussi justifier qu'il soit fait exception à l'obligation de publier l'avis d'attribution, notamment lorsque la confidentialité est invoquée pour protéger des intérêts nationaux essentiels de l'État. Il a donc été décidé de ne pas prendre la publication de l'avis d'attribution du marché comme point de départ pour le calcul du délai maximum, car l'avis ne sera pas toujours publié, mais de se référer plutôt à l'entrée en vigueur du marché.

41. Le paragraphe 2 b) ii) ne donne pas expressément compétence à l'instance indépendante pour connaître des contestations concernant les décisions d'abandon

<sup>2</sup> Le chapitre du Guide expliquant les changements apportés par rapport au texte de 1994 précisera que ce dernier fixait en la matière un délai de 20 jours; les méthodes de communication modernes devraient rendre inutiles des délais aussi longs.

de la passation. Il s'agit là d'une possibilité que les États adoptants peuvent envisager (l'autre étant de donner compétence exclusive au tribunal). [\*\*]<sup>3</sup>

42. Le paragraphe 2 c) autorise un fournisseur à demander à l'instance indépendante d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article 22-2 [\*\*hyperlien\*\*] au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Les États adoptants devront définir le délai absolu de présentation de ces demandes tardives, lequel devrait être aligné sur le délai définitif devant être établi au paragraphe 2 b) ii). Il revient à l'instance indépendante de décider si des considérations importantes d'intérêt général se posent effectivement et justifient l'examen de ces demandes. S'agissant du type de questions qui devraient autoriser un tel examen après la fin du délai d'attente, les États adoptants noteront peut-être que la plus fréquente est la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption. L'État adoptant voudra établir des règles ou des directives sur ces points. L'élément discrétionnaire de cette disposition n'interdit pas complètement à l'instance indépendante d'examiner ce type de demande. Ces demandes peuvent également être soumises directement aux tribunaux sous réserve de respecter le délai de prescription normal dans l'État concerné. Cette disposition est importante en particulier lorsque les garanties normales de transparence prévues dans la Loi type ne s'appliquent pas.

43. Le paragraphe 2 d) prévoit le délai pour soumettre les appels motivés par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 66 [\*\*hyperlien\*\*]. Lorsqu'ils fixeront ce délai, les États adoptants devront là encore déterminer le nombre de jours ouvrables applicable à compter du moment où le fournisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances en cause. Les États souhaiteront faire en sorte de bien aligner tous les délais qu'ils devront déterminer, tant dans le chapitre VIII qu'en ce qui concerne le délai d'attente prévu à l'article 22-2.

44. Les paragraphes 3 et 4 concernent les questions de suspension. Les principales considérations de politique générale soulevées par la suspension, qui sont examinées aux paragraphes [\*\*] du commentaire dans l'introduction au présent chapitre, valent également ici. Pour résumer, les dispositions sur la suspension viennent compléter l'interdiction d'entrée en vigueur du marché qui s'applique tant que la contestation n'a pas été tranchée (cette règle est expliquée dans le commentaire de l'article 65 ci-dessus [\*\*hyperlien\*\*]).

45. Le paragraphe 3 délimite le pouvoir discrétionnaire général qui devra être accordé à l'instance indépendante pour ordonner la suspension de la procédure de passation. Ce pouvoir est soumis à l'obligation de suspendre la passation dans les cas énumérés au paragraphe 4. Dans tous les autres cas qui ne sont pas visés au paragraphe 4, l'instance indépendante peut ordonner la suspension aussi longtemps qu'elle le juge nécessaire pour protéger les intérêts du fournisseur qui a présenté la demande en révision; elle peut également lever ou prolonger toute suspension accordée; et peut exercer ces pouvoirs à tout moment durant la procédure de contestation dont elle est saisie. Étant donné que, dans certains États, l'instance indépendante disposera peut-être de pouvoirs limités concernant les marchés ou les accords-cadres qui sont entrés en vigueur, l'alinéa b) (comme toutes les autres dispositions de l'article qui se réfèrent aux marchés ou aux accords-cadres entrés en

---

<sup>3</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être compléter le commentaire sur cette décision.

vigueur) est accompagné d'une note de bas de page indiquant son caractère facultatif.

46. Le paragraphe 4 mentionne deux cas dans lesquels la procédure de passation de marché doit être généralement suspendue. On considère que ces deux situations font peser une menace particulièrement grave sur l'intégrité du processus de passation.

47. Dans le paragraphe 4 a), l'instance indépendante doit ordonner la suspension de la procédure de passation pour une durée de 10 jours ouvrables lorsque la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions. Cette disposition vise dans une large mesure à permettre l'examen de ces contestations avant la réception des soumissions, moment où il est plus facile de prendre des mesures correctives. Dans ces cas, l'instance indépendante peut souhaiter prendre des mesures telles que la prorogation de la date limite de présentation des soumissions, et d'autres mesures correctives concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection.

48. Le paragraphe 4 b) régit les cas où aucun délai d'attente n'a été appliqué et où la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions. Le texte ne fixe aucune durée, car il se peut que celle-ci varie en fonction des circonstances. La contestation pouvant être reçue après l'entrée en vigueur du marché, l'instance indépendante se voit accorder le pouvoir facultatif de suspendre l'exécution du marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas.

49. Dans chaque cas visé par les paragraphes 3 et 4, la suspension est présumée mais non automatique, en ce que l'instance indépendante peut décider que des considérations urgentes d'intérêt général justifient la poursuite du marché ou de l'accord-cadre. Il s'agit là du même critère que celui qui s'applique à l'article 65-3 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) (dans lequel l'entité adjudicatrice peut demander la levée de l'interdiction de conclure le marché ou l'accord-cadre). Les États adoptants devraient veiller à ce que des directives appropriées soient fournies sur les circonstances pouvant justifier une telle décision. Ces circonstances pourraient notamment être les suivantes: catastrophes naturelles, urgences et situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées risquent de subir un préjudice disproportionné. Les règles procédurales applicables à l'instance indépendante pourraient autoriser cette dernière à se renseigner auprès de l'entité adjudicatrice si elle doit rendre sa décision de suspension avant que l'entité ne lui remette l'intégralité des documents se rapportant à la procédure de passation de marché (comme l'exige le paragraphe 8 du présent article).

50. En tout état de cause, l'instance indépendante devrait songer qu'une suspension pourrait en définitive se révéler moins néfaste pour le processus de passation car elle éviterait d'avoir à anéantir certaines mesures prises durant ce processus si une décision de l'entité adjudicatrice devait être infirmée ou corrigée. Il faudrait en outre inciter suffisamment les fournisseurs à former des contestations, la possibilité d'une suspension étant dans ce cas un aspect important.

51. Afin de limiter l'effet potentiellement perturbateur d'une demande en révision, les paragraphes 5 et 6 visent ensemble à obliger l'instance indépendante à entreprendre un examen initial de la demande formée, examen qui est semblable à celui prévu au paragraphe 3 de l'article 66 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), sur lequel des précisions sont fournies dans le commentaire se rapportant à ce paragraphe

(paragraphe [\\*\\*](#) du commentaire relatif à l'article 66) [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#). Cet examen initial permet à l'instance indépendante d'évaluer la demande rapidement pour déterminer de prime abord si elle devrait l'examiner plus en détail.

52. Le paragraphe 5 exige de l'instance indépendante qu'elle notifie rapidement la demande en révision, ainsi que l'essentiel de son contenu, à l'entité adjudicatrice et à tous les participants à la procédure de passation de marché dont elle connaît l'identité. Elle n'est pas tenue d'aviser d'autres entités dont les intérêts pourraient être affectés par la demande (par exemple d'autres entités publiques) mais doit publier un avis concernant cette demande de sorte que ces entités puissent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts si cela est nécessaire. Comme on l'a vu pour la procédure de contestation devant l'entité adjudicatrice, ces mesures pourraient consister à intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article 67, à demander la levée de toute suspension qui a été appliquée et d'autres mesures prévues dans les règlements ou les règles de procédure applicables.

53. L'instance indépendante doit également se prononcer sur la suspension et aviser toutes les personnes concernées de sa décision (en indiquant le cas échéant la durée de la suspension). En cas de non-suspension, elle doit également communiquer les raisons de sa décision au demandeur (de manière à faciliter tout appel contre cette décision) ainsi qu'à l'entité adjudicatrice.

54. Le paragraphe 4 contient des passages entre crochets que l'État adoptant peut ou non incorporer dans son droit interne selon ce qu'il souhaitera. Ces passages devront être incorporés si l'instance indépendante est compétente après l'entrée en vigueur du marché. On se reportera au commentaire du paragraphe 9, qui figure ci-dessous aux paragraphes [\\*\\*](#) [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#), pour un examen des questions que pose la décision de conférer ou non cette compétence.

55. Le pouvoir de rejeter la demande en révision prévu au paragraphe 6 est similaire à celui conféré à l'entité adjudicatrice par l'article 66 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#), dont il est question au paragraphe [\\*\\*](#) du commentaire relatif à cet article [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#). Les mêmes exigences de transparence concernant la notification de la décision motivée s'appliquent comme à l'article 66 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#).

56. Comme dans le cas des demandes de réexamen soumises à l'entité adjudicatrice, l'instance indépendante doit, au paragraphe 7, notifier les mesures prises en application des paragraphes 5 et 6 dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu la demande en révision. L'effet de ces notifications variera en fonction des décisions notifiées. On notera cependant que l'instance indépendante peut exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle suspende la procédure de passation de marché.

57. Le paragraphe 8 prévoit que l'entité adjudicatrice doit donner à l'instance indépendante un accès immédiat à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché, sous réserve des règles de confidentialité prévues aux articles 24 et 25 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#), en particulier des interdictions de divulgation de certaines informations, que les autorités compétentes mentionnées par les États adoptants dans ces dispositions peuvent néanmoins lever. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir des règles ou des directives de sorte que ni la passation ni la procédure de révision ne soient trop perturbées, en mettant en place des moyens sûrs et efficaces de transmettre lesdits documents. L'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans

les passations (qui sont examinées dans les Sections \*\* du commentaire général plus haut [[\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)]) facilitera la tâche. Ces directives indiqueront comment accéder aux documents concrètement (par exemple accès physique ou accès virtuel) et prévoiront la possibilité de fournir lesdits documents par étape (par exemple, une liste de tous les documents pourrait d'abord être communiquée à l'instance indépendante, qui déterminera alors les documents utiles pour la demande dont elle est saisie).

58. Le paragraphe 9 énumère les mesures que l'instance indépendante peut prononcer en réponse à une demande en révision. Il admet que des différences existent entre les systèmes juridiques nationaux en ce qui concerne la nature des mesures que les instances de recours quasi judiciaires sont habilitées à ordonner. Lorsqu'ils incorporent la Loi type, les États sont encouragés à adopter l'ensemble des pouvoirs qui, dans leur système juridique, peuvent être accordés à une instance indépendante saisie de telles demandes, de sorte à mettre en place un système de recours efficace comme l'exige la Convention contre la corruption [[\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)]. Les dispositions ont pour but de permettre à l'instance de prendre une décision appropriée sur une demande (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, de rejeter la demande). Dans ce contexte, toute suspension en cours d'application au moment où l'instance se prononce sur la demande doit également être levée ou prorogée si elle le juge nécessaire.

59. Certaines dispositions apparaissent entre crochets dans ce paragraphe lorsqu'elles sont facultatives et qu'elles peuvent être modifiées en fonction de la situation de l'État adoptant concerné. Par exemple, les alinéas c) et f) autorisent l'instance indépendante à annuler les actes et décisions de l'entité adjudicatrice, y compris l'attribution d'un marché. Le terme "annuler" employé dans ces dispositions se veut neutre et n'emporte dans la Loi type aucune conséquence juridique particulière de sorte que l'État adoptant puisse lui-même prévoir les conséquences appropriées compte tenu de sa tradition juridique. Toutefois, lorsque l'instance indépendante ne peut être habilitée à annuler un marché ou à substituer sa propre décision à celle de l'entité adjudicatrice, une autre possibilité serait de lui permettre de casser la décision de l'entité adjudicatrice de sorte que cette dernière soit obligée de prendre une autre décision en tenant compte de la décision de l'instance indépendante<sup>4</sup>.

60. Les mesures correctives devraient être considérées comme les mesures les plus importantes et les plus souhaitables, ce qui est le cas dans l'AMP [[\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)]. Le règlement rapide des litiges par des mesures correctives réduit la nécessité d'une réparation pécuniaire, laquelle peut néanmoins en partie remédier à la situation dans un cas donné, par exemple lorsque le marché est entré en vigueur mais qu'il ne serait pas bon d'en empêcher l'exécution. Un système qui ne prévoirait aucun dédommagement (en dehors des frais de saisine) ne permettra donc pas de remédier à toutes les situations, si bien que la question de la réparation pécuniaire devrait être prise en compte dans l'objectif plus vaste de mise en place d'un système de recours efficace.

---

<sup>4</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être compléter le commentaire pour expliquer pourquoi les dispositions autorisant l'instance à prononcer des mesures après l'entrée en vigueur du marché sont facultatives.

61. Le paragraphe 9 i) prévoit par conséquent un dédommagement et propose deux possibilités à l'État adoptant. Dans la première possibilité, c'est-à-dire si le texte entre crochets est conservé, un dédommagement peut être exigé pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale lors de la procédure de passation du marché. Ces dépenses n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de la non-acceptation d'une offre, d'une proposition ou d'un prix du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant le recours. Dans la seconde possibilité, les types de pertes susceptibles de donner lieu à réparation (si les dispositions sont incorporées sans le texte entre crochets) sont plus nombreux et pourraient inclure le manque à gagner, le cas échéant. Les États adoptants souhaiteront examiner comment leur système juridique traite le préjudice purement économique afin que le calcul du dédommagement soit cohérent dans l'ensemble du système (et si le demandeur, pour pouvoir prétendre à un dédommagement, devrait être tenu de prouver qu'il aurait remporté le marché en cause si l'entité adjudicatrice n'avait pas violé les dispositions de la Loi). La possibilité d'un dédommagement risquant d'encourager les demandes infondées et de perturber le processus de passation, il serait utile, lorsque le système de recours quasi judiciaire en est à ses débuts, d'assurer un degré adéquat d'incitation à présenter des demandes tout en revoyant le mécanisme à mesure que le système mûrit. L'État adoptant voudra peut-être aussi contrôler le risque d'abus si le pouvoir d'octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes<sup>5</sup>.

62. Le paragraphe 10 fixe le délai maximum dans lequel l'instance indépendante doit se prononcer sur la demande qu'elle a examinée en détail. Il exige également que cette décision soit rapidement notifiée à toutes les personnes concernées. Avec le paragraphe 11, lequel exige que toutes les décisions prises par l'instance indépendante pendant la procédure de révision soient écrites, complètes, motivées et versées au procès-verbal de la procédure de passation, le paragraphe 10 pose une règle de transparence importante, qui vise également à offrir des voies de recours efficaces et effectives et à permettre aux fournisseurs lésés d'engager d'autres actions devant les tribunaux si nécessaire. Les paragraphes 10 et 11 sont semblables aux paragraphes 6 et 8 de l'article 66 [\[\\*\\* hyperlien\\*\\*\]](#); les points examinés aux paragraphes [\[\\*\\*\]](#) et [\[\\*\\*\]](#) du commentaire relatif à cet article [\[\\*\\* hyperlien\\*\\*\]](#) valent également ici.

63. L'examen des preuves et les modalités de cet examen (par exemple, avec tenue ou non d'une audience) sont des facteurs importants qui déterminent la durée nécessaire de la procédure administrative ou quasi judiciaire et dépendront de la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Si l'État adoptant n'a pas déjà prévu de règles détaillées pour les procédures de recours administratif ou quasi judiciaire, il peut les établir dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés pour y traiter notamment de la conduite de la procédure de révision, des modalités de présentation des demandes et des questions de preuve.

#### **Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation**

64. L'article 68 veille au respect des garanties de régularité dans la procédure de contestation. Le paragraphe 1, en se référant à tout fournisseur ou entrepreneur

<sup>5</sup> Le Groupe de travail a exprimé le souhait que le Guide examine la quantification des dépenses. Il est invité à fournir le commentaire correspondant.

participant à la procédure de passation de marché de même qu'à toute autorité publique dont les intérêts pourraient être affectés par la procédure de contestation, établit un large droit de participation à la procédure de contestation, qui ne se limite pas au seul demandeur. Ce droit de participation vise à établir un juste équilibre entre la nécessité d'une procédure de contestation efficace et celle de ne pas trop perturber le processus, ainsi qu'on l'a vu pour le droit général de contestation décrit dans le commentaire relatif à l'article 64 ci-dessus [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Il peut être exercé à condition que le fournisseur ou l'entrepreneur, ou un autre participant potentiel, soit en mesure de démontrer que la procédure de contestation peut affecter ses intérêts.

65. Dans ce contexte, les "participants à une procédure de contestation" peuvent varier, en fonction du moment où est engagée cette procédure et de l'objet de la contestation. Il peut même s'agir d'autres "autorités publiques", terme qui désigne toute entité susceptible d'entrer dans la définition d'"entité adjudicatrice" à l'article 2 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) [ou toute autorité de tutelle ayant participé à la passation en cause<sup>6</sup>]. Par fournisseurs ou entrepreneurs "participant à la procédure de passation de marché", il faut entendre tous ceux qui restent en compétition pendant la procédure, mais non ceux qui ont été éliminés lors de la préqualification ou d'une étape similaire au début de la procédure, sauf si la contestation vise la décision ou l'acte pris par l'entité adjudicatrice lors de cette étape.

66. Le paragraphe 2 consacre le droit de l'entité adjudicatrice de participer à la procédure de contestation devant une instance indépendante.

67. Le paragraphe 3 énonce les droits fondamentaux des participants à la procédure de contestation. Le plus important d'entre eux est le droit d'être entendu, d'avoir accès à l'ensemble de la procédure et de présenter des preuves. Ces droits sont conférés à ceux qui se trouvent mentionnés aux paragraphes 1 et 2 de l'article mais non à quiconque assisterait à une audience publique (par exemple des journalistes). L'instance indépendante peut donner accès au dossier de la procédure de contestation (qui, selon l'article 67-8 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), contient le procès-verbal de la procédure de passation de marché). Les participants à la procédure devront démontrer en quoi les documents auxquels ils demandent l'accès présentent un intérêt pour eux: cette mesure permet à l'instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d'empêcher les tentatives de pêche aux informations de la part des fournisseurs ou entrepreneurs. L'accès au dossier est également soumis aux règles de confidentialité énoncées à l'article 69 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que, dans chaque procédure, les questions soient examinées au niveau de détail approprié et avec rapidité.

#### **Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation**

68. L'article a été inclus dans le chapitre VIII pour appliquer les principes de confidentialité énoncés dans l'article 24 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#) aux procédures de contestation, et en particulier aux procédures devant l'instance indépendante (auxquelles ne s'applique pas l'article 24).

---

<sup>6</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de mentionner également d'autres entités du secteur public qui entendraient utiliser un accord-cadre.