

FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room



NATIONS UNIES
ASSEMBLÉE
GÉNÉRALE



Distr. LIMITEE

A/CN.9/WG.V/WP.25
24 novembre 1989

FRANCAIS
original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Groupe de travail du nouvel ordre
économique international

Onzième session
New York, 5-16 février 1990

PASSATION DES MARCHES

Commentaire du projet de loi type sur la passation des marchés

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	4
PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES ET COMMENTAIRE	5
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	5
Article premier. Application de la Loi	5
Article 2. Définitions	6
Article 3. Principes généraux	9
Article 4. Réglementation des marchés	12
Article 5. Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés	12
Article 6. Contrôle et supervision des marchés	13
Article 7. Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes	15
Article 8. Conditions d'aptitude des entrepreneurs et fournisseurs	18

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
Article 9. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	20
Article 10. Règles régissant les déclarations écrites et pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	21
CHAPITRE II. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	22
SECTION I. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL	22
Article 11. Procédure d'appel d'offres international	22
SECTION II. SOLLICITATION DES OFFRES ET DEMANDES DE PRESELECTION	23
Article 12. Sollicitation des offres et demandes de présélection	23
Article 13. Listes d'entrepreneurs et fournisseurs agréés	25
Article 14. Avis de projet de marché	26
SECTION III. QUALIFICATIONS DES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS	28
Article 15. Evaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	28
Article 16. Procédure de présélection	29
SECTION IV. DOCUMENTATION RELATIVE AU MARCHÉ	31
Article 17. Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs de la documentation relative au marché	31
Article 18. Teneur de la documentation relative au marché	32
Article 19. Prix facturé pour la documentation relative au marché	36
Article 20. Règles concernant la formulation de la documentation de présélection et de la documentation relative au marché	37
Article 21. Lois ou règlements nouveaux ou modifiés relatifs aux taxes, aux droits de douane ou à des charges similaires, ou ayant des incidences sur l'exécution du marché	38
Article 22. Clarification et modification de la documentation relative au marché	39

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Page</u>
SECTION V. OFFRES	40
Article 23. Langue des offres	40
Article 24. Soumission des offres	40
Article 25. Période de validité des offres; modifications et retrait des offres	42
SECTION VI. GARANTIES DE SOUMISSION	44
Article 26. Garanties de soumission	44
SECTION VII. OUVERTURE, EXAMEN, EVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	47
Article 27. Ouverture des offres	47
Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres	48
Article 29. Rejet de toutes les offres	57
Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	58
SECTION VIII. PROCEDURES SPECIALES POUR LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS	59
Article 31. Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions	59
SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTREE EN VIGUEUR DU MARCHE; PROCES-VERBAL DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	61
Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	61
Article 33. Procès-verbal de la procédure d'appel d'offres	63
CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	64
Article 34. Procédure de négociation avec appel à la concurrence	64
Article 35. Dossier de la procédure de sollicitation d'une source unique	66

INTRODUCTION

1. Le projet de loi type sur la passation des marchés a pour objet de servir de modèle pour les pays désireux d'évaluer et d'améliorer leur législation et leurs pratiques relatives aux marchés, ou d'élaborer une législation en la matière s'ils n'en ont pas déjà. Il importe que tous les pays, notamment nombre de pays en développement dans lesquels une partie substantielle des marchés sont conclus par le secteur public, disposent d'une législation et de pratiques rationnelles en matière de marchés publics. Une bonne partie des marchés publics concerne des projets essentiels au développement économique et social. Dans les pays en développement, en particulier, la pénurie de fonds publics pour la passation des marchés est sévère. Aussi est-il essentiel que les marchés soient passés dans les conditions les plus avantageuses possibles.

2. On trouvera ci-après le commentaire établi par le Secrétariat pour accompagner le projet de loi type sur la passation des marchés, dont le texte figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.24. Pour faciliter l'examen et la discussion du commentaire, le texte de chaque projet d'article a été placé immédiatement avant le commentaire pertinent.

3. Le commentaire comporte des notes entre crochets, appelées "Notes pour le Groupe de travail", qui ont été incluses pour l'information du Groupe de travail, afin de l'assister dans son examen du projet de texte. Elles ne figureront pas dans la version définitive du commentaire de la loi type, si un tel commentaire est adopté par la Commission.

4. Les dénominations abrégées ci-après sont utilisées dans les références figurant dans les "Notes pour le Groupe de travail" :

Directives de la CEE - Directive du Conseil datée du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de fournitures (77/62/CEE), telle que modifiée par la Directive du Conseil en date du 22 juillet 1980 (80/767/CEE) et la Directive du Conseil en date du 22 mars 1988 (88/295/CEE);

Accord du GATT - Accord du GATT relatif aux marchés publics;

Guide juridique de la CNUDCI - Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles;

Convention des Nations Unies sur les ventes - Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

PROJET DE LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHES ET COMMENTAIRE

* * *

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier. Application de la Loi*

La présente Loi s'applique à la passation de marchés par des entités adjudicatrices pour l'acquisition de biens, par des moyens tels que l'achat ou la location ou par tout autre moyen, ou pour l'exécution de travaux. Le marché est considéré comme un marché de fourniture de biens ou un marché de travaux, lorsqu'il porte pour une part substantielle sur des biens ou sur des travaux.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 12, 13 et 42; A/CN.9/315, par. 25.]

1. La loi type s'applique quelle que soit la valeur du marché.

[Note pour le Groupe de travail : plutôt que d'exclure les marchés de faible valeur du champ d'application de la loi type, on a choisi, dans le projet, de donner à l'entité adjudicatrice une grande latitude dans le choix des procédures à suivre pour la formation et la conclusion de ces marchés (voir les articles 34 et 35 et les commentaires y relatifs), mais de soumettre ces marchés à des règles juridiques de base (par exemple les articles 7, 8, 9, 34 et 35).]

2. La loi type s'applique lorsque le marché porte pour une "part substantielle" sur des biens ou des travaux. Cela inclut, par exemple, non seulement les marchés conclus au moyen d'un simple contrat de vente ou de travaux, mais également les marchés conclus au moyen d'un contrat par lequel l'entrepreneur ou le fournisseur s'engage non seulement à fournir des biens ou à assurer des travaux, mais également, par exemple, à accorder une licence, établir un modèle, fournir des services d'architecture ou de génie civil, transférer des techniques à l'entité adjudicatrice ou former son personnel à l'utilisation des équipements ou installations qu'il doit fournir. Ainsi, la loi type s'applique, par exemple, aux contrats clefs en main de construction d'installations industrielles. Par contre, elle ne s'applique pas aux fournitures de services (par exemple conception, services d'architecture ou de génie civil, assurance, services financiers, publicité), à l'octroi de droits intangibles (par exemple franchises, licences, instruments financiers) ou au transfert de propriété ou d'autres intérêts immobiliers, lorsque le marché ne porte pas pour une part substantielle sur des biens ou des travaux. Les Etats qui adopteront la loi type voudront peut-être prévoir, dans leur réglementation des marchés, des règles détaillées permettant de déterminer si le marché porte ou non, pour une part substantielle, sur des biens ou des travaux (voir l'article 4).

* Les titres des articles ont simplement valeur de référence et ne doivent pas être utilisés pour l'interprétation du texte.

[Note pour le Groupe de travail : le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter, "au stade actuel", de la question des marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). Il souhaitera peut-être, plus tard, élaborer une loi type relative aux marchés de services.]

3. Les mots "entité adjudicatrice", "biens" et "travaux" sont définis à l'article 2.

* * *

Article 2. Définitions

Pour l'application de la présente Loi :

a) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) tout département, organisme, organe ou autre service du gouvernement ou de l'administration, ou toute subdivision de l'un d'entre eux;

ii) [chaque Etat adoptant la loi type insère dans cet alinéa et, si nécessaire, dans des alinéas supplémentaires, les autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition du terme "entité adjudicatrice"];

b) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets tangibles de toute description;

c) Le mot "travaux" désigne toute activité matérielle, telle que préparation du chantier, excavation, érection, montage, installation d'équipement ou de matériels, décoration et finissage, relative à une nouvelle structure ou à une structure existante;

d) Les mots "procédure de passation de marché" désignent la procédure engagée ou les mesures prises par une entité adjudicatrice en vue de conclure un marché, y compris les méthodes d'appel d'offres, les procédures de négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique;

e) Les mots "procédure d'appel d'offres international" désignent la procédure visée à l'article 11, pour laquelle le chapitre II de la présente Loi stipule l'application de méthodes particulières en vue de promouvoir une participation internationale aux procédures d'appel d'offres;

f) Les mots "garantie de soumission" désignent des mécanismes tels que garanties bancaires, lettres de crédit, chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque et dépôts en espèces, offerts par l'entrepreneur ou le fournisseur pour garantir l'exécution des obligations découlant de son offre;

g) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte;

h) Les mots "procédure de négociation avec appel à la concurrence" désignent des négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs en vue de la conclusion du marché, soumises aux règles énoncées à l'article 34 visant à introduire un certain degré de concurrence;

i) Les mots "sollicitation d'une source unique" désignent la procédure de passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné, sans que soit engagée une procédure d'appel d'offres ou une procédure de négociation avec appel à la concurrence.

* * *

Commentaire

Alinéa a) : "Entité adjudicatrice"

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 39 à 41; A/CN.9/315, par. 21 à 24.]

1. La loi type vise avant tout les marchés passés par des services de l'Etat et autres entités et entreprises du secteur public. La question de savoir si elle doit également s'appliquer aux marchés passés par des services relevant des autorités provinciales ou locales, ou d'autres subdivisions de l'Etat, est fonction, dans une certaine mesure, de la répartition des compétences publiques au sein de l'Etat. Si un Etat adoptant la loi type le souhaite, celle-ci pourra également être applicable aux marchés passés avec des fonds publics par certaines entités ou entreprises n'appartenant pas au secteur public.

2. Le sous-alinéa i) étend le champ de la loi type aux départements, organismes, organes et autres services du gouvernement central de l'Etat. Ce sous-alinéa fait référence à la fois au "gouvernement" et à l'"administration" de l'Etat parce que, dans certains systèmes, une distinction est faite entre ces deux entités et qu'il existe, dans certains Etats, des organismes de l'administration qui sont structurellement autonomes par rapport au gouvernement. Les entités et entreprises du secteur public qui ne sont pas considérées comme faisant partie du gouvernement ou de l'administration de l'Etat, les subdivisions administratives, et toute entité ou entreprise n'appartenant pas au secteur public que l'Etat adoptant la loi type souhaiterait inclure, pourront être soumises à la loi type si elles sont nommément désignées au sous-alinéa ii) et, si nécessaire, dans des sous-alinéas supplémentaires. Un Etat adoptant la loi type pourra soit énoncer les catégories d'entités et entreprises qui seront régies par la loi type, soit spécifier les entités et entreprises visées. A ce propos, les Etats adoptant la loi type voudront peut-être se fonder sur un ou plusieurs des critères ci-après pour déterminer quelles entités et entreprises, ou catégories d'entités et entreprises, il faudrait inclure dans le champ d'application de la loi type :

a) Le gouvernement ou l'administration fournissent-ils des fonds publics à l'entité (par exemple versement régulier de fonds publics au budget opérationnel ou ordinaire de l'entité; subventions provenant de fonds publics versées pour combler les déficits d'entités à but non lucratif ou non autonomes; versements extraordinaires de fonds publics, par exemple pour secourir une entité connaissant des difficultés financières; versements spéciaux de fonds publics utilisés par l'entité pour un but particulier, par exemple subventions au développement agricole ou industriel) ?

b) Le gouvernement ou l'administration offrent-ils une garantie ou tout autre type de sûreté visant à garantir un paiement dû par l'entité dans le cadre d'un marché, ou prennent-ils en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché ?

c) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par le gouvernement ou l'administration, ou le gouvernement ou l'administration participent-ils à la gestion et au contrôle de l'entité ? (Par exemple une partie ou la totalité des directeurs de l'entité sont-ils des fonctionnaires ou sont-ils nommés par le gouvernement ou l'administration ? Les activités de l'entité sont-elles de toute autre manière soumises au contrôle ou à la supervision du gouvernement ou de l'administration ? Ou les activités de l'entité sont-elles autonomes, mais soumises aux orientations générales du gouvernement ou de l'administration ?)

d) Le gouvernement ou l'administration accordent-ils à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle produit ou pour les services qu'elle fournit ?

e) Le gouvernement ou l'administration vérifient-ils les comptes ou les activités de l'entité ?

f) L'entité doit-elle rendre des comptes au gouvernement ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité ?

g) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'Etat a-t-il des incidences sur le marché ?

h) Les marchés conclus par l'entité relèvent-ils du droit public ?

i) L'entité a-t-elle été créée par une loi ?

j) Les activités de l'entité sont-elles intégrées à un plan économique centralisé ?

k) L'entité s'acquitte-t-elle de ses fonctions conformément à une obligation que lui confère la loi ou exerce-t-elle des activités d'intérêt général ?

3. Les critères ci-dessus présentent, pour l'essentiel, les raisons pour lesquelles l'Etat peut souhaiter que certaines entités ou catégories d'entités passent leurs marchés conformément aux procédures prévues par la loi type. Selon le critère a), l'Etat a intérêt à veiller à ce que les entités qu'il appuie financièrement passent leurs marchés dans les conditions les plus économiques et les plus efficaces. Selon le critère b), il a intérêt à faire en sorte que le prix du marché, dont il garantit le paiement, soit économique. Il ressort du critère c) que l'Etat doit veiller à promouvoir la confiance dans le secteur public et l'intégrité de ce dernier, en s'assurant que le processus de passation des marchés engagé par les entités gérées ou contrôlées par l'Etat est mené de manière équitable et correcte.

4. Le critère d) traite du problème suivant : lorsqu'une entité se voit accorder une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole, le prix des marchandises qu'elle vend ou des services qu'elle fournit n'est pas vraiment soumis à des impératifs de concurrence, et elle peut donc être moins incitée à passer un marché économique et efficace qu'une entité vendant ses biens ou ses services dans un environnement concurrentiel. Puisque c'est l'Etat qui a créé cette situation de monopole, il peut considérer qu'il est de son intérêt ou qu'il relève de sa responsabilité de veiller à ce que l'entité passe néanmoins le marché dans des conditions d'économie et d'efficacité. Les autres critères présentent des facteurs additionnels permettant de conclure qu'une entité relève du domaine public et pourrait donc éventuellement être incluse dans le champ d'application de la loi type.

Alinéa c) : "Travaux"

5. Le mot "travaux" est défini dans cet alinéa au moyen d'une liste non exhaustive d'activités. Le terme englobe notamment la construction de routes, de barrages, de bâtiments et d'installations industrielles (par exemple fabriques, usines d'engrais, centrales hydroélectriques). Les travaux peuvent porter sur une nouvelle structure ou sur une structure existante (par exemple modification, rénovation ou agrandissement d'une structure). La définition n'englobe que des activités "matérielles"; elle n'inclut pas la conception ou la supervision des travaux; toutefois, si le marché porte pour une "part substantielle" sur l'acquisition d'une installation de la nature indiquée dans la définition, il s'agira d'un "marché de travaux", même si des services non matériels sont inclus; voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article premier. [Note pour le Groupe de travail : les mots "construction", "installation", "décoration" et "finissage" sont tirés de la liste des activités professionnelles figurant dans la Nomenclature des industries des Communautés européennes (NICE), grand groupe 40, "Travaux", jointe à la directive du Conseil en date du 26 juillet 1971 (C71/304/CEE) (Journal officiel des Communautés européennes, N° L 185/1) (concernant l'octroi de marchés de travaux publics).]

Alinéa e) : "Procédure d'appel d'offres international"

6. Lorsqu'elle souhaite une participation internationale, l'entité adjudicatrice doit recourir à certaines procédures visant à promouvoir cette participation (voir le commentaire de l'article 11). La question des cas où une procédure d'appel d'offres international doit être engagée est traitée à l'article 11.

* * *

Article 3. Principes généraux

(1) Les principes généraux de la présente Loi sont les suivants :

- a) Favoriser au maximum l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés;
- b) Promouvoir et encourager la participation aux procédures de passation des marchés d'entrepreneurs et fournisseurs compétents et, notamment, le cas échéant, promouvoir une participation internationale;
- c) Promouvoir la concurrence entre les entrepreneurs et fournisseurs pour la fourniture des biens ou pour les travaux à effectuer;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs dans le cadre des marchés régis par la présente Loi;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation de marchés, ainsi que la confiance en ce processus; et
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

(2) La présente Loi s'entend sous réserve de tout accord international, ou de tout accord avec une institution internationale ou une institution gouvernementale d'un autre Etat qui ont déjà été ou peuvent être conclus par [le présent Etat], ou de toute autre obligation envers de telles

institutions qui a déjà été ou peut être contractée par [le présent Etat], et qui contiennent des dispositions concernant les matières régies par la présente Loi.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 15 à 27; A/CN.9/315, par. 9, 13 à 16 et 122.]

Paragraphe 1

1. Les principes énoncés dans ce paragraphe ont pour objet d'orienter l'interprétation et l'application de la loi type; ils ne créent pas en soi de lois et obligations de fond pour les entités adjudicatrices, ou pour les entrepreneurs ou fournisseurs. Les dispositions de fond de la loi type ont été formulées de manière qu'il soit possible d'appliquer au mieux ces principes et de réduire au minimum les conflits éventuels entre eux.

Alinéas a), b) et c)

[Note pour le Groupe de travail : source : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 16 à 20.]

2. L'économie et l'efficacité, en ce qui concerne les dépenses de fonds publics, revêtent une importance particulière dans tous les pays. L'économie désigne l'acquisition de biens ou l'exécution de travaux de la qualité voulue au prix le plus avantageux et aux conditions contractuelles les plus favorables. Pour la promouvoir, il faut des procédures qui favorisent la participation à la procédure de passation du marché d'entrepreneurs ou fournisseurs compétents et qui incitent ces derniers à offrir la qualité, le prix et les conditions les plus favorables.

3. L'efficacité est également un principe important qui sous-tend la loi type, car une procédure inefficace risque d'être plus longue et plus onéreuse pour l'entité adjudicatrice.

4. La loi type vise également à promouvoir et encourager la participation d'entrepreneurs et fournisseurs compétents à la procédure, et à promouvoir la concurrence entre eux. La concurrence peut, en effet, permettre de réaliser une économie maximum en incitant entrepreneurs et fournisseurs à faire l'offre la plus avantageuse possible. Plus la participation à la procédure est large, plus la concurrence sera efficace et plus il sera probable que l'entité adjudicatrice obtienne des conditions satisfaisantes.

5. La promotion de la participation internationale à la procédure, le cas échéant, permet de favoriser encore l'économie dans la passation du marché. (Pour ce qui est des cas où une participation étrangère est "appropriée", voir le commentaire de l'article 11.) La participation étrangère peut permettre d'élargir la concurrence. En outre, elle permet parfois à l'entité adjudicatrice et à son pays d'acquérir des techniques qui ne sont pas disponibles localement. Cette participation étrangère peut être nécessaire lorsqu'il n'existe pas de source locale de fourniture des installations ou des biens requis par l'entité adjudicatrice. [Note pour le Groupe de travail : voir A/CN.9/315, par. 9 et 122.] Toutefois, la loi type admet la possibilité d'accorder un traitement préférentiel aux entrepreneurs et fournisseurs locaux, dans certains cas, afin de promouvoir d'autres objectifs économiques (voir les alinéas d) et e) de l'article 28-7).

Alinéas d) et e)

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 21 et 22; A/CN.9/315, par. 15.]

6. Les autres principes importants qui sous-tendent la loi type sont les suivants : assurer un traitement juste et équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs dans le cadre des marchés régis par la loi, et promouvoir l'intégrité et l'équité de la procédure de passation des marchés et la confiance en cette procédure. Ainsi, par exemple, la loi type vise à réduire les abus et distorsions de la part des personnes appliquant la procédure et de la part des entrepreneurs et fournisseurs y participant (par exemple collusion entre soumissionnaires), et à faire en sorte que les décisions en la matière soient prises de manière correcte.

7. En veillant à l'intégrité du processus, on renforcera la confiance en ce processus et, partant, en le secteur public dans son ensemble. Pour que des entrepreneurs et fournisseurs compétents participent au processus, ce qui favorisera le principe d'économie, il faut qu'ils aient confiance en ce processus.

Alinéa f)

[Note pour le Groupe de travail : source : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 26 et 27.]

8. La transparence des lois et procédures en matière de passation des marchés a pour but de contribuer à la réalisation des objectifs susmentionnés. Sont transparentes les lois en vertu desquelles les règles et procédures devant être suivies par l'entité adjudicatrice et par les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché sont connues de tous, notamment des participants et participants potentiels. Sont transparentes les procédures qui permettent aux participants de déterminer quelles méthodes ont été ou seront suivies par l'entité adjudicatrice et sur quelles bases celle-ci prendra ses décisions.

9. La transparence des lois et procédures en matière de passation des marchés permet d'éviter toute incertitude; ainsi, l'entrepreneur ou fournisseur peut calculer le coût et les risques de sa participation et, donc, offrir le prix le plus économique. La transparence permet également d'éviter toute mesure ou décision arbitraire ou incorrecte de la part de l'entité adjudicatrice ou de ses employés, et contribue à promouvoir la confiance. La transparence des lois et procédures en la matière revêt une importance particulière lorsque l'on souhaite la participation d'étrangers, car les entrepreneurs et fournisseurs étrangers connaissent en général mal les pratiques d'un pays en matière de marchés.

Paragraphe 2

[Note pour le Groupe de travail : source : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 9, 10 et 38; le libellé du paragraphe est adapté de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.]

10. Un Etat appliquant la loi type peut être soumis à certains accords internationaux ou à certaines obligations en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'Etats et la Communauté économique européenne (CEE) sont parties à l'Accord du GATT relatif aux marchés publics, et les membres de la CEE sont liés par les directives concernant les marchés

publics adoptées par le Conseil de la CEE. En outre, nombre d'institutions internationales de prêts et d'organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou des règlements régissant les marchés passés au moyen de fonds fournis par eux. Dans les accords de prêt ou de financement qu'ils concluent avec ces institutions ou organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à se conformer à ces directives ou règlements dans leur procédure de passation des marchés. Conformément au paragraphe 2 de l'article 3, s'il y a conflit entre une disposition de la loi type et les exigences d'un accord international applicable ou de toute autre obligation internationale contractée par l'Etat adoptant la loi type, ce sont les exigences découlant de cet accord ou de cette obligation qui doivent être respectées; mais, à tous autres égards, la passation du marché doit être régie par la loi type.

11. La loi type n'est pas subordonnée à des accords conclus avec des institutions non gouvernementales d'un autre Etat (par exemple des banques commerciales non gouvernementales), ni aux obligations contractées envers de telles institutions.

* * *

Article 4. Réglementation des marchés

Le ... [chaque Etat adoptant la loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à promulguer la réglementation des marchés] est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet de préciser ou compléter la présente Loi.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 30 à 34, 230 et 231; A/CN.9/315, par. 8 et 10.]

1. La loi type est une loi-cadre, c'est-à-dire qu'elle énonce des règles juridiques fondamentales régissant les marchés, qui doivent être complétées par une réglementation détaillée promulguée par l'organe ou l'autorité approprié de l'Etat adoptant la loi type (voir le commentaire de l'article 6). La technique de la loi-cadre permet à l'Etat adoptant la loi type d'adapter la réglementation détaillée régissant la procédure de passation des marchés à ses besoins particuliers et à sa situation propre, dans le cadre général établi par la loi.

2. La loi type stipule expressément que certaines de ses dispositions doivent être développées ou complétées au moyen d'une réglementation des marchés. Des règles peuvent être également adoptées à propos d'autres questions traitées par la loi type. Dans les deux cas, elles doivent être conformes à la loi type.

* * *

Article 5. Publicité de la Loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés

La présente Loi et la réglementation des marchés, toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que tous les amendements à

la présente Loi et à ladite réglementation et auxdites décisions et directives administratives sont promptement portés à la connaissance du public.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 26, 27, 36 et 37; A/CN.9/315, par. 20.]

1. Cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés. [Note pour le Groupe de travail : le libellé s'inspire dans ses grandes lignes de l'article VI.2 de l'Accord du GATT.] Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont généralement publiés les lois, règlements et décisions et directives administratives. Les textes visés dans le présent article pourraient être publiés dans ces journaux. Lorsqu'il n'existe pas de publications pour une ou plusieurs de ces catégories de textes, les textes devraient être promptement portés à la connaissance du public, notamment des entrepreneurs et fournisseurs étrangers, de la manière appropriée.

2. Bien que l'article 5 ne l'exige pas, il serait utile pour les participants ou participants potentiels à la procédure de passation des marchés, notamment les participants étrangers, que les lois, règlements et autres textes relatifs aux marchés soient rassemblés et publiés sous la forme d'un ouvrage unique mis à la disposition des personnes intéressées pour un prix raisonnable (par exemple le prix de la publication et de la diffusion).

3. L'article stipule que les décisions et directives administratives "d'application générale" doivent être portées à la connaissance du public. Cette stipulation ne s'applique pas aux décisions et directives administratives visant ou intéressant tel ou tel entrepreneur ou fournisseur.

* * *

Article 6. Contrôle et supervision des marchés

(1) L'approbation visée aux articles 7-2, 7-3, 11-2, 12-2, 28-3, 28-10, 29-1, 31-1 [, 32-1] et [32-4] est donnée par ... [chaque Etat adoptant la loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à donner ladite approbation].

(2) [Chaque Etat adoptant la loi type spécifie dans ce paragraphe et, si nécessaire, dans des paragraphes supplémentaires, toutes fonctions additionnelles liées au contrôle et à la supervision des marchés et l'organe ou autorité, ou les organes ou autorités, chargés de s'acquitter de ces fonctions.]

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 43 à 53; A/CN.9/315, par. 26 à 28.]

1. Pour ce qui est du paragraphe 1, la fonction d'approbation peut être confiée à un organe ou une autorité qui est entièrement indépendante de l'entité adjudicatrice (par exemple le ministère des finances ou du commerce,

ou une commission centrale des marchés), ou elle peut être confiée à un organe de supervision distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. Dans le cas des entités adjudicatrices ne relevant pas de la structure gouvernementale ou administrative de l'Etat, par exemple certaines entreprises commerciales appartenant à l'Etat, il pourra être jugé préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un organe ou une autorité faisant partie de la structure gouvernementale ou administrative, afin qu'il puisse être donné dûment effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la loi type. Quoi qu'il en soit, il importe que l'organe ou l'autorité soient suffisamment indépendants des personnes ou services organisant la procédure de passation du marché, ou y participant, afin qu'ils puissent exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace. Il semble préférable que cette fonction soit exercée par un comité, plutôt que par une seule personne.

2. Outre la désignation de l'organe ou de l'autorité chargés de donner les approbations mentionnées au paragraphe précédent, l'Etat adoptant la loi type pourra juger souhaitable de répartir les fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la loi type. Toutes ces fonctions peuvent être confiées à un organe ou une autorité uniques (par exemple au ministère des finances ou du commerce, ou à une commission centrale des marchés), ou elles peuvent être réparties entre deux organes ou autorités ou plus. Ces fonctions peuvent inclure la totalité ou une partie des fonctions mentionnées ci-dessous.

a) Contrôle de l'application générale de la loi et des règlements relatifs à la passation des marchés. Cette fonction peut consister, par exemple, à contrôler l'application de la loi et des règlements relatifs à la passation des marchés et à faire des recommandations en vue de leur amélioration. Il peut également s'agir d'interpréter ces lois. Dans certains cas, par exemple pour des marchés de valeur élevée, l'organe peut être habilité à vérifier la procédure de passation du marché, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la loi type et à la réglementation des marchés, avant que ce marché ne puisse entrer en vigueur.

b) Rationalisation et normalisation des marchés et des pratiques en matière de marchés. Il peut s'agir, par exemple, de coordonner les marchés passés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents de marché, spécifications et conditions contractuelles normalisés.

c) Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement des lois et règlements relatifs aux marchés, compte tenu des grandes orientations nationales. Il peut s'agir, par exemple, d'étudier les incidences des marchés sur l'économie nationale, de donner des conseils sur les effets de certains marchés sur les prix et sur d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans le cadre des programmes et politiques nationaux.

3. L'organe ou l'autorité chargés d'exercer ces fonctions dans un Etat ayant adopté la loi type et les fonctions précises qui leur seront confiées seront fonction, par exemple, des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'Etat, qui peuvent beaucoup varier d'un pays à l'autre. Chaque Etat adoptant la loi type devrait élaborer ses propres dispositions, compte tenu de sa situation, avec l'aide du présent commentaire. Il serait des plus souhaitable que toutes les dispositions en la matière figurent dans l'article 6, afin que ne soit pas modifiée la numérotation des articles de la loi type.

4. Le système de contrôle administratif des marchés devrait être structuré compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité, car si ce système est par trop coûteux ou par trop lourd soit pour l'entité adjudicatrice, soit pour

les participants à la procédure, ou s'il entraîne des retards excessifs dans la passation du marché, il ira à l'encontre des buts recherchés. En outre, un contrôle excessif des activités des fonctionnaires chargés de la procédure de passation des marchés risque, dans certains cas, de les empêcher d'agir efficacement.

* * *

Article 7. Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes

(1) Sauf disposition contraire de la présente Loi, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

(2) Sous réserve d'approbation, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par négociation avec appel à la concurrence lorsque :

a) Le prix du marché est inférieur au montant fixé dans la réglementation des marchés; ou

b) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais :

i) toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice conformément aux paragraphes 2 ou 3 de l'article 28 ou à l'article 29; ou

ii) l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ne signe pas le marché avec l'entité adjudicatrice lorsqu'il est tenu de le faire ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché et aucune autre offre conforme d'un entrepreneur ou fournisseur agréé et qualifié n'est en cours de validité.

(3) Sous réserve d'approbation, l'entité adjudicatrice peut solliciter une source unique dans les cas suivants :

a) Le prix du marché est inférieur au montant fixé dans la réglementation des marchés;

b) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné, ou il n'existe aucune autre solution de remplacement raisonnable;

c) Parce qu'il est urgent d'obtenir les biens ou les travaux requis, il est impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à la négociation avec appel à la concurrence, selon le cas, en raison des délais que supposent ces procédures;

d) Pour des raisons de normalisation ou de compatibilité avec les équipements ou technologies déjà utilisés, les biens doivent être acquis auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec l'entrepreneur ou le fournisseur un contrat de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens

dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement; ou

f) Pour des raisons de sécurité nationale, les besoins de l'entité adjudicatrice doivent rester secrets.

(4) L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés relatifs à des biens ou à des travaux en contrats séparés afin de pouvoir invoquer les alinéas 2 a) ou 3 a).

(5) L'entité adjudicatrice qui invoque les dispositions des paragraphes 2 ou 3 inclut dans les minutes requises en application de l'article 34-4, ou dans le dossier requis à l'article 35, une description des circonstances justifiant son action et, sauf en ce qui concerne l'alinéa 3 f), précise les faits pertinents.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 56 à 74; A/CN.9/315, par. 29 à 34, 110 et 113.]

Paragraphe 1

1. La loi type stipule que les entités adjudicatrices doivent recourir à la procédure d'appel d'offres pour leurs marchés, sauf dans les circonstances spécifiées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7. Cela parce que, en général, la procédure d'appel d'offres est la plus propice à l'économie et à l'efficacité ainsi qu'à l'intégrité du processus, et est facteur de confiance; elle permet donc de promouvoir les principes à la base de la loi type (article 3-1). On ne peut en principe recourir à des méthodes autres que l'appel d'offres que dans les cas où cette procédure serait impossible ou imprudente, ou ne serait pas, pour toute autre raison, la mieux adaptée à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article 3-1. Le recours aux méthodes autres que l'appel d'offres doit être approuvé (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 6).

[Note pour le Groupe de travail : l'approche adoptée dans cet article, en application de laquelle l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres, sauf dans des cas spécifiés, est celle qui a été retenue en dernière analyse par le Groupe de travail à sa dixième session (A/CN.9/315, par. 32, 110 - notamment la dernière phrase - et 113 - notamment la dernière phrase). Selon une autre approche, qui avait ses partisans au sein du Groupe de travail, la loi type devrait prévoir diverses méthodes de passation des marchés et habiliter l'entité adjudicatrice à choisir la méthode qu'elle juge la plus appropriée pour un marché donné; elle devrait en outre énoncer des critères, afin d'aider les entités adjudicatrices à faire leur choix (A/CN.9/315, par. 33 et 34). On trouvera ci-après un texte reflétant cette approche, qui pourra être examiné par le Groupe de travail.

"1. Pour passer un marché, l'entité adjudicatrice applique la méthode, choisie parmi les suivantes, qu'elle juge la plus appropriée compte tenu des circonstances :

- a) Appel d'offres,
- b) Négociation avec appel à la concurrence, ou
- c) Sollicitation d'une source unique.

2. Lorsqu'elle choisit la méthode de passation du marché à utiliser, l'entité adjudicatrice :

a) S'efforce de promouvoir au mieux les principes énoncés au paragraphe 1 de l'article 3; et

b) Tient compte des considérations suivantes :

- i) la procédure d'appel d'offres permet la concurrence la plus large et, dans de nombreux cas, est la plus conforme aux principes énoncés au paragraphe 1 de l'article 3;
- ii) [autres critères à formuler, sur la base des documents A/CN.9/315, par. 34, et A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 64 à 74.]"

Paragraphe 2

2. La procédure de négociation avec appel à la concurrence est définie à l'alinéa h) de l'article 2. La loi type ne permet le recours à cette procédure que dans les circonstances exceptionnelles énoncées au paragraphe 2 de l'article 7. L'alinéa a) stipule que la réglementation des marchés doit fixer le montant en deçà duquel il est possible de recourir à la négociation avec appel à la concurrence (voir l'article 4 et son commentaire). En effet, pour les marchés intérieurs au montant stipulé, les principes énoncés à l'article 3 sont moins impératifs que pour les marchés dépassant ce montant, et il n'est donc pas justifié d'engager des dépenses et de prendre le temps que suppose une procédure d'appel d'offres. Le montant stipulé dans la réglementation des marchés devrait être fixé compte tenu de ce principe de base. La réglementation peut fixer deux montants : l'un pour les marchés de fourniture de biens et l'autre pour les marchés de travaux.

3. L'alinéa b) autorise le recours à la négociation avec appel à la concurrence lorsque, pour les raisons spécifiées, l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché. Le sous-alinéa i) s'explique par lui-même. Quant au sous-alinéa ii), si une autre offre était en cours de validité, l'entité adjudicatrice serait tenue de l'accepter et ne serait pas autorisée à recourir à la négociation avec appel à la concurrence. Dans un tel cas, l'entité adjudicatrice pourrait exercer ses droits à l'encontre de l'entrepreneur ou fournisseur défaillant (par exemple au moyen de la garantie de soumission), en vue de se dédommager du préjudice subi du fait de la défaillance.

Paragraphe 3

4. La sollicitation d'une source unique est définie à l'alinéa i) de l'article 2. Le recours à cette méthode n'est autorisé que dans les circonstances exceptionnelles énoncées au paragraphe 3 de l'article 7.

5. Pour ce qui est de l'alinéa a), les observations relatives au paragraphe 2 [traitant de l'alinéa a) dudit paragraphe] s'appliquent par analogie. On peut envisager que le montant visé à l'alinéa a) du paragraphe 3 sera inférieur à celui visé à l'alinéa a) du paragraphe 2.

6. L'alinéa b) traite, par exemple, des cas où les biens ou les travaux requis par l'entité adjudicatrice sont uniques (par exemple une oeuvre d'art), ou les cas où l'entrepreneur ou le fournisseur jouissent de droits de propriété exclusifs. On notera toutefois qu'en vertu de l'article 20 l'entité adjudicatrice doit formuler ses besoins de manière objective, dans toute la

mesure du possible, afin de ne pas favoriser tel ou tel entrepreneur ou fournisseur. L'alinéa c) envisage des cas très exceptionnels et ne doit pas être invoqué pour des raisons de commodité.

[Note pour le Groupe de travail : le libellé de l'alinéa e) est adapté de l'alinéa b) de l'article 6-4 de la Directive de la CEE.]

7. L'alinéa f) envisage les cas où la divulgation des besoins de l'entité adjudicatrice, qui serait nécessaire dans le cas d'une procédure d'appel d'offres ou de négociation avec appel à la concurrence, compromettrait la sécurité nationale.

Paragraphe 4

8. Le paragraphe 4 a pour objet d'éviter un recours abusif aux paragraphes 2 a) et 3 a) par une division du marché en marchés séparés dont le prix unitaire estimatif serait inférieur au seuil fixé dans la réglementation des marchés, afin de ne pas recourir à la procédure d'appel d'offres.

Paragraphe 5

9. Le paragraphe 5 protège également d'un recours abusif aux paragraphes 2 et 3, à seule fin d'éviter le recours à la procédure d'appel d'offres ou à la négociation avec appel à la concurrence. Il favorise également la transparence de la procédure. Il ne suffit pas que l'entité adjudicatrice répète simplement l'un des faits énoncés aux paragraphes 2 ou 3, elle doit également justifier son action, sauf lorsqu'elle invoque l'exception de sécurité nationale (alinéa f) du paragraphe 3).

* * *

Article 8. Conditions d'aptitude des entrepreneurs et fournisseurs

(1) a) L'entité adjudicatrice peut exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les déclarations écrites, pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs :

- i) sont légalement habilités à conclure le marché;
- ii) ne sont pas insolvables, en faillite ou en liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;
- iii) se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans [le présent Etat];
- iv) n'ont pas été condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle durant une période de [5] années précédant le commencement de la procédure de passation du marché;
- v) [...] [chaque Etat adoptant la loi type peut spécifier toute condition d'aptitude additionnelle.];

b) L'entité adjudicatrice peut, en outre, enquêter par tout autre moyen approprié sur les aptitudes de l'entrepreneur ou du fournisseur conformément aux critères énoncés à l'alinéa a).

(2) Toute condition énoncée conformément à l'alinéa 1 a) et tout critère d'aptitude établi audit alinéa s'appliquent également à tous les entrepreneurs et fournisseurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucun critère d'aptitude autre que ceux prévus à l'alinéa 1 a).

[(3) Un entrepreneur ou un fournisseur ne sont pas écartés de la procédure de passation d'un marché au motif qu'ils ne satisfont pas à un ou plusieurs des critères d'aptitude énoncés au paragraphe 1 s'ils s'engagent à y satisfaire avant la fin de la procédure de passation du marché et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient à même de le faire.]

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 76 à 84; A/CN.9/315; par. 35 à 39.]

1. Cet article énonce les critères relatifs aux conditions d'aptitude des entrepreneurs ou fournisseurs. Ces critères sont distincts des critères de qualification que l'entité adjudicatrice peut imposer en application des articles 9 et 15.

2. Lorsqu'une procédure d'appel d'offres est engagée, les critères d'aptitude énoncés à l'alinéa a) du paragraphe 1 doivent être stipulés dans l'avis de projet de marché [alinéa d) de l'article 14-1], dans la documentation de présélection (article 16-3) et dans la documentation relative au marché [alinéa b) de l'article 18].

3. Dans certains cas, l'Etat adoptant la loi type souhaitera peut-être énoncer dans la loi des critères d'aptitude additionnels (par exemple stipuler que les entrepreneurs et fournisseurs doivent être inscrits sur un registre commercial ou professionnel de l'Etat; ou que l'entrepreneur et le fournisseur ne doivent pas, dans un délai de [cinq] ans précédant le début de la procédure d'appel d'offres, avoir manqué, sans justification légale, à leurs obligations dans le cadre d'un marché passé avec une entité adjudicatrice; ou qu'un marché conclu par eux n'a pas été résilié pour des raisons qui leur étaient imputables). Ces critères additionnels pourront être énoncés au paragraphe 1 a) v) et à des paragraphes supplémentaires, le cas échéant. Ce faisant, il faut se limiter aux critères nécessaires pour protéger les intérêts légitimes de l'Etat ou de l'entité adjudicatrice et, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, éviter des restrictions ou obstacles excessifs à une participation internationale. Par exemple un critère selon lequel l'entrepreneur ou le fournisseur doivent être inscrits sur un registre commercial ou professionnel devra être accompagné d'une réserve stipulant, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, que les entrepreneurs et fournisseurs étrangers peuvent eux aussi se porter candidats. Le paragraphe 1 a) devrait énoncer tous les critères d'aptitude qui peuvent être imposés; voir le paragraphe 2.

4. L'entité adjudicatrice peut décider quels types de déclarations écrites, pièces ou autres renseignements elle exigera pour un marché donné. Lorsque la procédure est engagée, ces exigences doivent être spécifiées dans la documentation de présélection [alinéa d) de l'article 16-3] et dans la

documentation relative au marché [alinéa d) de l'article 18]. Les règles régissant les déclarations écrites et pièces soumises par les entrepreneurs ou fournisseurs sont énoncées à l'article 10.

5. Les déclarations, documents ou renseignements requis doivent être "pertinents". Leur nature dépendra des caractéristiques propres à chaque marché : quelle est la valeur des biens ou des travaux à fournir, et l'entité adjudicatrice s'attend-t-elle à ce qu'un grand nombre d'entrepreneurs ou de fournisseurs inconnus d'elle participent à la procédure ? Par exemple, dans le cas d'un marché portant sur des équipements ou installations industrielles de grande valeur, l'entité adjudicatrice pourra demander des attestations officielles (établies, par exemple, par un tribunal, le fisc ou d'autres autorités). En cas de sollicitation d'une source unique portant sur des biens d'une valeur relativement peu élevée, l'entité adjudicatrice pourra simplement demander à l'entrepreneur ou au fournisseur qu'il remplisse une déclaration sous serment standard, dans laquelle il certifiera qu'il remplit tous les critères d'aptitude. Toute fausse déclaration sera passible de sanctions en vertu de la loi applicable. Il n'est pas dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de requérir plus de documents qu'il n'est nécessaire pour pouvoir raisonnablement juger qu'il est satisfait aux critères d'aptitude.

[6. Le paragraphe 3 a pour objet de permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de participer à la procédure de passation du marché s'il ne remplit pas un critère d'aptitude ou s'il ne peut démontrer son aptitude au début de la procédure, et de lui donner la possibilité de démontrer son aptitude durant la procédure. Toutefois, l'entrepreneur ou le fournisseur doivent le faire avant de signer un marché avec l'entité adjudicatrice.]
[Note pour le Groupe de travail : le paragraphe 3 et le commentaire s'y rapportant sont placés entre crochets, car des divergences se sont fait jour à ce propos, comme il ressort du paragraphe 39 du document A/CN.9/315.]

* * *

Article 9. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs

L'entité adjudicatrice peut exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les déclarations écrites, pièces ou autres renseignements appropriés qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs ou fournisseurs possèdent des qualifications suffisantes (compétences techniques, ressources financières, équipements et autres moyens matériels et personnel suffisants) pour exécuter le marché. Toute condition de cet ordre et tout critère énoncés à propos desdites qualifications s'appliquent également à tous les entrepreneurs et fournisseurs. L'entité adjudicatrice peut en outre enquêter par tout autre moyen approprié pour déterminer les qualifications d'un entrepreneur ou fournisseur.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 85, et 86; A/CN.9/315, par. 40.]

Il est essentiel que l'entrepreneur ou le fournisseur avec lequel l'entité adjudicatrice conclut un marché possède les qualifications voulues pour exécuter ledit marché. D'autres règles concernant l'application du

présent article dans le cas d'une procédure d'appel d'offres sont énoncées aux articles 15 et 16.

* * *

Article 10. Règles régissant les déclarations écrites et pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs

(1) Le présent article s'applique aux déclarations écrites et autres pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs aptitudes et leurs qualifications dans le cadre de la passation du marché.

(2) Les déclarations écrites et pièces autres que celles émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative, sont signées et certifiées ou authentifiées de toute autre manière par leur auteur devant un notaire ou toute autre autorité compétente habilitée, en vertu de la loi du lieu où elle est située, à attester l'authenticité de la déclaration écrite ou de la pièce, ainsi que de la signature et de l'authentification; l'attestation délivrée par le notaire ou toute autre autorité compétente est annexée ou jointe à la déclaration écrite ou à la pièce. L'attestation donnée par un notaire ou une autorité compétente étrangers est acceptable si elle est légalisée conformément à la loi applicable [dans le présent Etat] en ce qui concerne la légalisation des actes publics étrangers.

(3) a) Les pièces émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative étrangère [au présent Etat] sont acceptables si elles sont légalisées conformément à la loi applicable [dans le présent Etat] en ce qui concerne la légalisation des actes publics étrangers.

b) Les pièces émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative [du présent Etat] doivent être conformes à la loi applicable [dans le présent Etat] en ce qui concerne la signature, l'authentification et la légalisation de telles pièces.

* * *

Commentaire

1. Cet article vise à assurer l'uniformité au niveau international des conditions régissant les formalités que doivent accomplir les entrepreneurs et les fournisseurs lorsqu'ils soumettent des déclarations écrites et autres pièces. L'objectif est également d'éliminer tous les obstacles purement formels auxquels pourraient se heurter les entrepreneurs et fournisseurs étrangers tenus de fournir des déclarations écrites et pièces.

2. En ce qui concerne les paragraphes 2 et 3, il convient de noter que, dans de nombreux Etats, les attestations et actes étrangers doivent être légalisés; pour ce faire, des agents diplomatiques ou consulaires du pays d'où émane l'acte doivent certifier la capacité légale de l'auteur, et la validité de sa signature et de son timbre ou de son cachet. Toutefois, certains Etats sont parties à des conventions internationales assouplissant les formalités d'authentification des actes publics émanant d'autres parties à la même convention [à savoir, par exemple, la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (La Haye, 1961)]. L'application des dispositions d'une telle convention serait suffisante, en vertu des paragraphes 2 et 3, dans un Etat y étant partie.

3. Une des conséquences des paragraphes 2 et 3 est que l'entité adjudicatrice ne peut rejeter une attestation ou une pièce étrangères en invoquant uniquement sa provenance étrangère. Toutefois, on a utilisé le mot "acceptables" plutôt que, par exemple, "acceptées", pour bien indiquer que l'attestation ou la pièce étrangères peuvent être refusées si elles ne répondent pas aux autres conditions.

* * *

CHAPITRE II. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

SECTION I. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL

Article 11. Procédure d'appel d'offres international

(1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, l'entité adjudicatrice tenue en vertu de l'article 7 d'ouvrir une procédure d'appel d'offres peut décider d'ouvrir une procédure d'appel d'offres international, compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité visés.

(2) Lorsque le prix du marché dépasse le montant fixé dans la réglementation des marchés, l'entité adjudicatrice requise en vertu de l'article 7 d'ouvrir une procédure d'appel d'offres doit ouvrir une procédure d'appel d'offres international, à moins qu'elle ne soit autorisée à ne pas le faire. L'entité adjudicatrice ne peut diviser le marché relatif aux biens ou aux travaux requis en marchés séparés afin d'éviter l'application du présent paragraphe.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 14; A/CN.9/315, par. 122.]

1. Dans nombre de cas, il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice de promouvoir une participation internationale à la procédure d'appel d'offres (voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 3). Le présent article engage en fait une entité adjudicatrice tenue, en vertu de l'article 7, d'ouvrir une procédure d'appel d'offres, à déterminer si une participation internationale présenterait des avantages et à décider ensuite de lancer ou non un appel d'offres international. Lorsqu'elle décide d'ouvrir cette procédure, elle doit prendre les mesures stipulées à cet effet au chapitre II de la loi type, qui visent à encourager une participation internationale.

2. Lorsqu'elle prend la décision d'ouvrir ou de ne pas ouvrir une procédure d'appel d'offres international, l'entité adjudicatrice doit tenir compte des objectifs d'économie et d'efficacité. Les facteurs à prendre en considération peuvent être notamment les suivants : quelle est la valeur des biens à fournir ou des travaux à effectuer (déterminer, par exemple, si le coût et la durée d'une procédure internationale sont disproportionnés par rapport à la valeur des biens ou des travaux) ? La concurrence sera-t-elle suffisante dans la procédure d'appel d'offres si aucune participation étrangère n'est encouragée ? L'impossibilité de se procurer les biens ou les travaux auprès d'entrepreneurs ou de fournisseurs locaux peut aussi être un facteur à retenir.

3. La raison d'être du paragraphe 2 est que, lorsque le prix d'un marché dépasse un certain montant, le fait d'encourager une participation étrangère à la procédure d'appel d'offres est propice à l'économie et à l'efficacité. Il peut arriver cependant que l'entité adjudicatrice parvienne à la conclusion qu'une participation étrangère ne permettrait pas de promouvoir ces objectifs; il convient alors d'approuver le non-recours à cette procédure (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 6).

* * *

SECTION II. SOLLICITATION DES OFFRES ET DEMANDES DE PRESELECTION

Article 12. Sollicitation des offres et demandes de présélection

(1) L'entité adjudicatrice sollicite des offres et, le cas échéant, des demandes de présélection de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés en faisant publier un avis de projet de marché dans ... [chaque Etat adoptant la loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel ledit avis doit être publié]. En cas de procédure d'appel d'offres international, l'avis est également publié dans un quotidien ou dans une publication commerciale ou revue technique spécialisée de diffusion internationale. L'avis est publié dans une langue d'usage courant dans le commerce international.

(2) Lorsqu'une participation restreinte à la procédure d'appel d'offres est plus propice à l'économie et à l'efficacité, l'entité adjudicatrice peut, sous réserve d'approbation, solliciter des offres en n'adressant l'avis de projet de marché qu'à des entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés par elle. Elle doit choisir un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 58, 67, 72, 73 et 95 à 99; A/CN.9/315, par. 31 et 45.]

1. La loi type prévoit deux genres de procédures d'appel d'offres : l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint. Dans le premier cas, des offres ou des demandes de présélection (voir l'article 16) sont sollicitées de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés. Dans le second cas, l'entité adjudicatrice ne sollicite des offres que de certains entrepreneurs et fournisseurs qu'elle aura sélectionnés. La procédure de présélection n'est pas utilisée dans un appel d'offres restreint (voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 16).

2. Bien que la participation à une procédure d'appel d'offres restreint ne soit pas ouverte à tous les entrepreneurs et fournisseurs, ce genre de procédure vise néanmoins, tout autant que la procédure ouverte, à faire jouer la concurrence. Dans certains cas (tels que ceux mentionnés ci-après dans le même paragraphe), un appel d'offres restreint peut donner de meilleurs résultats qu'un appel d'offres ouvert, tout en faisant jouer la concurrence. L'article 12 donne donc à l'entité adjudicatrice la possibilité, sous réserve d'approbation (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 6), d'ouvrir une procédure d'appel d'offres restreint lorsque cette procédure est plus

propice à l'économie et à l'efficacité. Il peut être utile, pour décider du recours, pour tel ou tel marché, à un appel d'offres restreint, de tenir compte de facteurs tels que ceux qui sont exposés ci-après :

a) Un appel d'offres ouvert peut engendrer un grand nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice devra examiner, évaluer et comparer. Or, le coût et la durée de cette procédure peuvent, dans certains cas, être disproportionnés par rapport à la valeur des biens à fournir ou des travaux à effectuer;

b) Lorsque les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès de quelques entrepreneurs ou fournisseurs que l'entité adjudicatrice connaît, il peut être plus rationnel de ne solliciter des offres que de ces entrepreneurs ou fournisseurs par le biais d'un appel d'offres restreint, plutôt que de procéder à une sollicitation générale par appel d'offres ouvert.

c) Les entrepreneurs et fournisseurs compétents hésitent parfois à participer à une procédure d'appel d'offres ouvert, notamment dans le cas de biens ou de travaux de grande valeur, lorsque le coût d'établissement de l'offre est élevé et qu'ils ont statistiquement peu de chances de voir leur soumission acceptée en raison du nombre potentiellement élevé de soumissionnaires.

3. Dans certaines régions, la participation à un appel d'offres est parfois limitée à des personnes ou entités qui ont acheté les documents relatifs au marché. La procédure dans laquelle cette pratique est adoptée peut être considérée comme une procédure d'appel d'offres ouvert si tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés ont la possibilité d'acheter lesdits documents. L'une des raisons d'être de cette pratique est d'éviter les problèmes qui pourraient survenir si un entrepreneur ou un fournisseur soumettaient une offre sur la base de documents reproduits de façon incomplète ou inexacte par une personne n'étant pas habilitée à le faire. On peut toutefois avancer que les consulats ou autres services administratifs de certains pays se procurent parfois et copient les documents relatifs à un marché, qu'ils distribuent ensuite aux entrepreneurs et fournisseurs pouvant souhaiter participer à ce marché. Ce procédé peut contribuer à mieux informer les entrepreneurs et fournisseurs de ces pays des marchés offerts.

4. Le paragraphe 1 de l'article 12 établit les conditions à respecter pour la sollicitation des offres ou les demandes de présélection dans une procédure d'appel d'offres ouvert. L'objectif est de maximiser la concurrence en diffusant largement l'avis de projet de marché. La deuxième phrase du paragraphe vise à appeler l'attention des entrepreneurs et fournisseurs étrangers sur l'avis de projet de marché dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international. L'avis peut être publié, par exemple, dans l'édition commerciale du Forum du développement, que publie le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies et l'Université des Nations Unies.

5. La diffusion de l'avis par les moyens indiqués au paragraphe 1 n'assure qu'une publicité minimum. Les entités adjudicatrices peuvent faire publier l'avis par tout autre moyen permettant à un grand nombre d'entrepreneurs et de fournisseurs d'en prendre connaissance. Elles pourront notamment l'apposer sur des panneaux d'affichage officiels et l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères auprès de leur pays et aux missions commerciales de leur pays situées à l'étranger. Elles pourraient aussi l'envoyer à des entrepreneurs ou fournisseurs inscrits sur des listes d'entrepreneurs et de fournisseurs agréés; la participation à une procédure

d'appel d'offres ouvert ne doit cependant pas être restreinte aux entrepreneurs ou fournisseurs figurant sur ces listes. Un Etat adoptant la loi type pourrait souhaiter spécifier dans la réglementation des marchés le mode de diffusion à utiliser en vertu du paragraphe 1.

6. La publication de l'avis de projet de marché permet également de faire connaître la date limite de soumission des offres (voir le paragraphe 1 de l'article 24).

7. Le paragraphe 2 concerne la sollicitation d'offres dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint. [Note pour le Groupe de travail : la deuxième phrase est adaptée de l'article V.6 de l'Accord du GATT.]

* * *

Article 13. Listes d'entrepreneurs et fournisseurs agréés

L'entité adjudicatrice ne peut se fonder sur une liste d'entrepreneurs et fournisseurs agréés pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs auprès desquels elle sollicitera des offres en application de l'article 12-2 que si les conditions suivantes sont remplies :

a) Les demandes d'inscription sur la liste sont recevables à tout moment de tout entrepreneur ou fournisseur intéressé et il y est donné suite dans un délai raisonnable;

b) L'inscription sur la liste n'est soumise à aucun critère d'aptitude plus strict que ceux qui sont énoncés à l'alinéa a) de l'article 8-1, non plus qu'à aucun critère de qualification plus strict que ceux qui sont établis conformément à l'article 15;

c) L'existence de la liste, les conditions auxquelles doivent satisfaire les entrepreneurs et fournisseurs pour y être inscrits, les méthodes utilisées pour vérifier que chacune de ces conditions est remplie, la durée de validité d'une inscription sur la liste et les procédures d'inscription et de renouvellement ont fait l'objet d'une large publicité de manière à être portées à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs;

d) Les conditions, méthodes, procédures et autres questions visées à l'alinéa c) ne sont pas source de discrimination à l'encontre des entrepreneurs et fournisseurs étrangers en ce qui concerne l'inscription sur la liste utilisée pour la sollicitation d'offres dans une procédure d'appel d'offres international ou pour ce qui est des possibilités qui leur sont offertes de participer à une telle procédure; et

e) La sélection opérée par l'entité adjudicatrice sur la base de la liste est équitable pour tous les entrepreneurs et fournisseurs inscrits sur la liste.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 94; A/CN.9/315, par. 44. La plupart des alinéas de cet article sont des adaptations de dispositions de l'Accord du GATT : l'alinéa a) est adapté de l'article V.2 d) de cet accord; l'alinéa c), de l'article V.7 a); l'alinéa d), de l'article V.2 b) et c); et l'alinéa e), de l'article V.7 b).]

1. L'article 13 concerne l'utilisation de listes d'entrepreneurs et de fournisseurs agréés pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs qui participeront à une procédure d'appel d'offres restreint. Il a pour objectif de veiller à ce que l'entité adjudicatrice ait suffisamment de candidats parmi lesquels faire un choix pour accroître ses chances de trouver l'entrepreneur ou le fournisseur convenant le mieux pour le marché et à ce que l'utilisation de cette liste n'empêche pas une concurrence réelle ou n'exclue pas injustement certains entrepreneurs et fournisseurs. [Note pour le Groupe de travail : l'application de l'article n'a pas été étendue à la procédure d'appel d'offres ouvert pour les raisons suivantes : la participation à cette procédure est ouverte à tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés, qui doivent être informés de cette possibilité par une large publication de l'avis de projet de marché et par tout autre moyen que l'entité adjudicatrice juge approprié. Les listes d'entrepreneurs et de fournisseurs agréés font parfois partie de ces autres moyens (en tant, par exemple, que liste de routage; voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 12). Ces listes n'étant qu'un des moyens de solliciter des offres dans une procédure d'appel d'offres ouvert, leur utilisation ne présente pas les mêmes risques que dans une procédure d'appel d'offres restreint.]

2. S'agissant de l'alinéa b), l'inscription sur la liste n'a pas à être soumise à tous les critères d'aptitude et de qualification qui sont autorisés par les articles 8-1, alinéa a), et 15; elle ne peut cependant être soumise à des critères plus stricts.

3. En vertu de l'alinéa d), dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, la liste ne saurait être utilisée si, par exemple, les conditions, méthodes, procédures ou autres questions visées à l'alinéa c) empêchaient les entrepreneurs ou fournisseurs étrangers de s'inscrire sur ladite liste, ou si l'inscription des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers sur la liste était indûment retardée contrairement à celle des entrepreneurs ou fournisseurs locaux, ce qui empêcherait l'inscription des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers en temps voulu pour participer à telle ou telle procédure d'appel d'offres. Toutefois, cette disposition n'exclut pas toutes les différences de traitement entre les entrepreneurs ou fournisseurs étrangers et ceux du pays. Ainsi, l'inscription plus tardive des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers sur la liste pourrait être due au temps supplémentaire raisonnablement nécessaire pour examiner une demande d'inscription venant de l'étranger.

* * *

Article 14. Avis de projet de marché

(1) L'avis de projet de marché doit contenir les renseignements suivants :

- a) Nom et adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Nature et quantité des biens à fournir ou nature et emplacement des travaux à effectuer;
- c) Délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;
- d) Critères d'aptitude énoncés à l'article 8-1 a);
- e) Moyens d'obtenir les documents relatifs au marché et lieu où ils peuvent être obtenus;

f) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation relative au marché et, dans le cas des procédures d'appel d'offres international, monnaie et mode de paiement de ladite documentation;

g) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles la documentation est disponible;

h) Lieu et date limite de soumission des offres.

(2) Si une procédure de présélection doit être ouverte, l'avis de projet de marché le stipule, auquel cas il n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas e) ou g) du paragraphe 1 du présent article, mais doit contenir les renseignements supplémentaires suivants :

a) Moyens d'obtenir la documentation de présélection et lieu où elle peut être obtenue;

b) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection et, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, monnaie et mode de paiement de cette documentation;

c) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles la documentation est disponible; et

d) Lieu et date limite de soumission des demandes de présélection.

* * *

Commentaire

[Notes pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 95; A/CN.9/315, par. 45.]

1. Le paragraphe 1 énonce les renseignements essentiels à inclure dans l'avis de projet de marché pour permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de déterminer si le projet de marché les intéresse suffisamment pour qu'ils se procurent le dossier d'appel d'offres et, dans l'affirmative, de savoir comment l'obtenir. Les renseignements spécifiés ne représentent que le minimum requis.

2. Le paragraphe 2 énonce les renseignements supplémentaires à inclure dans l'avis de projet de marché en cas d'ouverture d'une procédure de présélection (voir l'article 16). Il n'est alors pas nécessaire que l'avis comprenne des renseignements concernant les documents relatifs au marché, puisque ces documents seront fournis aux entrepreneurs et fournisseurs qui auront été présélectionnés (article 17).

* * *

SECTION III. QUALIFICATIONS DES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS

Article 15. Evaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs

(1) L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection ou dans la documentation relative au marché.

(2) Les critères de qualification sont objectifs dans toute la mesure du possible et sont limités à ceux qui sont essentiels pour déterminer que les entrepreneurs ou fournisseurs disposent des compétences techniques, des ressources financières, des équipements et autres moyens matériels et du personnel requis pour exécuter le marché.

(3) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, exigence ou procédure, relatif à la démonstration ou à l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, qui aurait pour conséquence d'empêcher indûment les entrepreneurs et fournisseurs étrangers de démontrer qu'ils sont qualifiés.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 85 à 89; A/CN.9/315, par. 40 et 41.]

1. Cet article énonce des règles applicables en cas de procédure d'appel d'offres, y compris, le cas échéant, en cas de procédure de présélection, concernant les qualifications requises des entrepreneurs et des fournisseurs (voir l'article 9). Si les entrepreneurs et les fournisseurs n'ont pas été présélectionnés (voir l'article 16), l'entité adjudicatrice évalue leurs qualifications après l'ouverture des plis. Dans certains cas, lorsque les entrepreneurs et fournisseurs ont été présélectionnés, leurs qualifications peuvent être examinées plus attentivement après l'ouverture des plis. L'entité adjudicatrice peut, en outre, procéder à une postsélection, afin de s'assurer que les qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis l'offre la plus avantageuse n'ont pas changé.

2. Pour que soit garantie la transparence, les critères de qualification et la procédure d'évaluation des qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs doivent être énoncés dans la documentation de présélection [article 16-3, alinéa e)] et dans la documentation relative au marché [article 18, alinéa c)].

3. Les paragraphes 1 et 2 ont pour objet d'assurer un traitement équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs et d'éviter une évaluation arbitraire de leurs qualifications. Ils visent également à donner aux entrepreneurs et aux fournisseurs une bonne idée des chances qu'ils ont d'être jugés qualifiés. Ces dispositions contribuent à instaurer un climat propice à la participation des entrepreneurs et des fournisseurs à une procédure d'appel d'offres. S'agissant de la nécessité d'assurer, dans toute la mesure du possible, l'objectivité des critères de qualification, il faudrait fixer un seuil d'acceptabilité. L'entrepreneur ou le fournisseur devra, par exemple, avoir fourni des biens ou effectué des travaux d'une nature similaire au moins une fois au cours des cinq années précédentes.

4. Les entrepreneurs et fournisseurs sont souvent priés de remplir un questionnaire où sont demandés des renseignements sur divers aspects de leurs qualifications et de soumettre d'autres pièces, telles que bilans financiers ou références bancaires, pour démontrer qu'ils répondent aux critères de qualification fixés. Les conditions dans ce domaine doivent être énoncées dans la documentation de présélection [article 16-3, alinéa d)] ou dans la documentation relative au marché (article 18, alinéa d), selon le cas. Les dispositions de l'article 10 relatives à la certification et à l'authentification des déclarations écrites et autres pièces s'appliquent à ces questionnaires et pièces. Voir également l'article 9 et le commentaire de cet article.

5. S'agissant du paragraphe 3, si, par exemple, des références bancaires sont demandées, mais qu'il n'est pas absolument nécessaire qu'elles émanent de banques du pays de l'entité adjudicatrice, cette dernière devrait permettre aux entrepreneurs ou fournisseurs étrangers de présenter des références émanant de banques étrangères dont la réputation est établie.

* * *

Article 16. Procédure de présélection

(1) Sauf dans les cas où la participation à la procédure d'appel d'offres est restreinte en application de l'article 12-2, l'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres, les entrepreneurs et fournisseurs ayant les aptitudes et qualifications requises pour exécuter le marché.

(2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque entrepreneur ou fournisseur qui en font la demande, conformément aux procédures spécifiées dans l'avis de projet de marché, et qui en paient le prix, le cas échéant.

(3) La documentation de présélection contient tous les renseignements requis pour permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de préparer et soumettre leurs demandes de présélection, notamment les renseignements devant figurer dans l'avis de projet de marché conformément à l'article 14-1, à l'exception de son alinéa e), ainsi que les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) Tous renseignements supplémentaires concernant les biens à fournir ou les travaux à effectuer qui seraient utiles aux entrepreneurs ou fournisseurs pour la préparation de leur demande de présélection;

c) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres;

d) Toutes déclarations écrites, pièces ou autres informations qui doivent être soumises par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs aptitudes et leurs qualifications;

e) Critères et procédures applicables pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs;

f) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux entrepreneurs et fournisseurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu en particulier, dans le cas des procédures d'appel d'offres international, des délais requis par les entrepreneurs et fournisseurs étrangers;

g) Toutes autres conditions énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

h) Mention des dispositions de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toute autre loi et réglementation [du présent Etat] directement applicables à la procédure de présélection.

(4) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une demande de présélection s'ils ont ou non été présélectionnés et elle publie les noms de tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. Tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés sont habilités à soumettre une offre.

(5) L'entité adjudicatrice communique sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de leur rejet, mais elle n'est pas tenue d'explicitier ce motif.

(6) Il n'est pas interdit à une entité adjudicatrice qui a procédé à une présélection de réévaluer, lors d'une étape ultérieure de la procédure d'appel d'offres, les aptitudes et qualifications des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 85 (les deux dernières phrases) et 90 à 93; A/CN.9/315, par. 42, 43 et 103.]

1. Cet article permet à l'entité adjudicatrice d'ouvrir une procédure de présélection chaque fois qu'elle le juge utile. Cette procédure a pour objet d'éliminer rapidement de l'appel d'offres les entrepreneurs et fournisseurs qui n'ont pas les aptitudes ou les qualifications requises pour exécuter le marché, et de réduire le nombre des soumissions que l'entité adjudicatrice devra évaluer et comparer. Dans la pratique, la procédure de présélection est le plus souvent utilisée pour les biens ou les travaux complexes, ou ayant une valeur élevée, car l'évaluation et la comparaison des soumissions sont alors beaucoup plus compliquées, onéreuses et longues que dans le cas de marchés plus simples ou de valeur moindre. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de se porter candidats à un marché à forte valeur si le coût de préparation de leur soumission est élevé, si les concurrents sont très nombreux et s'ils doivent affronter des soumissions fantaisistes émanant d'entrepreneurs et de fournisseurs non qualifiés ou ayant mauvaise réputation. Pour les marchés moins complexes ou de plus faible valeur, il est souvent plus économique d'évaluer les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs après l'ouverture des plis que d'effectuer une présélection.

2. Une présélection ne peut être effectuée que dans le cas d'un appel d'offres ouvert; elle n'est pas nécessaire dans le cas d'un appel d'offres

restreint. En fait, la procédure de présélection ne devrait être utilisée que pour identifier ou éliminer rapidement les entrepreneurs et fournisseurs n'ayant manifestement pas les qualifications requises, et non pour limiter la participation à certains entrepreneurs et fournisseurs, ce qui peut être fait par le biais de l'appel d'offres restreint.

3. Les paragraphes 2 à 5 régissent la procédure à suivre en cas de présélection. Comme la procédure d'appel d'offres ouvert à laquelle elle est liée, la procédure de présélection est, en vertu du paragraphe 2, ouverte à tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés qui font dûment la demande des documents de présélection. Au titre du paragraphe 2 de l'article 14, l'avis de présélection et les informations y relatives doivent être inclus dans l'avis de projet de marché pour un appel d'offres ouvert, et il convient donc de donner à cet avis une large publicité.

4. Le paragraphe 3 énonce les renseignements devant figurer dans les documents de présélection, étant clairement entendu qu'il ne s'agit là que des renseignements minima à fournir; les documents peuvent aussi contenir d'autres renseignements visant à aider les entrepreneurs et fournisseurs à établir et soumettre leur demande d'inscription en vue d'une présélection. Ces conditions sont analogues à celles qui sont énoncées à l'article 18 concernant les renseignements à fournir dans les documents relatifs au marché. Le commentaire de l'article 18 vaut donc également pour l'article 16. L'article 20 énonce les règles concernant la formulation de la documentation de présélection.

5. L'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs dans la procédure de présélection est régie par l'article 15.

6. Le paragraphe 5 a pour objet de garantir la transparence et de faciliter l'exercice, par un entrepreneur ou un fournisseur n'ayant pas été présélectionné, de son droit de recours.

7. Pour le paragraphe 6, on se référera au paragraphe 1 du commentaire de l'article 15.

* * *

SECTION IV. DOCUMENTATION RELATIVE AU MARCHÉ

Article 17. Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs de la documentation relative au marché

L'entité adjudicatrice fournit un jeu de documents relatifs au marché aux entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'avis de projet de marché. S'il y a eu présélection, elle fournit un jeu de documents à chaque entrepreneur ou fournisseur qui a été présélectionné et qui paie le prix, le cas échéant, de ces documents.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : source : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 100.]

Cet article s'explique de lui-même. On se référera au paragraphe 3 du commentaire de l'article 12.

* * *

Article 18. Teneur de la documentation relative au marché

La documentation relative au marché comporte tous les renseignements requis pour que les entrepreneurs et fournisseurs puissent préparer et soumettre des offres conformes; elle donne notamment les renseignements suivants :

- a) Instructions pour la préparation des offres;
- b) Critères d'aptitude énoncés à l'alinéa a) de l'article 8-1;
- c) Si les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs doivent être évaluées ou réévaluées après l'ouverture des offres, critères et procédures à appliquer pour cette évaluation ou réévaluation;
- d) Toute déclaration écrite, pièce ou autre information qui doit être soumise par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs aptitudes et de leurs qualifications;
- e) Nature, caractéristiques techniques et qualité requise des biens ou des travaux faisant l'objet du marché, notamment spécifications techniques, plans, dessins et modèles selon le cas; quantité des biens requis; emplacement où doivent s'effectuer les travaux; et, le cas échéant, délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux;
- f) Conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres;
- g) Possibilité ou non de soumettre des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens ou des travaux, les conditions contractuelles, ou toute autre condition énoncée dans la documentation relative au marché;
- h) Si les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une portion des biens ou des travaux requis, spécification de la portion ou des portions pour lesquelles des offres peuvent être soumises;
- i) Manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé et, dans les procédures d'appel d'offres international, monnaie ou monnaies retenues;
- j) Prix soumissionné maximum ou minimum applicable, ou fourchette de prix applicable, ou formule à utiliser pour établir cette fourchette;
- k) Dans les procédures d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles les offres doivent être établies;
- l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la nature, le montant et les autres conditions de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les entrepreneurs et fournisseurs soumettant des offres et de toute garantie de bonne exécution du marché devant être fournie par l'entrepreneur ou le fournisseur concluant le marché et en ce qui concerne le type ou les types d'institutions ou entités dont les garanties seront acceptables;
- m) Mode, lieu et délai de soumission des offres;

n) Moyens par lesquels, en application de l'article 24, les entrepreneurs et fournisseurs peuvent demander des éclaircissements sur la documentation relative au marché et le lieu et la date de toute réunion d'entrepreneurs et fournisseurs organisée par l'entité adjudicatrice;

o) Période de validité des offres;

p) Lieu, date et heure de l'ouverture des offres, procédures à suivre pour l'ouverture, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre la plus avantageuse et critères qui seront appliqués pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre la plus avantageuse, notamment des facteurs tels que la quantification ou d'autres modes d'application des critères, l'importance relative de chaque critère ou toute autre indication du degré de priorité accordé à chacun d'entre eux, la manière dont les critères seront combinés et dont les offres seront comparées en vue de la détermination de l'offre la plus avantageuse et toute marge de préférence qui sera appliquée le cas échéant, son montant et la manière dont elle sera appliquée;

q) Dans les procédures d'appel d'offres international, monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres et, soit taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit déclaration stipulant que le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;

r) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relative à la préparation et à la soumission des offres et à la procédure d'appel d'offres;

s) Mention des dispositions de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toute autre loi et réglementation [du présent Etat] directement applicables à la procédure d'appel d'offres [et mention des lois et règlements [du présent Etat] en matière d'impôts, de sécurité sociale, de sûreté, de protection de l'environnement, de santé et de travail applicables à l'exécution du marché];

t) Nom et adresse de la personne ou des personnes autorisées à communiquer avec les entrepreneurs et les fournisseurs à propos de la procédure d'appel d'offres et auxquelles doivent être adressées les communications des entrepreneurs et fournisseurs.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 100 à 106 et 123 à 126; A/CN.9/315, par. 46 à 50 et 60 à 66.]

1. Cet article stipule les renseignements minima à inclure dans la documentation relative au marché. Nombre de ces renseignements sont traités dans d'autres dispositions de la loi type. Cette énumération de tous les renseignements qui doivent figurer dans la documentation relative au marché et de tous ceux dont l'inclusion est expressément prévue par la loi type permet aux entités adjudicatrices d'utiliser le paragraphe comme "liste de pointage"

lors de l'établissement de la documentation relative au marché. Les mots "offres conformes" utilisés dans le chapeau de l'article sont définis au paragraphe 4 de l'article 28.

2. Les instructions pour la préparation des offres mentionnées à l'alinéa a) devraient donner des indications sur la forme que doit revêtir la signature de l'offre, ainsi que la manière dont les différentes pièces qui composent l'offre doivent être présentées (système de double enveloppe, par exemple - voir le paragraphe 23 du commentaire de l'article 28).

3. Les alinéas e) et f) portent sur les caractéristiques requises des biens ou des travaux et sur les conditions du marché. Les offres devront correspondre à ces caractéristiques et conditions pour être jugées conformes (article 28-4). D'autres caractéristiques et conditions non imposées par l'entité adjudicatrice peuvent faire l'objet de propositions dans les offres et constitueront des éléments de concurrence entre soumissionnaires [voir l'article 28-7, alinéa c) ii), et le paragraphe 14 du commentaire de l'article 28].

4. S'agissant des conditions du marché qui doit être conclu, la documentation relative au marché comprend souvent un exemplaire des conditions contractuelles qui deviendront partie intégrante du marché. Ces conditions devraient, dans la mesure du possible, être formulées dans des termes commerciaux reconnus au niveau international, tels que les INCOTERMS [voir l'article 20-3, alinéas b) et c)]. Il faudrait aussi que la documentation relative au marché énonce des conditions telles qu'une obligation de financement par l'entrepreneur ou le fournisseur.

5. En ce qui concerne la formulation du prix de l'offre [alinéa i)], la documentation relative au marché devrait, par exemple, préciser si et comment les entrepreneurs et fournisseurs doivent tenir compte des taxes, droits de douane et autres redevances et prélèvements similaires dans la formulation du prix de l'offre, et indiquer sur quelle base les prix doivent s'entendre (prix départ usine, prix f.o.b. ou prix c.a.f., par exemple) (voir l'article 20-3). On peut, grâce à de telles précisions, formuler le prix de l'offre de manière uniforme, de sorte que les prix puissent être aisément comparés.

6. Il est possible d'adopter différentes approches en ce qui concerne le rôle joué par les taxes, les droits de douane, les prélèvements et redevances similaires dans la formulation du prix de l'offre. Selon une approche, il peut être demandé aux entrepreneurs et fournisseurs, dans la documentation relative au marché, de faire figurer toutes ces redevances et tous ces prélèvements dans le prix de leur offre, celui dont l'offre est acceptée n'étant pas en droit d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle rembourse les redevances ou prélèvements non inclus dans le prix soumissionné. Selon une autre approche, les entrepreneurs ou fournisseurs n'incluraient pas ces redevances et prélèvements dans le prix soumissionné et pourraient se faire rembourser par l'entité adjudicatrice toutes redevances et tous prélèvements effectivement payés. Cette dernière approche peut se révéler plus intéressante lorsqu'une participation étrangère à l'appel d'offres est envisagée ou souhaitée. L'obtention par les entrepreneurs et fournisseurs étrangers des renseignements nécessaires au calcul de ces redevances et prélèvements, en particulier en ce qui concerne les taxes prélevées par le pays de l'entité adjudicatrice, peut se révéler difficile et longue. En outre, ces taxes sont parfois mal définies; ainsi, les entités adjudicatrices sont parfois en mesure d'obtenir des réductions ou autres avantages fiscaux, en particulier dans le cas de marchés à forte valeur ou de marchés présentant un intérêt particulier pour l'administration. Les différents soumissionnaires peuvent donc calculer ces prélèvements différemment, ce qui rend difficile,

voire impossible, une comparaison exacte des prix soumissionnés. [Les conditions contractuelles figurant dans la documentation relative au marché devraient indiquer clairement celle des parties qui supportera le risque d'augmentation des taxes, droits de douane ou redevances et prélèvements similaires, ou d'imposition de taxes, droits de douane ou redevances et prélèvements similaires nouveaux, que l'entrepreneur ou le fournisseur est tenu de payer dans le pays de l'entité adjudicatrice après une date donnée (30 jours, par exemple, avant la date limite de soumission des offres). Il pourrait être prévu, par exemple, de faire supporter le risque à l'entité adjudicatrice.] [Note pour le Groupe de travail : les phrases précédentes entre crochets pourraient être incluses si l'article 21 n'était pas retenu.]

7. En ce qui concerne la base de calcul du prix, diverses solutions sont possibles. Selon une approche, le prix doit être le prix total de livraison à l'entité adjudicatrice, y compris, par exemple, le fret et les assurances. Dans certains cas, toutefois, l'entité adjudicatrice souhaitera prendre à sa charge le transport ou l'assurance (elle peut souhaiter faire appel à des transporteurs ou assureurs du pays pour favoriser l'activité locale ou économiser les devises). L'entité adjudicatrice pourrait alors demander aux entrepreneurs et aux fournisseurs que leurs prix soient, par exemple, des prix f.o.b., ou des prix c.a.f. indiquant séparément le prix f.o.b., le fret jusqu'au port d'entrée dans le pays de l'entité adjudicatrice, les frais de livraison à ladite entité et les primes d'assurance. L'entité adjudicatrice peut alors décider de conclure le marché avec un soumissionnaire sur la base du prix c.a.f., ou de conclure le marché sur la base du prix f.o.b. et de prendre à sa charge le transport ou l'assurance.

8. Dans les appels d'offres internationaux, la documentation relative au marché doit spécifier la ou les monnaies dans lesquelles les prix des offres doivent être libellés, à savoir, par exemple, la monnaie du pays de l'entité adjudicatrice, la monnaie du pays de l'entrepreneur ou du fournisseur et une monnaie communément utilisée dans le commerce international. Les soumissionnaires peuvent aussi être autorisés à exprimer certaines portions du prix de leur offre dans plusieurs monnaies différentes, dans lesquelles leurs dépenses sont encourues pour les travaux ou biens qu'ils se proposent de fournir. En autorisant les prix d'une offre à être libellés dans des monnaies autres que la monnaie du pays de l'entité adjudicatrice, on favorise l'économie lorsque des entrepreneurs et fournisseurs étrangers participent à l'appel d'offres, parce que cela permet à ces derniers de réduire les risques de change auxquels ils seraient soumis si leurs offres étaient libellées dans la monnaie du pays de l'entité adjudicatrice. Ainsi, les soumissionnaires peuvent proposer les prix les plus économiques, sans les majorer pour couvrir les risques de change. D'un autre côté, cependant, les risques de change augmentent pour l'entité adjudicatrice. En outre, la soumission d'offres dont les prix sont exprimés dans diverses monnaies complique le processus d'évaluation et de comparaison des offres, car les prix doivent être convertis dans une monnaie unique (voir article 28-8). Pour réduire et répartir les risques de change et atténuer les autres inconvénients que peut présenter la formulation du prix de l'offre dans plusieurs monnaies, il peut être demandé aux entrepreneurs et fournisseurs d'exprimer le prix de leur offre dans une unité de compte relativement stable, telle que le droit de tirage spécial (DTS) du Fonds monétaire international.

9. Dans la pratique, les entités adjudicatrices demandent parfois aux entrepreneurs et fournisseurs de divulguer les éléments et bases de calcul du prix de l'offre, y compris la manière dont les bénéfices sont pris en compte. Cette méthode permet quelquefois aux entités adjudicatrices de vérifier si le prix de l'offre est réaliste ou juste. Toutefois, les entrepreneurs et les

fournisseurs considèrent souvent de telles informations comme confidentielles, et l'imposition de cette condition pourrait dissuader certains d'entre eux de participer à une procédure d'appel d'offres.

10. En ce qui concerne l'alinéa p), l'ouverture des offres doit avoir lieu au moment qui, conformément à la documentation relative au marché, constitue la date limite de soumission des offres (article 27-1).

11. Pour encourager la transparence, il est demandé à l'alinéa s) que les documents relatifs au marché appellent l'attention des entrepreneurs et fournisseurs sur la loi type, la réglementation des marchés et toute autre loi et réglementation de l'Etat adoptant la loi directement applicable à la procédure d'appel d'offres. En effet, les entrepreneurs et fournisseurs étrangers, en particulier, pourraient, sinon ne pas avoir normalement connaissance de ces autres lois et réglementations. Il pourrait être fait mention, par exemple, des lois et réglementations relatives aux timbres à apposer sur une offre ou imposant la soumission d'un exemplaire de l'offre à tel ou tel service. [En outre, la documentation relative au marché doit renvoyer aux autres types de lois et de réglementations pertinentes pour l'exécution du contrat.] [Note pour le Groupe de travail : cette disposition et la phrase précédente ont été placées entre crochets pour inviter le Groupe de travail à examiner si un tel renvoi devrait aussi être demandé.]

12. Le renseignement demandé à l'alinéa t) vise à éviter des questions ou des malentendus concernant le destinataire des communications envoyées à l'entité adjudicatrice, et l'autorisation donnée aux employés de ladite entité de communiquer avec les entrepreneurs et fournisseurs. La personne autorisée peut être, par exemple, le responsable du service des achats de l'entité adjudicatrice.

13. Outre les renseignements requis par le présent article, il serait souhaitable que la documentation relative au marché comprenne un formulaire d'offre sur lequel les entrepreneurs et les fournisseurs devront indiquer le prix de l'offre, ainsi que d'autres éléments essentiels de cette offre et qu'ils devront signer. Un tel formulaire contribuerait à uniformiser la présentation des offres et à en rationaliser l'examen, l'évaluation et la comparaison. Il serait aussi souhaitable que la documentation relative au marché comprenne des formulaires pour toutes les garanties requises, afin que ces garanties soient conformes aux conditions fixées par l'entité adjudicatrice. Voir également le paragraphe 4 du commentaire de l'article 26.

* * *

Article 19. Prix facturé pour la documentation relative au marché

L'entité adjudicatrice peut faire payer aux entrepreneurs et fournisseurs la documentation relative au marché qui leur est fournie. La somme ne doit refléter que le coût de l'impression de la documentation et de sa distribution aux entrepreneurs et fournisseurs.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 107 à 109; A/CN.9/315, par. 51.]

Cet article a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer les frais d'impression et de diffusion de la documentation relative

au marché, tout en évitant une facturation trop élevée qui pourrait dissuader des entrepreneurs et des fournisseurs qualifiés de participer à la procédure d'appel d'offres.

* * *

Article 20. Règles concernant la formulation de la documentation de présélection et de la documentation relative au marché

(1) Dans la documentation de présélection ou dans la documentation relative au marché, les spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des marchandises ou des travaux requis, les conditions relatives aux essais et méthodes d'essais, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, les symboles ou les termes ne seront pas utilisés pour créer des obstacles à la participation d'entrepreneurs ou fournisseurs à la procédure d'appel d'offres et, notamment, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers; il ne sera en outre pas recouru à des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, symboles ou termes ayant pour effet de créer des obstacles injustifiés à une telle participation.

(2) Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ces documents ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou de la construction à fournir et à condition que soient ajoutés des mots tels que "ou son équivalent".

(3) a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et la documentation relative au marché utilisent, lorsqu'il en existe, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis.

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'il en existe, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et de la documentation relative au marché.

c) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, des expressions, conditions, symboles, termes et termes commerciaux normalisés au plan international sont utilisés, s'il en existe; dans le cas contraire, des expressions, conditions, symboles, termes et termes commerciaux normalisés au plan national sont utilisés, s'il en existe.

(4) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, la documentation de présélection et la documentation relative au marché est établie dans ... [chaque Etat adoptant la loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles] [et dans une langue d'usage courant dans le commerce international]. [En cas de divergence ou de conflit entre les versions linguistiques, la version établie dans la langue d'usage courant dans le commerce international prévaut.]

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 110 à 114; A/CN.9/315, par. 52 à 55.]

[Le paragraphe 1 est basé sur l'article IV-1 de l'Accord du GATT; le paragraphe 2 est basé sur l'article IV-3 de l'Accord du GATT.]

1. Les documents de présélection et la documentation relative au marché devront, dans toute la mesure du possible, être rédigés d'une manière claire, exhaustive et objective, en particulier en ce qui concerne la description des biens ou travaux faisant l'objet du marché. La documentation ainsi rédigée permettra aux soumissionnaires de formuler des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, de prévoir les risques et le coût de leur participation à l'appel d'offres et de l'exécution du marché une fois conclu, et ainsi de proposer les prix et conditions les plus avantageux. En outre, ainsi présentées, les offres pourront être évaluées et comparées sur la même base, ce qui est l'une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Cette normalisation favorise en outre la transparence et réduit les possibilités d'actes ou de décisions erronés, arbitraires, voire abusifs, de la part de l'entité adjudicatrice. L'article 20 vise à promouvoir ces objectifs.

2. En ce qui concerne le paragraphe 3, on se référera aux paragraphes 4 et 7 du commentaire de l'article 18. Le paragraphe 4 contribuera à rendre la documentation relative au marché compréhensible pour les entrepreneurs et fournisseurs étrangers. Le membre de phrase "et dans une langue d'usage courant dans le commerce international" et la dernière phrase entre crochets n'ont pas à être adoptés par un Etat adoptant la loi type dont la langue officielle est une des langues couramment utilisées dans le commerce international.

* * *

[Article 21. Lois ou règlements nouveaux ou modifiés relatifs aux taxes, aux droits de douane ou à des charges similaires, ou ayant des incidences sur l'exécution du marché]

[Le marché doit stipuler que l'entité adjudicatrice prendra en charge tous frais supplémentaires encourus par l'entrepreneur ou le fournisseur devenant partie au marché en raison de lois ou règlements nouveaux ou modifiés [du présent Etat] relatifs aux taxes, aux droits de douane ou à des charges similaires, ou ayant des incidences sur l'exécution du marché par l'entrepreneur ou le fournisseur, qui entrent en vigueur dans les 30 jours précédant la date limite de soumission des offres.]

* * *

[Commentaire]

[1. La raison d'être de cette disposition est que, lors de la formulation de leur offre, les entrepreneurs et les fournisseurs évaluent leurs coûts et calculent leurs prix en fonction des obligations que leur imposent les lois et les réglementations en vigueur au moment de la préparation de l'offre. Tous frais supplémentaires encourus par l'entrepreneur ou le fournisseur en raison de modifications ultérieures des lois et réglementations mentionnées devraient être pris en charge par l'entité adjudicatrice. Le délai de [30] jours a été choisi parce que les

entrepreneurs et les fournisseurs peuvent ne pas prendre connaissance des changements survenant après ce délai suffisamment tôt pour modifier en conséquence leur offre avant la date limite fixée pour les soumissions.]

[2. Lorsque les entrepreneurs et les fournisseurs doivent exclure les taxes du prix de leur offre et peuvent demander remboursement à l'entité adjudicatrice des taxes effectivement payées (voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 18), ils n'encourent aucuns frais supplémentaires du fait de nouvelles taxes ou de modifications de la législation fiscale, et la stipulation contractuelle requise à l'article 21 n'est pas applicable dans un tel cas.]

[Note pour le Groupe de travail : L'article 21 ainsi que le commentaire ont été mis entre crochets pour inviter le Groupe de travail à se demander si cet article devrait être inclus. En principe, la loi type ne vise que les procédures de passation des marchés, et non les questions ayant trait à la nature du marché (voir A/CN.9/315, par. 14). Cependant, certains spécialistes de la passation des marchés consultés par le Secrétariat ont estimé qu'une telle disposition serait utile.]

* * *

Article 22. Clarification et modification de la documentation relative au marché

(1) L'entrepreneur ou fournisseur désireux d'obtenir des éclaircissements sur la documentation relative au marché communique sa demande à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond promptement à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit avant la date limite de soumission des offres. Des copies de la réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, sont communiquées à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis la documentation relative au marché.

(2) A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour toute raison, soit de sa propre initiative, soit en réponse à une demande d'éclaircissements adressée par un entrepreneur ou fournisseur, modifier la documentation relative au marché en publiant un additif. Ledit additif est communiqué promptement à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation relative au marché et a pour eux force obligatoire.

(3) Toute demande d'éclaircissements et toute réponse adressée par l'entité adjudicatrice, ainsi que tout additif à la documentation relative au marché sont faits par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de la demande, de la réponse ou de l'additif.

(4) Si l'entité adjudicatrice organise une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs, elle établit un procès-verbal de la réunion indiquant les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion à propos de la documentation relative au marché, sans identifier les sources des demandes, ainsi que ses réponses auxdites demandes. Le procès-verbal est établi par écrit, ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des renseignements qui y figurent et est communiqué à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a soumis la documentation relative au marché.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 115 à 119; A/CN.9/315, par. 56 à 58.]

1. Toute clarification et toute modification de la documentation relative au marché devraient être publiées et communiquées en temps opportun pour permettre aux entrepreneurs et aux fournisseurs de prendre les mesures voulues, comme par exemple modifier ou retirer leurs offres. En vertu du paragraphe 3 de l'article 25, une offre ne peut être modifiée ou retirée qu'avant la date limite de soumission. Si une clarification ou une modification de la documentation relative au marché est publiée ou communiquée à une date trop rapprochée de la date limite, l'entité adjudicatrice peut devoir repousser la date limite pour permettre aux entrepreneurs et aux fournisseurs de prendre les mesures voulues (voir l'article 24-2). Dans ce cas, il faudra reculer la date d'ouverture des offres (voir l'article 27-1), et l'entité adjudicatrice devra prier les entrepreneurs et les fournisseurs de prolonger la durée de validité de leurs offres et de leurs garanties de soumission (voir l'article 25-2). En outre, il peut être aussi nécessaire, dans certains cas, de prolonger la durée d'exécution du marché.

2. En ce qui concerne le paragraphe 4, une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs peut être un moyen utile et efficace de répondre aux demandes d'éclaircissement portant sur la documentation relative au marché, lorsque cette documentation est longue et complexe et que la valeur des biens ou des travaux est élevée. La réglementation des marchés peut énoncer des règles concernant ces réunions en stipulant, par exemple, que toutes les demandes d'éclaircissement doivent être soumises par écrit.

* * *

SECTION V. OFFRES

Article 23. Langue des offres

Les offres sont établies et soumises en ... [chaque Etat adoptant la loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles]. En cas de procédure d'appel d'offres international, au choix de l'entrepreneur ou du fournisseur, les offres peuvent être établies et soumises dans toute langue dans laquelle la documentation relative au marché a été publiée.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 121 et 122; A/CN.9/315, par. 59.]

On se référera au paragraphe 4 de l'article 20, qui porte sur la langue de la documentation relative au marché.

* * *

Article 24. Soumission des offres

(1) L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure données, qui constituent la date limite pour la soumission des offres. Cette date limite doit être fixée de manière à laisser suffisamment de temps aux

entrepreneurs et fournisseurs pour préparer et soumettre leurs offres, compte tenu en particulier, dans le cas de la procédure d'appel d'offres international, des délais requis par les entrepreneurs et fournisseurs étrangers.

(2) a) L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter ladite date limite :

- i) afin de laisser aux entrepreneurs et fournisseurs suffisamment de temps pour prendre en compte, dans leur offre, une réponse donnée par l'entité adjudicatrice à une demande d'éclaircissements concernant la documentation relative au marché ou une modification de ladite documentation, ou
- ii) si, en raison de circonstances imprévues, il n'est pas possible aux entrepreneurs ou fournisseurs de soumettre leur offre avant la date limite.

b) La notification de tout report de la date limite est donnée promptement par écrit, ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de l'information, à chaque entrepreneur et fournisseur auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation relative au marché.

(3) Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte ni examinée; elle est renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur l'ayant soumise. [Toutefois, une offre soumise après la date limite peut être examinée si l'entrepreneur ou le fournisseur n'a pu soumettre son offre à temps en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.]

(4) Les offres sont soumises par écrit, dans des enveloppes scellées. [Toutefois, l'entité adjudicatrice peut autoriser les entrepreneurs et fournisseurs à soumettre leur offre par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement des informations figurant dans l'offre.] L'entité adjudicatrice remet à l'entrepreneur ou au fournisseur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre a été reçue.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 127 à 134; A/CN.9/315, par. 67 à 69.]

1. L'entité adjudicatrice doit fixer la date limite à laquelle les offres doivent être soumises. Lorsqu'elle fixe cette date, elle doit tenir compte de facteurs tels que la complexité des biens ou des travaux faisant l'objet du marché, la part de sous-traitance prévue et le temps nécessaire pour l'acheminement des offres, notamment dans le cas d'un appel d'offres international. Un Etat adoptant la loi type peut souhaiter fixer, dans sa réglementation des marchés, le délai minimum que l'entité adjudicatrice doit allouer pour la soumission des offres.

2. Le paragraphe 2 permet à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances. Cette date ne devrait être reportée que dans des cas exceptionnels, car des reports fréquents pourraient rendre la

procédure d'appel d'offres inefficace et encourager des abus (en permettant, par exemple, à l'entité adjudicatrice de favoriser tel ou tel entrepreneur ou fournisseur retardataire).

3. Le principe qui sous-tend le paragraphe 3 est que la prise en considération d'une offre tardive serait injuste pour les autres entrepreneurs et fournisseurs, et pourrait aussi nuire au bon fonctionnement et à l'efficacité de la procédure d'appel d'offres. [L'entité adjudicatrice est cependant autorisée à examiner une offre soumise tardivement en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'entrepreneur ou du fournisseur.] [Note pour le Groupe de travail : cette phrase et la disposition du paragraphe 3 à laquelle elle renvoie ont été placées entre crochets pour inviter le Groupe de travail à examiner si cette disposition doit ou non être incluse.] Pour être considérée comme ayant été soumise à temps, une offre doit être reçue par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des offres. Ainsi, c'est à l'entrepreneur ou au fournisseur de supporter le risque de non-réception ou d'erreur d'acheminement de l'offre.

[4. En ce qui concerne la deuxième phrase du paragraphe 4, l'entité adjudicatrice peut souhaiter, dans certains cas, autoriser les entrepreneurs et fournisseurs à soumettre leur offre autrement que par écrit. Les offres soumises par d'autres moyens doivent contenir tous les renseignements et toute la documentation requis dans la documentation relative au marché. Il n'est donc possible de recourir à ces moyens que dans le cas d'offres simples, où le prix et un nombre minimum d'autres facteurs (date de livraison, par exemple) sont les seuls aspects sur lesquels porte l'appel d'offres et qui exigent très peu de renseignements et de documents. Les entrepreneurs et les fournisseurs peuvent alors être, par exemple, priés, dans la documentation relative au marché, de communiquer à l'entité adjudicatrice le prix de leur offre et leurs propositions concernant tous autres éléments pour lesquels l'appel d'offres est lancé, ainsi qu'une déclaration selon laquelle ils s'obligent, en soumettant une offre, à accepter toutes les conditions énoncées dans la documentation relative au marché. [Note pour le Groupe de travail : le présent paragraphe et la phrase à laquelle il renvoie ont été mis entre crochets afin d'inviter le Groupe de travail à examiner s'il convient ou non d'inclure cette disposition. Autoriser la soumission d'offres autrement que par écrit et dans des enveloppes scellées (par télex ou fac-similé, par exemple) pourrait être un facteur de rapidité et d'efficacité; cependant, de tels moyens ne donnent pas aux offres le caractère confidentiel que permet une soumission sous enveloppe scellée.]

5. Le mode, le lieu et le délai de soumission des offres doivent être indiqués dans la documentation relative au marché [alinéa m) de l'article 18].

* * *

Article 25. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

(1) Les offres restent valides durant le délai spécifié dans la documentation relative au marché. La période de validité commence dès la date limite de soumission des offres.

(2) a) Avant l'expiration de la date de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs ou fournisseurs de prolonger cette période d'un délai supplémentaire donné. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent refuser cette demande sans renoncer à leur garantie de soumission. La demande et les réponses sont faites par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information.

b) L'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs acceptant une telle prolongation de prolonger ou de faire prolonger la durée de validité de leur garantie de soumission ou, si cela est impossible, d'obtenir une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre.

(3) L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission en communiquant à l'entité adjudicatrice, par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de l'information, leur modification ou un avis de retrait. La modification ou l'avis de retrait exercent leurs effets s'ils sont reçus par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des offres.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 138 à 143; A/CN.9/315, par. 76 à 78.]

1. L'entité adjudicatrice souhaite généralement que les offres restent valides pendant une période de temps donnée après la date de soumission. Cela s'explique par le fait qu'un certain temps s'écoule généralement entre, d'une part, l'ouverture des offres et, d'autre part, leur traitement et la conclusion du marché. L'entité adjudicatrice voudra être assurée qu'après achèvement de ces procédures un marché sera conclu conformément aux conditions de l'offre acceptée. Elle voudra, en outre, être certaine que si, pour une raison quelconque, le marché n'est pas conclu ou si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, d'autres offres resteront valides et pourront être acceptées.

2. En vertu du paragraphe 1, c'est l'entité adjudicatrice qui fixe la période de validité des offres. Cette période doit être spécifiée dans la documentation relative au marché [alinéa o) de l'article 18]. Elle devrait être suffisamment longue pour couvrir le délai qui est normalement nécessaire pour ouvrir, évaluer et comparer les offres, obtenir toutes les autorisations requises (l'aval d'un organisme de prêt, par exemple), conclure le marché et permettre au soumissionnaire de fournir une garantie de bonne exécution du marché, si nécessaire. Toutefois, la période de validité ne devrait pas être excessivement longue; on s'expose sinon à un renchérissement des offres, car les entrepreneurs et les fournisseurs devront majorer leurs prix pour couvrir les frais et les risques qu'ils encourent pendant une telle période (tels que le risque de hausse du coût des travaux ou du coût de fabrication, l'obligation d'affecter leurs ressources au projet pour une longue période ou le coût de la garantie de soumission sur une longue durée).

3. L'alinéa a) du paragraphe 2 permet à l'entité adjudicatrice de demander une prolongation de cette période lorsque, par exemple, l'appel d'offres n'aboutit pas et que le marché ne peut être conclu durant le délai fixé. Il faudrait cependant éviter ces prolongations, qui peuvent faire perdre des offres avantageuses et gêner le bon déroulement de l'appel d'offres. L'entité adjudicatrice devrait, à cette fin, essayer de fixer, dans la documentation relative au marché, un délai aussi réaliste que possible. Pour l'alinéa b) du paragraphe 2, on se référera au paragraphe 9 du commentaire de l'article 26.

4. En ce qui concerne le paragraphe 3, la possibilité de modifier une offre autrement que par écrit (par télex ou fac-similé, par exemple) permet aux entrepreneurs et aux fournisseurs d'apporter des ajustements de dernière minute au prix de leur offre.

* * *

SECTION VI. GARANTIES DE SOUMISSION

Article 26. Garanties de soumission

(1) Si l'entité adjudicatrice demande aux entrepreneurs et fournisseurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les entrepreneurs et fournisseurs;

[b) En cas de procédure d'appel d'offres international, il ne sera pas interdit à un entrepreneur ou fournisseur de fournir une garantie de soumission émise par une institution ou entité étrangère du type ou d'un type spécifié, le cas échéant, dans la documentation relative au marché, à moins que l'émission de la garantie ne soit pour toute autre raison contraire à la loi du [présent Etat].]

(2) L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne ou fait retourner sans délai ladite garantie à l'entrepreneur ou au fournisseur l'ayant fournie, après que se produit le premier des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise, ou

c) Rejet par l'entité adjudicatrice de toutes les offres en application du paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de l'article 29.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 144 à 154; A/CN.9/315, par. 79 à 84. Suite à ce qui a été noté au paragraphe 79 du document A/CN.9/315, le Secrétariat propose de donner à l'instrument fourni par un entrepreneur ou un fournisseur dans la procédure d'appel d'offres pour garantir l'exécution de ses obligations l'appellation générique de "garantie de soumission". On s'est efforcé d'énoncer dans cet article des règles minimales pour les questions propres aux garanties de soumission, en raison principalement du fait que la législation de l'Etat adoptant la loi contient déjà fort probablement des règles régissant les garanties en général, qu'il serait inutile et même dangereux de vouloir reprendre dans la loi type. Le Groupe de travail se souviendra qu'à la vingt-deuxième session de la Commission (1989) il avait été décidé de rédiger une loi uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Diverses questions traitées dans ce projet s'appliqueront sans nul doute aux garanties de soumission.]

1. Les mots "garanties de soumission" sont définis à l'alinéa f) de l'article 2. L'objet principal de la garantie de soumission est de bloquer des fonds pour réparer au moins partiellement le préjudice que subirait l'entité adjudicatrice au cas où l'offre serait retirée prématurément ou si, pour d'autres raisons (voir le paragraphe 7 du présent commentaire), le marché passé avec l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée n'entrait pas en vigueur. Le préjudice peut résulter, par exemple, des frais afférents à une nouvelle procédure d'appel d'offres, de la différence entre le prix proposé par le soumissionnaire défaillant et le prix plus élevé que l'entité pourra être finalement amenée à payer, ou du retard intervenu dans la passation du marché. La garantie de soumission peut aussi avoir pour objet de dissuader l'entrepreneur ou le fournisseur de commettre l'un des manquements susvisés. Il convient de noter cependant que, dans certains types de garanties de soumission, l'entité adjudicatrice peut demander le montant de la garantie sans avoir à prouver un manquement par l'entrepreneur ou le fournisseur et sans avoir à prouver une perte.

2. C'est à l'entité adjudicatrice de décider d'exiger ou non une garantie de soumission dans telle ou telle procédure d'appel d'offres. Cette condition doit être énoncée dans la documentation relative au marché (article 18-1). En règle générale, la garantie de soumission revêt une importance particulière lorsque le marché porte sur des biens ou des travaux de valeur élevée. Dans le cas contraire, les risques encourus par l'entité adjudicatrice et son préjudice potentiel sont généralement faibles, et les frais afférents à la fourniture d'une garantie de soumission - dont il sera normalement tenu compte dans le prix du marché - seront alors moins justifiés. Le coût d'une garantie de soumission pouvant être inclus dans le prix de l'offre, il serait souhaitable que les entités adjudicatrices ne demandent des garanties que lorsque cela est nécessaire pour protéger leurs intérêts.

3. Au titre de l'alinéa a) du paragraphe 1, l'entité adjudicatrice, si elle demande une garantie de soumission, doit imposer cette exigence à tous les entrepreneurs et fournisseurs. Elle ne peut demander une garantie à certains d'entre eux et en exempter d'autres.

4. Toutes conditions fixées par l'entité adjudicatrice concernant la nature et le montant de la garantie de soumission ainsi que d'autres dispositions essentielles de la garantie et concernant le ou les types d'établissements qui peuvent émettre les garanties doivent être énoncées dans la documentation relative au marché (article 18-1). Il peut être souhaitable que la documentation relative au marché contienne un formulaire pour la garantie de soumission exigée (voir le paragraphe 13 du commentaire de l'article 18). Dans ce cas, toutes les conditions stipulées dans le formulaire deviendront des conditions auxquelles devront se conformer les garanties de soumission fournies par les entrepreneurs et les fournisseurs. Si une garantie de soumission n'est pas conforme aux conditions énoncées dans la documentation relative au marché, la soumission devra être rejetée comme non conforme [alinéa c) de l'article 28-2].

5. S'agissant de la nature de la garantie, les entités adjudicatrices demandent souvent une caution. Une obligation, une lettre de crédit irrévocable, un chèque ou une consignation en numéraire dans un établissement financier constituent d'autres types de garantie possibles. L'entité adjudicatrice peut demander un certain type de garantie d'un certain type d'établissement (garantie ou obligation d'une banque, d'une société de cautionnement ou d'un autre établissement financier, par exemple), ou spécifier plusieurs types de garanties ou d'établissements acceptables, en laissant le choix aux entrepreneurs et aux fournisseurs.

6. Il est souhaitable que le montant de la garantie de soumission exigée soit assez élevé pour protéger raisonnablement l'entité adjudicatrice, mais ne le soit pas au point que le coût de l'obtention de la garantie dissuade les soumissionnaires qualifiés de participer à la procédure d'appel d'offres. Il peut, dans certains cas, être préférable que le montant de la garantie soit exprimé en numéraire plutôt qu'en pourcentage du prix soumissionné. La méthode du pourcentage pourrait permettre à un soumissionnaire qui découvrirait le montant de la garantie de soumission fournie par d'autres soumissionnaires de déterminer les prix qu'ils ont soumissionnés.

7. Il faudrait inclure dans les conditions relatives à la garantie de soumission énoncées dans les documents relatifs au marché les conditions dans lesquelles l'entité adjudicatrice peut réclamer le montant de la garantie. Ainsi, il pourrait être demandé que la garantie de soumission prévoie que l'entité adjudicatrice peut exiger le paiement de la garantie de soumission si l'entrepreneur ou le fournisseur retire ou modifie son offre sans se conformer aux dispositions de l'article 25, si l'entrepreneur ou le fournisseur n'accepte pas la correction par l'entité adjudicatrice d'une erreur arithmétique figurant dans son offre [voir les alinéas b) de l'article 28-1 et 28-2] ou si l'offre soumise par l'entrepreneur ou par le fournisseur a été acceptée par l'entité adjudicatrice, mais que celui-ci ne signe pas un contrat comme il est tenu de le faire (voir l'article 32-3) ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution requise. En ce qui concerne cette dernière condition, il pourrait être spécifié que l'entité adjudicatrice ne peut réclamer le montant de la garantie de soumission si le marché écrit, que l'entrepreneur ou le fournisseur ne signe pas, n'est pas conforme à son offre. Lorsqu'une caution est demandée sous forme de garantie de soumission, les documents relatifs au marché devraient indiquer clairement si le garant est tenu de verser le montant de la garantie, si un des faits mentionnés dans ladite garantie se produit effectivement ou sur simple présentation d'un document par l'entité adjudicatrice stipulant que le fait s'est produit.

[8. L'alinéa b) du paragraphe 1 vise à éviter les obstacles injustifiés à la participation à une procédure d'appel d'offres international de certains entrepreneurs ou fournisseurs étrangers, qui pourraient surgir si ces derniers ne pouvaient fournir que des garanties émises par des établissements de l'Etat adoptant la loi.]

[Note pour le Groupe de travail : le paragraphe précédent et la disposition à laquelle il renvoie ont été mis entre crochets pour inviter le Groupe de travail à déterminer si cette disposition doit ou non être incluse. Un des arguments en faveur de son inclusion est exposé dans le paragraphe précédent. On peut aussi arguer à l'encontre d'une telle disposition et dans le but de permettre à l'entité adjudicatrice d'exiger l'émission d'une garantie de soumission par un établissement local que, si l'entité adjudicatrice s'estime mieux protégée en ayant une garantie d'un établissement local (si elle juge, par exemple, plus facile de réclamer le paiement de la garantie à un établissement local plutôt qu'à un établissement étranger), elle devrait pouvoir imposer cette condition; tous frais supplémentaires encourus par l'entrepreneur ou le fournisseur étranger pour fournir une garantie de soumission émise par un établissement local ou pour obtenir une contre-garantie seront pris en compte dans le prix de l'offre et seront, si cette offre est acceptée, supportés par l'entité adjudicatrice. L'alinéa b) a pour objet d'éviter de faire obstacle à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers, tout en préservant les intérêts des entités adjudicatrices.]

9. La documentation relative au marché doit indiquer la durée de validité de la garantie de soumission que doivent fournir les entrepreneurs et les fournisseurs. Il est en général souhaitable d'exiger que la garantie de soumission demeure valide pendant toute la durée de validité de l'offre (voir l'article 25) et pendant une durée supplémentaire, afin de permettre à l'entité adjudicatrice de faire le nécessaire pour réclamer le montant de la garantie, si besoin est. Si une garantie de soumission ne demeure valide que, par exemple, jusqu'à la date limite de soumission des offres ou jusqu'à l'acceptation d'une offre et si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ne signe pas un marché ou ne fournit pas une garantie de bonne exécution, l'entité adjudicatrice risque de se retrouver sans protection, la garantie ayant expiré.

10. Le paragraphe 2 vise à protéger les droits de l'entrepreneur ou du fournisseur en cas de fourniture d'une garantie de soumission. Si l'entité adjudicatrice ne respecte pas cette disposition et réclame la garantie de soumission après que s'est produit l'un quelconque des faits stipulés, elle devra en répondre en vertu de la législation applicable envers l'entrepreneur ou le fournisseur. La date d'entrée en vigueur d'un marché est indiquée aux paragraphes 2 et 3 b) de l'article 32. La stipulation selon laquelle la garantie doit être restituée est particulièrement importante dans le cas où la garantie prend la forme d'un dépôt en numéraire ou de toute autre valeur transférable.

* * *

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

Article 27. Ouverture des offres

(1) Les offres sont ouvertes au moment qui, conformément à la documentation relative au marché, constitue la date limite de soumission des offres, ou à l'expiration du délai de prorogation le cas échéant, à l'endroit et de la manière prévus dans ladite documentation.

(2) Tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis une offre, ou leurs représentants, sont autorisés à assister à l'ouverture des offres.

(3) Les nom et adresse de chaque entrepreneur ou fournisseur dont la soumission est ouverte et leur prix soumissionné sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 157 à 160; A/CN.9/315, par. 85 à 87.]

1. En autorisant les entrepreneurs et les fournisseurs ou leurs représentants à assister à la séance d'ouverture des offres, on contribue à la transparence des procédures d'appel d'offres. Les soumissionnaires peuvent ainsi constater que la législation et la réglementation relatives aux marchés sont bien respectées et s'assurer de la régularité et de l'impartialité des décisions prises, ce qui contribue à promouvoir la confiance.

2. Pour les marchés portant sur des biens ou des travaux simples, où l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres sont une procédure de routine (lorsque, par exemple, la seule variable est le prix de l'offre, et lorsque l'entité adjudicatrice doit accepter l'offre de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant l'aptitude et les qualifications voulues et offrant le meilleur prix [voir l'alinéa c) i) de l'article 28-7], les offres peuvent être ouvertes par un représentant de l'entité adjudicatrice, tel que le responsable de son service des achats. Lorsque l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres sont complexes [lorsqu'il faut, par exemple, déterminer quelle est l'offre la plus avantageuse économiquement; voir l'alinéa c) ii) de l'article 28-7], l'Etat adoptant la loi peut juger souhaitable que l'ouverture des offres soit effectuée par un comité composé de représentants de l'entité adjudicatrice et de divers ministères ou autres organes de l'Etat compétents (tels que les ministères du commerce et des finances, la banque centrale et la Cour des comptes). L'Etat appliquant la loi peut créer un tel comité par décret.

3. La documentation relative au marché doit indiquer le lieu, la date et l'heure de l'ouverture des offres, et énoncer les procédures à suivre pour cette ouverture [alinéa p) de l'article 18].

* * *

Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres

(1) a) Afin de faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs de donner des éclaircissements sur leurs offres. Toute demande d'éclaircissement et toute réponse à ladite demande se font par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des informations données. Aucune modification du prix soumissionné ou de tout autre aspect important de l'offre n'est demandée, proposée ou autorisée, sauf en application des dispositions de l'alinéa b).

b) L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques découvertes dans une offre. Toute correction de cet ordre a force obligatoire pour l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre, s'il l'accepte.

(2) L'entité adjudicatrice rejette une offre :

a) Si l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre n'est pas apte [sous réserve des dispositions de l'article 8-3] à exécuter le marché, ou n'a pas les qualifications requises;

b) Si l'entrepreneur ou fournisseur qui a soumis l'offre n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique effectuée conformément à l'alinéa 1 b);

c) Si l'offre n'est pas conforme, sous réserve des dispositions du paragraphe 6 du présent article et de l'alinéa a) de l'article 29-1.

(3) Sous réserve d'approbation, l'entité adjudicatrice peut rejeter une offre si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise tente d'influer indûment sur l'entité adjudicatrice dans le cadre de l'examen, de l'évaluation ou de la comparaison des offres, ou de la détermination de l'offre la plus avantageuse.

(4) a) Une offre est conforme si elle correspond aux caractéristiques requises des biens ou des travaux requis, aux conditions contractuelles et aux autres exigences de la documentation relative au marché. Toutefois, l'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme si elle ne comporte que des écarts mineurs ne modifiant pas substantiellement ces caractéristiques ou conditions. Ces écarts autorisés sont quantifiés et pris en compte comme il convient lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.

b) Toute modification ou tout écart par rapport aux caractéristiques, conditions et autres exigences de la documentation relative au marché sont substantiels s'ils portent, notamment, sur la nature, les caractéristiques techniques et les normes de qualité des biens ou des travaux; sur la quantité des marchandises; sur l'emplacement où les travaux doivent être effectués; sur la date d'achèvement des travaux; sur le lieu ou la date de livraison des biens; sur les conditions du marché en ce qui concerne le prix ou son paiement; sur l'étendue de la responsabilité d'une partie envers l'autre; sur le règlement des différends; sur la garantie de soumission; sur la garantie de bonne exécution du marché; ou sur la garantie de qualité des marchandises ou des travaux.

[(5) Si la documentation relative au marché sollicite des variantes d'offres en ce qui concerne les caractéristiques des biens ou des travaux, les conditions contractuelles ou toute autre exigence énoncée dans la documentation, l'entité adjudicatrice évalue et compare ces variantes en même temps que les offres, sur la base des caractéristiques, conditions contractuelles et autres exigences énoncées dans la documentation relative au marché, afin de déterminer l'offre la plus avantageuse.]

(6) [Variante 1]

[Un entrepreneur ou fournisseur désireux de soumettre une offre non sollicitée présentant une variante par rapport aux caractéristiques techniques des biens ou des travaux décrits dans la documentation relative au marché doit également soumettre une offre conforme auxdites caractéristiques techniques. Une variante ne peut être examinée par l'entité adjudicatrice que si elle a été soumise par l'entrepreneur ou fournisseur dont l'offre fondée sur les caractéristiques techniques énoncées dans la documentation relative au marché a été jugée la plus avantageuse.]

[Variante 2]

[L'entité adjudicatrice peut examiner une offre non sollicitée présentant une variante par rapport aux caractéristiques techniques des biens ou de la construction énoncées dans la documentation relative au marché s'il est offert à tous les entrepreneurs et fournisseurs aptes et qualifiés, ayant soumis des offres conformes aux caractéristiques techniques énoncées dans ladite documentation, une possibilité raisonnable de modifier leurs offres ou de soumettre des offres additionnelles sur la base de cette variante. L'entité adjudicatrice évalue et compare la variante, les offres modifiées et additionnelles, ainsi que les offres non modifiées, afin de déterminer l'offre la plus avantageuse.]

(7) a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées en application des paragraphes 2 ou 3, afin de déterminer l'offre la plus avantageuse conformément aux procédures et critères énoncés dans la documentation relative au marché.

b) L'évaluation et la comparaison des offres doivent être faites de manière objective.

c) L'offre la plus avantageuse est, soit :

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

ii) l'offre la plus avantageuse économiquement, ce qui sera déterminé sur la base de critères objectifs et quantifiables dans la mesure du possible, y compris, outre le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e) du présent paragraphe, des critères tels que les suivants : coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux durant leur vie utile prévue; caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux; efficacité et productivité des biens ou des travaux; délais de livraison ou d'achèvement des travaux; conditions de paiement; et conditions de la garantie de qualité des biens ou des travaux; dans la mesure où ces critères ne découlent pas des caractéristiques requises des biens ou des travaux, conditions contractuelles énoncées dans la documentation relative au marché.

[d) Outre les critères visés à l'alinéa c) ii) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice peut appliquer des critères visant à déterminer les incidences des offres sur certains programmes ou politiques officiels pour la promotion du développement économique national, du développement économique d'une région donnée [du présent Etat] ou du développement de certains secteurs industriels ou économiques. Dans la mesure du possible, ces critères sont énoncés dans la documentation relative au marché de manière objective et quantifiable.]

e) Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux présentées par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est appliquée par l'ajout du montant prévu dans la réglementation des marchés au prix soumissionné de toutes les offres autres que celles bénéficiant de la marge de préférence.

(8) Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont convertis en une monnaie unique aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

(9) Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas divulguées aux entrepreneurs ou fournisseurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres ou au choix de l'offre à retenir, sauf conformément aux dispositions de l'article 33-2.

[(10) La détermination par l'entité adjudicatrice de l'offre la plus avantageuse est soumise à approbation.]

* * *

Commentaire

Paragrapes 1 à 4

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 137 et 162 à 168; A/CN.9/315, par. 75, 88 et 89.]

1. En ce qui concerne l'alinéa b) du paragraphe 1, si l'entrepreneur ou fournisseur n'accepte pas la correction, son offre doit être rejetée [alinéa b) du paragraphe 2];

[2. La référence à l'article 8-3, qui figure à l'alinéa a) du paragraphe 2, vise à rappeler que l'entrepreneur ou fournisseur qui n'est pas déclaré apte ou qui n'est pas en mesure de démontrer qu'il remplit les conditions d'aptitude requises peut, sous certaines conditions, participer à la procédure d'appel d'offres.]

[Note pour le Groupe de travail : la référence dans le texte à l'article 8-3 et le paragraphe ci-dessus du commentaire ont été placés entre crochets en raison des divergences de vues dont il est fait état au paragraphe 39 du document A/CN.9/315.]

3. Suite aux dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 2, la conformité est définie au paragraphe 4, qui autorise, mais ne contraint pas, l'entité adjudicatrice à considérer une offre comme étant conforme si n'y figurent que des écarts mineurs, non substantiels. L'alinéa b) du paragraphe 4 développe la notion d'écart "substantiel". [Note pour le Groupe de travail : comme on l'avait suggéré au paragraphe 89 du document A/CN.9/315, l'alinéa b) du paragraphe 4 s'inspire de l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.]

4. L'alinéa a) du paragraphe 4 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle quantifie les écarts mineurs autorisés et qu'elle les prenne en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres. Si l'offre la plus avantageuse doit être celle dont le prix est le plus bas [alinéa c) i) du paragraphe 7], les écarts doivent être quantifiés en valeur monétaire et ajoutés au prix soumissionné, ou retranchés. Si l'offre la plus avantageuse doit être l'offre jugée la plus avantageuse économiquement [alinéa c) ii) du paragraphe 7], cette quantification doit être intégrée de manière appropriée aux calculs effectués en vue d'évaluer l'offre.

5. L'entité adjudicatrice peut, dans certains cas, souhaiter fixer un prix maximum ou minimum, ou une fourchette de prix dans laquelle doivent se situer les prix soumissionnés (par exemple 10 % au-dessus et en dessous du prix moyen ou médian des offres présentées par des entrepreneurs et fournisseurs aptes et qualifiés). Toute exigence de cet ordre doit figurer dans la documentation relative au marché [alinéa j) de l'article 18]. L'offre dont le prix est supérieur au prix maximum ou inférieur au prix minimum, ou bien se situe en dehors de la fourchette des prix, n'est pas conforme et, sauf dans les cas prévus à l'alinéa a) de l'article 30-1, doit être rejetée.

6. On peut être amené à fixer un prix maximum, afin de limiter le montant que l'entité adjudicatrice devra acquitter pour les marchandises ou les travaux. Une telle limite correspond parfois au crédit maximum ouvert pour le

marché en question. Il arrive aussi que l'on fixe un prix minimum parce que l'entrepreneur ou le fournisseur sera difficilement en mesure d'effectuer le contrat à un prix inférieur, sauf à utiliser une main-d'oeuvre ou des matériaux de qualité inférieure, ou à travailler à perte. Un prix anormalement bas pourrait, en outre, dans certains cas, être l'indice d'une collusion entre soumissionnaires. Enfin, on pourra juger utile de fixer une fourchette parce que cela permet de définir une zone de prix raisonnables pour les marchandises ou les travaux requis.

7. Pour les marchés de fourniture de biens ou de travaux, que l'on peut scinder en plusieurs éléments distincts (l'acquisition de différents types de matériel de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique entraînant la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur, par exemple), l'entité adjudicatrice peut, dans certains cas, autoriser les entrepreneurs et les fournisseurs à soumissionner soit pour l'entièreté des marchandises ou des travaux, soit pour une ou plusieurs portions des biens ou des travaux. L'entité adjudicatrice peut ainsi opter pour la solution la plus économique en concluant un marché soit avec un entrepreneur ou un fournisseur unique, soit avec plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs, selon que l'une ou l'autre solution produira le meilleur rapport coût-efficacité. En autorisant les offres partielles, on peut en outre favoriser la participation de gros entrepreneurs ou fournisseurs préférant soumissionner pour des contrats à forte valeur, qui seraient attirés par la possibilité de soumissionner pour l'ensemble des biens ou des travaux, ainsi que des entrepreneurs ou fournisseurs plus petits, qui risquent de n'être en mesure de présenter des offres que pour certaines portions du marché. En revanche, cette solution risque de rendre plus complexe la comparaison des offres.

8. La documentation relative au marché doit indiquer la ou les portions des biens ou des travaux pour lesquelles des offres partielles peuvent être soumises [alinéa h) de l'article 18]. L'entité adjudicatrice ne peut pas dissocier les biens ou les travaux faisant l'objet du marché en contrats distincts à son gré après la soumission des offres. Une offre partielle est conforme si elle remplit les conditions énoncées dans la documentation relative aux marchés.

Paragraphe[s 5 et] 6

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 135 et 136; A/CN.9/315, par. 70 à 74, 88 et 89.]

9. [Ces deux paragraphes traitent de la question des variantes d'offres. Le paragraphe 5 traite des cas dans lesquels la documentation relative aux marchés sollicite des entrepreneurs et fournisseurs des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens ou des travaux, les conditions contractuelles ou toute autre exigence énoncée dans la documentation.] Le paragraphe 6 traite des variantes non sollicitées soumises par les entrepreneurs et fournisseurs.

[10. Dans le cas des variantes d'offres sollicitées, la documentation relative aux marchés peut spécifier les caractéristiques, les conditions contractuelles ou autres exigences à propos desquelles des variantes sont sollicitées. Les variantes qui sont expressément sollicitées par la documentation relative aux marchés ne devraient pas être considérées comme non conformes en soi.]

11. Contrairement aux variantes sollicitées, les variantes non sollicitées sont non conformes. Néanmoins, dans certains cas exceptionnels, l'entité adjudicatrice voudra peut-être examiner des variantes d'offres non sollicitées, mais susceptibles d'être avantageuses. Le paragraphe 6 lui

accorde ce pouvoir discrétionnaire et énonce les conditions et règles régissant l'examen de telles offres, afin que les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des offres conformes soient traités équitablement. Dans certains cas, l'entité adjudicatrice préférera peut-être rejeter toutes les offres conformément à l'article 29 et lancer un nouvel appel d'offres sur la base de la variante soumissionnée.

[Note pour le Groupe de travail : le paragraphe 5 a été incorporé au texte parce que le Groupe de travail souhaitait qu'y figurent des dispositions traitant des variantes (A/CN.9/315, par. 74 notamment). Toutefois, ce paragraphe et les parties correspondantes du commentaire qui précède ont été placés entre crochets, une disposition traitant des variantes sollicitées qui font l'objet du paragraphe 5 n'étant peut-être pas nécessaire. En effet, une variante soumise en réponse à une sollicitation expresse dans la documentation relative aux marchés n'est pas en soi non conforme et devrait être considérée comme toute autre offre.]

[Deux variantes du paragraphe 6 sont proposées. Dans la variante 1, l'entité adjudicatrice ne peut examiner une variante d'offre que si elle émane de l'entrepreneur ou fournisseur qui a présenté l'offre conforme la plus avantageuse. Dans la variante 2, une variante d'offre peut être examinée même si l'entrepreneur ou fournisseur n'a pas présenté une offre conforme, dès lors que les entrepreneurs et fournisseurs aptes et qualifiés ayant présenté des offres conformes ont la possibilité de modifier leur offre ou de soumettre des offres complémentaires fondées sur la variante. Ces deux approches ont pour objet de concilier les intérêts de l'entité adjudicatrice, qui peut vouloir examiner une variante, et les notions d'équité et de concurrence. Les arguments qu'a déjà avancés le Groupe de travail à propos de ces approches sont énoncés aux paragraphes 71 à 73 du document A/CN.9/315. Divers spécialistes des marchés publics consultés par le Secrétariat ont manifesté leur préférence pour l'approche énoncée dans la variante 1.]

Paragraphe 7

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 169 à 188; A/CN.9/315, par. 90 à 100.]

12. Les règles énoncées au paragraphe 7 sont la concrétisation d'une des caractéristiques fondamentales de la procédure d'appel d'offres, à savoir le fait que l'évaluation et la comparaison des offres doivent s'effectuer de manière objective et conformément aux critères objectifs et quantifiables, dans la mesure du possible, énoncés dans la documentation relative aux marchés [voir l'alinéa p) de l'article 18]. L'alinéa c) du paragraphe 7 traite des critères d'évaluation et de comparaison des offres. L'entité adjudicatrice doit se prononcer, comme elle l'aura indiqué dans la documentation relative aux marchés, sur le point de savoir si l'offre la plus avantageuse sera celle dont le prix est le plus bas, ou celle qui est jugée la plus avantageuse économiquement. L'offre la plus avantageuse économiquement doit être déterminée sur la base des critères tels que ceux qu'énonce l'alinéa c) ii) du paragraphe 7. Cette disposition énumère un certain nombre de critères possibles. L'une des principales caractéristiques de ces critères est qu'ils doivent être objectifs et quantifiables, dans la mesure du possible. En appliquant ce type de critères, on préserve le caractère fondamentalement concurrentiel des procédures d'appel d'offres, en veillant à ce que les offres soient évaluées et comparées sur une base unique. En outre, en limitant les possibilités de décisions discrétionnaires ou arbitraires, on réduit les incertitudes et on renforce la confiance dans les procédures d'appel d'offres. L'entité adjudicatrice doit, pour chaque appel d'offres, décider des critères particuliers qu'elle utilisera en fonction de la nature du marché.

13. La formule restrictive "dans la mesure du possible" a été introduite dans le texte parce que tous les critères autorisés ne seront pas entièrement objectifs et dénués de tout biais. Ainsi, pour l'achat de camions, l'entité adjudicatrice peut faire de l'ergonomie du siège du chauffeur un critère important. L'évaluation de l'ergonomie d'un siège proposé dans une offre sera nécessairement subjective, dans une certaine mesure. Toutefois, en raison de la nécessité d'évaluer et de comparer les offres "de manière objective", l'entité adjudicatrice pourra évaluer les qualités ergonomiques du siège proposé dans chaque offre, en attribuant un certain nombre de points à l'intérieur d'une fourchette donnée en fonction du degré de supériorité ergonomique attribué à tel ou tel siège.

14. Les critères d'évaluation visés à l'alinéa c) ii) du paragraphe 7 n'englobent pas les critères ressortant des caractéristiques et conditions qu'énonce la documentation relative aux marchés [voir les alinéas e) et f) de l'article 18 et le paragraphe 3 du commentaire de l'article 18], auxquels les offres doivent se conformer. Si elle s'écarte des caractéristiques requises, l'offre est jugée non conforme; la mesure dans laquelle l'offre s'écarte des caractéristiques ou y est conforme n'est pas quantifiée ou évaluée lorsque l'on détermine l'offre la plus avantageuse économiquement. En revanche, les caractéristiques et conditions non requises visées à l'alinéa c) ii) du paragraphe 7 doivent être évaluées et comparées, afin de déterminer quelle est l'offre la plus avantageuse économiquement.

15. On trouvera ci-après des exemples qui illustrent cette distinction. Dans le premier exemple, l'entité adjudicatrice tient à ce que les biens requis soient livrés à une date donnée et considère qu'elle ne tirerait aucun avantage d'une livraison anticipée. Elle indique la date de livraison dans la documentation relative au marché. Une offre qui prévoirait une livraison ultérieure serait non conforme. Une offre qui prévoirait une livraison anticipée ne serait pas non conforme; toutefois, lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, une telle offre n'en serait pas pour autant avantagée. Dans le deuxième exemple, l'entité adjudicatrice attend des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils lui proposent l'offre la plus intéressante en ce qui concerne la date de livraison. Elle stipule dans la documentation relative au marché que la date de livraison sera un facteur à prendre en considération pour l'évaluation et la comparaison des offres, une livraison rapide étant avantageuse. Elle pourrait même indiquer une date de livraison souhaitée, sans toutefois que cette date soit impérative. L'évaluation et la comparaison des offres tiendraient compte des dates de livraison proposées ainsi que d'autres critères énoncés dans la documentation relative au marché, afin de déterminer l'offre la plus avantageuse.

16. L'évaluation de l'offre la plus avantageuse sur la base du seul critère du prix soumissionné est la méthode qui garantit la plus grande objectivité et la plus grande automaticité. Elle est en outre relativement facile à gérer. Toutefois, c'est aussi l'approche la moins souple des deux, car elle interdit que soient pris en considération des critères autres que le prix, qui sont susceptibles de rendre telle ou telle offre plus ou moins avantageuse que d'autres. Aussi, dans cette approche, l'entité adjudicatrice doit-elle définir ses spécifications, ses conditions et autres exigences avec suffisamment de soin et de précision pour que toutes les offres qui remplissent ces conditions correspondent exactement à ses besoins et pour que les avantages relatifs de chaque offre puissent être déterminés uniquement à partir du prix soumissionné. C'est donc l'approche la mieux adaptée au marché portant sur des biens ou travaux simples et courants.

17. L'approche par laquelle l'entité adjudicatrice évalue l'offre la plus avantageuse économiquement sur la base de critères qui s'ajoutent au prix soumissionné garantit une plus grande souplesse que l'approche fondée uniquement sur le prix soumissionné. Elle autorise la comparaison des avantages relatifs des offres en fonction d'une palette plus large de paramètres. Cette approche peut se révéler d'autant plus intéressante que les biens ou les travaux sont moins standardisés et plus complexes.

18. En application de l'alinéa b) du paragraphe 7, l'évaluation et la comparaison des offres doivent être faites de manière objective. Lorsque l'offre la plus avantageuse est celle dont le prix soumissionné est le plus bas, la méthode d'évaluation et de comparaison des offres est relativement simple - seuls les prix soumissionnés sont comparés.

19. Lorsque l'offre la plus avantageuse est celle qui est la plus avantageuse économiquement, la méthode d'évaluation et de comparaison des offres est plus complexe. L'une des méthodes possibles consiste à quantifier en termes monétaires les divers éléments de chaque offre par rapport aux critères énoncés dans la documentation relative au marché et d'associer ces éléments quantifiés au prix soumissionné. L'offre dont le prix évalué est le plus bas est alors considérée comme l'offre la plus avantageuse économiquement. On peut également opter pour une méthode consistant à pondérer (par exemple au moyen de "coefficients" ou de "points") les divers éléments de chaque offre par rapport aux critères énoncés dans la documentation relative au marché. L'offre dont la pondération totale est la plus favorable est alors l'offre la plus avantageuse économiquement. La manière dont ces pondérations sont attribuées devrait être énoncée dans la documentation relative au marché.

20. L'alinéa d) du paragraphe 7 figure dans le texte parce que, dans certains pays, en particulier les pays en développement, les entités adjudicatrices doivent pouvoir tenir compte de critères autorisant l'évaluation et la comparaison des offres en fonction des objectifs de développement économique. De tels critères sont parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux visés à l'alinéa c) ii) du paragraphe 7. Aussi, dans certains cas, leur utilisation dans l'évaluation et dans la comparaison des offres pourrait-elle aller à l'encontre de la concurrence, compromettre l'économie de la procédure d'appel d'offres et entamer la confiance dans cette procédure. Cette disposition a été mise entre crochets afin de pouvoir être incorporée au texte par les Etats appliquant la loi type dans lesquels l'emploi de tels critères par les entités adjudicatrices revêtirait une importance particulière, mais il n'est pas nécessaire que d'autres Etats appliquant la loi type l'intègrent au texte.

21. L'alinéa d) du paragraphe 7 a été rédigé dans le but de réduire au minimum les conséquences néfastes éventuelles mentionnées ci-dessus. Tout d'abord, l'entité adjudicatrice ne peut pas se fonder exclusivement sur ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres; elle ne peut les appliquer qu'en sus de "critères tels que ceux qu'énonce le paragraphe 7 c) ii)". Aussi, même si les critères additionnels ainsi autorisés se révèlent peu objectifs, l'évaluation et la comparaison des offres pourront néanmoins s'appuyer sur un élément objectif solide. Deuxièmement, "dans la mesure possible" les critères additionnels doivent eux-mêmes être exprimés en termes objectifs et quantifiables. Par exemple, pour déterminer l'effet que peut avoir une offre sur les réserves en devises d'un pays, on pourra retenir pour critère la mesure dans laquelle le soumissionnaire acceptera d'être payé en monnaie locale; afin de déterminer la mesure dans laquelle une offre favorisera le développement de l'industrie locale, on pourra retenir un critère mesurant la participation de sous-traitants locaux ou de main-d'oeuvre locale à la fabrication des biens ou aux travaux, ou bien

le contenu local ou la valeur ajoutée locale des biens; pour déterminer le degré de transfert de technologie à un pays, on pourra prendre pour critère la mesure dans laquelle la formation de personnel local est prévue dans l'offre. Troisièmement, les critères additionnels doivent être conçus de manière à évaluer les incidences des offres sur tel ou tel programme ou orientation économique de l'Etat. On doit exclure de ces critères ceux qui ressortent des conditions contractuelles impératives (voir le paragraphe 14 du présent commentaire).

22. L'alinéa e) du paragraphe 7 autorise l'entité adjudicatrice à accorder une marge de préférence aux offres émanant de soumissionnaires nationaux et énonce des règles d'application. Il a pour objet de promouvoir le développement économique national et le développement de l'industrie locale. On notera, toutefois, que les Etats qui sont parties à l'Accord du GATT ainsi que les Etats membres de la CEE risquent de voir leur faculté d'accorder pareil traitement quelque peu restreinte. La réglementation des marchés peut arrêter des critères permettant de déterminer quels sont les entrepreneurs ou fournisseurs "locaux" (par exemple exiger que l'entrepreneur ou fournisseur soit inscrit au registre du commerce et des sociétés de l'Etat ayant adopté la loi type, que son capital soit majoritairement la propriété de nationaux de l'Etat en question et qu'il ne sous-traite pas plus de 50 % de la valeur des travaux à des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers) et de définir les biens "produits localement" (par exemple exiger un contenu local ou une valeur ajoutée minima). La réglementation des marchés devrait également fixer la marge de préférence. Des marges différentes pourront être fixées pour les biens et pour les travaux.

[Note pour le Groupe de travail : pour pouvoir atteindre les objectifs économiques mentionnés ci-dessus, il peut se révéler préférable d'autoriser les entrepreneurs et fournisseurs étrangers et locaux à participer à la procédure d'appel d'offres, mais d'accorder une marge de préférence aux entrepreneurs et fournisseurs locaux, plutôt que de restreindre la participation et le marché aux seuls soumissionnaires locaux. Une analyse économique a montré qu'en procédant ainsi on pouvait abaisser le coût du marché en renforçant les pressions concurrentielles exercées sur les entrepreneurs et fournisseurs étrangers, les incitant à proposer des prix moins élevés. Si l'on choisit d'écarter les concurrents étrangers, par contre, on aboutit généralement à des prix élevés, parce que cette procédure n'est pas concurrentielle et qu'elle constitue même une restriction à la concurrence. McAlee et McMillan "Government Procurement and International Trade", Journal of International Economics, vol. 26, p. 291 à 308 (1989).]

23. Dans certains cas, l'entité adjudicatrice pourra souhaiter utiliser un système d'enveloppe double pour ouvrir, évaluer et comparer les offres. Dans ce système, la documentation relative au marché exige des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils présentent leurs offres dans deux enveloppes scellées, la première contenant les documents et renseignements relatifs aux aptitudes et qualifications de l'entrepreneur ou fournisseur et aux éléments techniques, contractuels et autres de l'offre autres que le prix, la deuxième ne contenant que le prix soumissionné. Lors de l'ouverture des offres, l'entité adjudicatrice ouvre les premières enveloppes et examine les éléments de l'offre qui s'y trouve en ce qui concerne les aptitudes et les qualifications de l'entrepreneur ou fournisseur et la conformité de l'offre. Ensuite, elle évalue les éléments des offres contenues dans les premières enveloppes des offres qui n'ont pas été rejetées (par exemple en ce qui concerne les caractéristiques techniques des biens ou des travaux et les conditions contractuelles, à l'exclusion du prix, contenues dans les offres). L'entité adjudicatrice ouvre ensuite les deuxièmes enveloppes (c'est-à-dire les

enveloppes contenant les prix soumissionnés) des offres qui n'ont pas été rejetées, et prend en considération le prix soumissionné pour l'évaluation de chaque offre. Les évaluations des offres sont alors comparées afin de déterminer quelle est l'offre la plus avantageuse économiquement. Un tel système permet de s'assurer que l'entité adjudicatrice évalue les éléments non monétaires de chaque offre sans être influencée par le prix. Lorsque l'on applique ce système, les procédures et les critères d'évaluation doivent être énoncés dans la documentation relative au marché.

Paragraphe 8

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par.179; A/CN.9/315, par. 95 et 96.]

24. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés en plusieurs monnaies, ils doivent être convertis dans une monnaie unique afin que les offres puissent être comparées sur la même base [aux termes de l'alinéa g) de l'article 2, le mot "monnaie" englobe les unités de compte]. Le paragraphe 8 énonce les règles régissant la conversion. Celle-ci ne doit être opérée que pour comparer et évaluer les offres; la question de la monnaie ou des monnaies dans lesquelles le prix du contrat doit être payé n'est pas en cause.

25. Les prix soumissionnés peuvent être convertis dans une monnaie nationale, telle que la monnaie du pays de l'entité adjudicatrice. Toutefois, dans le souci de réduire des distorsions possibles dans les valeurs relatives des prix soumissionnés liées aux fluctuations des différentes monnaies utilisées dans les offres par rapport à la monnaie utilisée comme base commune de comparaison (par exemple certaines monnaies utilisées dans des offres peuvent être surévaluées et d'autres sous-évaluées), l'entité adjudicatrice voudra peut-être utiliser comme base de comparaison soit une unité de compte ayant cours internationalement et composée d'un panier de monnaies [les droits de tirage spéciaux (DTS) du Fonds monétaire international, par exemple], ou une monnaie nationale relativement stable couramment utilisée dans le commerce international.

26. La documentation relative au marché doit énoncer la monnaie qui sera utilisée pour évaluer et comparer les offres et le taux de change, ou les moyens permettant de déterminer le taux de change à utiliser pour convertir les offres dans cette monnaie [alinéa q) de l'article 18].

Paragraphe 10

27. Dans certains pays, la pratique veut que l'entité adjudicatrice prenne la décision finale quant à l'offre qui doit être considérée comme la plus avantageuse. Dans d'autres pays, le choix opéré par l'entité adjudicatrice n'est que provisoire et est soumis à l'approbation d'une autorité de tutelle, telle que le ministre compétent ou la commission centrale des marchés (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 6). Le paragraphe 10 a été placé entre crochets parce qu'il peut figurer ou ne pas figurer dans le texte, selon la pratique suivie habituellement par l'Etat adoptant la loi type, ou la pratique qu'il souhaite adopter.

* * *

Article 29. Rejet de toutes les offres

(1) Sous réserve d'approbation, l'entité adjudicatrice peut, à tout moment avant l'entrée en vigueur du marché, rejeter toutes les offres pour toute raison autre que celles qui sont énoncées aux paragraphes 2

ou 3 de l'article 28. Toutefois, elle ne peut rejeter toutes les offres aux fins d'invoquer l'alinéa b) i) de l'article 7-2, ni pour tout motif frauduleux.

(2) L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1, envers les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres et n'est pas non plus tenue de les informer du motif de son action.

(3) L'avis de rejet de toutes les offres conformément au présent article est donné promptement, par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information, à tous entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 193 et 194; A/CN.9/315, par. 102 à 104.]

1. L'entité adjudicatrice souhaitera peut-être se réserver le droit de rejeter toutes les offres dans l'intérêt général, notamment lorsqu'il apparaît qu'il n'y a pas eu concurrence ou qu'il y a eu collusion dans la procédure d'appel d'offres, lorsqu'elle n'a plus besoin des biens ou des travaux, ou lorsque le marché ne peut plus être conclu en raison d'un changement dans la politique des pouvoirs publics ou parce que le financement n'est plus disponible. Dans certains pays, le droit public peut restreindre l'exercice de ce droit, par exemple en interdisant tout acte constituant un abus de droit ou une violation des principes généraux du droit.

2. Lorsqu'elle applique l'article 29, l'entité adjudicatrice doit rejeter toutes les offres, sans exception. Une fois les offres rejetées, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence [paragraphe 2 b) i) de l'article 7]. Toutefois, elle ne peut rejeter toutes les offres aux fins d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence, ni pour tout motif frauduleux.

3. Aux termes du paragraphe 2, l'entité adjudicatrice n'encourt pas de responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs, notamment en ce qui concerne l'indemnisation de leurs frais de préparation et de soumission des offres, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1.

* * *

Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

(1) Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre soumise par ledit entrepreneur ou fournisseur, sauf dans les cas suivants :

a) Si la documentation relative au marché spécifie un prix maximum pour les biens ou les travaux, ou une fourchette de prix dans laquelle doit se situer le prix soumissionné, et que toutes les offres conformes sur tous les autres plans, provenant d'entrepreneurs et de fournisseurs aptes et qualifiés, dépassent ce prix maximum ou cette fourchette de prix, l'entité adjudicatrice peut négocier avec l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre la moins onéreuse, en vue d'obtenir une réduction du prix soumissionné;

b) S'il ressort de l'évaluation et de la comparaison des offres qu'aucune d'entre elles n'est clairement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs et fournisseurs dont les offres semblent être plus avantageuses que les autres en vue d'une modification de ces offres de manière que l'une d'entre elles devienne plus avantageuse que les autres.

(2) Aucune négociation visée au paragraphe 1 ne peut porter sur une caractéristique des biens ou de la construction, ou sur une disposition contractuelle énoncées dans la documentation relative au marché.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 170 et 189 à 192; A/CN.9/315, par. 101.]

1. Sauf dans les deux cas expressément mentionnés au paragraphe 1, les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires ne sont pas autorisées (voir, toutefois, l'article 31). La loi type prévoit, lorsque les circonstances l'exigent, la passation du marché par négociation avec appel à la concurrence et par sollicitation d'une source unique; dans ces deux cas, des négociations très étendues sont possibles (voir les paragraphes 2 et 3 de l'article 7). Quant à la référence à un prix maximum ou à une fourchette de prix figurant à l'alinéa a) du paragraphe 1, on se référera aux paragraphes 5 et 6 du commentaire de l'article 28.

2. La règle énoncée au paragraphe 2 vise à préserver les principes d'uniformité dans l'évaluation et la comparaison des offres, et d'équité vis-à-vis des entrepreneurs et fournisseurs qui présentent des offres conformes. On se référera, en outre, aux paragraphes 14 et 15 du commentaire de l'article 28.

* * *

SECTION VIII. PROCEDURES SPECIALES POUR LA SOLLICITATION DE PROPOSITIONS

Article 31. Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions

(1) Sous réserve d'approbation, l'entité adjudicatrice peut appliquer les procédures prévues dans le présent article lorsqu'elle souhaite solliciter des entrepreneurs et fournisseurs des propositions relatives aux caractéristiques techniques des biens ou des travaux requis parce que diverses solutions techniques possibles pourraient permettre de satisfaire à ses besoins ou parce que, du fait de la nature des biens ou des travaux, l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des caractéristiques techniques détaillées.

(2) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres dans lesquelles les méthodes décrites dans le présent article sont employées, sauf dans la mesure où ledit article déroge auxdites dispositions.

(3) Dans la documentation relative au marché, les entrepreneurs et fournisseurs sont priés de soumettre des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné.

(4) L'entité adjudicatrice peut engager des discussions avec tout entrepreneur ou fournisseur dont l'offre n'a pas été rejetée en application du paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de l'article 29 à propos de tout aspect de son offre autre qu'une caractéristique des biens ou des travaux ou une condition contractuelle énoncée dans la documentation relative au marché.

(5) L'entité adjudicatrice invite les entrepreneurs et fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées d'un prix. L'entrepreneur ou fournisseur ne souhaitant pas soumettre une offre finale peut se retirer de la procédure sans perdre sa garantie de soumission. Les offres finales sont évaluées et comparées en vue de la détermination de l'offre la plus avantageuse.

(6) L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal requis à l'article 33 un état des circonstances justifiant l'invocation des dispositions du présent article et spécifiant les faits pertinents.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 60 et 61; A/CN.9/315, par. 113. Cet article vise les procédures désignées par la formule "négociation avec appel à la concurrence" employée dans les documents susmentionnés. Dans le projet sous sa forme actuelle, cette formule a été employée à propos des procédures prévues à l'article 7-2 et à l'article 34 pour les raisons données dans le commentaire de l'article 34.]

1. En principe, les offres doivent être évaluées et comparées uniformément sur la base de spécifications techniques détaillées et de conditions contractuelles définies par l'entité adjudicatrice, aucune négociation n'étant autorisée entre cette dernière et les entrepreneurs et fournisseurs, sauf dans les cas prévus à l'article 30. L'article 31 prévoit des procédures pour le cas où, pour les raisons énoncées au paragraphe 1, l'entité adjudicatrice ne souhaiterait pas ou ne pourrait pas définir en détail ces exigences techniques. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice souhaite recevoir diverses propositions pour des solutions techniques répondant aux besoins faisant l'objet du marché (par exemple la construction d'un pont), ou lorsque l'entité adjudicatrice cherche à acquérir un équipement non normalisé de pointe, pour lequel elle ne peut définir que des critères d'efficacité généraux et attend des entrepreneurs et des fournisseurs qu'ils proposent des modèles ou mettent au point des techniques permettant de satisfaire auxdits critères. Ces procédures peuvent être utilisées, par exemple, dans les projets clefs en main ou de type "conception et construction". Toutefois, ces procédures doivent être considérées comme exceptionnelles. Leur emploi doit être autorisé (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 6), et l'entité adjudicatrice doit énoncer dans le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres les raisons qui la poussent à recourir à ces procédures. Si l'article 31 est invoqué, les procédures à suivre doivent être énoncées dans la documentation relative aux marchés [alinéa p) de l'article 18].

2. Ces procédures doivent être employées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. Ainsi, conformément au paragraphe 2, les dispositions du chapitre II de la loi type s'appliquent aux procédures d'appel d'offres décrites dans l'article 31, sauf dans la mesure où ledit article déroge auxdites dispositions. Les paramètres techniques et autres des biens ou des

travaux auxquels doivent se conformer les propositions doivent être énoncés dans la documentation relative aux marchés de manière objective, dans la mesure du possible (article 20-2). Ces paramètres peuvent comporter, par exemple, les paramètres physiques (dimensions, par exemple) et des caractéristiques touchant la qualité, la sécurité et l'efficacité des biens ou travaux.

3. En ce qui concerne la référence à "une caractéristique des biens ou des travaux" figurant au paragraphe 4, on se référera aux paragraphes 14 et 15 du commentaire de l'article 28 et au paragraphe 2 du commentaire de l'article 30.

* * *

SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTREE EN VIGUEUR DU MARCHE;
PROCES-VERBAL DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

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

(1) [Sous réserve d'approbation,] l'offre dont il a été déterminé qu'elle est la plus avantageuse est acceptée. L'avis d'acceptation de l'offre est donné promptement à l'entrepreneur ou au fournisseur retenu.

(2) Un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 [est expédié] [parvient] à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis l'offre, à condition qu'il lui [soit expédié] [parvienne] pendant que l'offre est toujours valide.

(3) a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, l'avis mentionné au paragraphe 1 peut stipuler que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à l'offre. L'entrepreneur ou le fournisseur signe ce marché écrit dans un délai raisonnable après que l'avis lui [a été expédié] [est parvenu].

b) Le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par l'entrepreneur ou le fournisseur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis mentionné au paragraphe 1 [est expédié] [parvient] à l'entrepreneur ou au fournisseur et la date d'entrée en vigueur du marché, l'entrepreneur ou le fournisseur ne prend aucune mesure qui pourrait nuire à l'entrée en vigueur du marché ou à son exécution.

(4) Si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est tenu de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'offre dont il est déterminé qu'elle est la plus avantageuse après la première, et qui est toujours valide, peut être acceptée [sous réserve d'approbation]. L'avis mentionné au paragraphe 1 est donné à l'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis cette offre.

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

(6) a) Les avis mentionnés dans le présent article peuvent être donnés par écrit ou par toute autre manière permettant de conserver un enregistrement de l'information.

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

[Variante 2 : L'avis mentionné au paragraphe 1 "parvient" à l'entrepreneur ou au fournisseur lorsqu'il est reçu par lui personnellement, ou à son établissement ou son adresse postale.]

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 195 à 199; A/CN.9/315, par. 105 à 107.]

1. Les paragraphes 2 et 3 énoncent des règles juridiques uniformes ayant trait à l'entrée en vigueur du marché. L'entrée en vigueur du marché est distincte du moment où naissent les obligations qui en sont issues. Par exemple, un marché peut avoir été conclu conformément aux dispositions de l'article 32 mais, aux termes de ce marché, les obligations de l'entrepreneur ou du fournisseur peuvent être soumises à une condition (par exemple l'obtention par l'entité adjudicatrice d'autorisations d'importation).

[Note pour le Groupe de travail : à propos des paragraphes 2 et 3, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient d'appliquer l'approche de l'"expédition" ou de la "réception" à propos de l'avis. L'approche dite de la "réception" est utilisée à l'article 18-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le Groupe de travail devra, toutefois, se demander si l'approche dite de l'"expédition" ne serait pas plus appropriée dans le contexte des marchés publics. L'enjeu fondamental est le risque d'un retard ou d'une défaillance dans l'acheminement de l'avis. Pour pouvoir lier l'entrepreneur ou le fournisseur par un marché ou l'obliger à signer un document écrit matérialisant le marché, l'entité adjudicatrice doit l'aviser pendant que l'offre est valide. Dans l'approche dite de la "réception", si l'avis a été correctement transmis, ou remis à une autorité chargée de le transmettre, par l'entité adjudicatrice, mais que cet avis a été retardé, perdu ou mal dirigé sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice et qu'il n'a pas été reçu par l'entrepreneur ou le fournisseur avant l'expiration de la période pendant laquelle l'offre était valide, l'entité adjudicatrice ne sera plus en mesure de lier ou d'obliger l'entrepreneur ou le fournisseur. Selon la théorie dite de l'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice est préservé. Lorsque l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur risque de ne pas être informé, avant l'expiration de la période pendant laquelle son offre est valide, que celle-ci a été acceptée; mais, dans la plupart des cas, cela serait moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier l'entrepreneur ou fournisseur. L'alinéa b) du paragraphe 6 donne une définition du moment où l'avis ["est expédié"] ["parvient"] à l'entrepreneur ou fournisseur. La définition d'"expédié" s'appuie sur une définition énoncée au paragraphe 5 du chapitre IV, intitulé "La rédaction : observations générales", du Guide juridique de la CNUDCI. La définition de "parvient" s'appuie sur la définition énoncée à l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.]

2. Le paragraphe 3 énonce des règles concernant la signature du marché, son entrée en vigueur et les obligations de l'entrepreneur ou du fournisseur. Dès lors que l'avis est donné à l'entrepreneur ou fournisseur en temps utile, ce dernier est tenu de signer un marché écrit dans un délai raisonnable après notification, même si la période de validité de l'offre vient à expiration après que l'avis a été donné, mais avant la signature du marché.

3. L'approche suivie par le paragraphe 2, selon laquelle le marché entre en vigueur lorsque l'entrepreneur ou fournisseur est avisé, peut donner satisfaction lorsqu'il n'y a pas de questions en suspens à propos du contrat et lorsque toutes les conditions sont remplies par l'offre. L'approche retenue au paragraphe 3, en vertu duquel un marché écrit doit être signé, peut se révéler utile si certaines conditions contractuelles doivent encore être décidées d'un commun accord par les parties.

4. Aux termes du paragraphe 4, l'offre la plus avantageuse suivante peut être acceptée si l'entrepreneur ou fournisseur qui a présenté l'offre initialement acceptée ne signe pas le marché lorsqu'il y est invité, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché. L'entité adjudicatrice peut aussi exercer les droits qui découlent d'une garantie de soumission fournie par l'entrepreneur ou fournisseur défaillant.

* * *

Article 33. Procès-verbal de la procédure d'appel d'offres

(1) L'entité adjudicatrice établit le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres, couvrant notamment l'ouverture, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres. Le procès-verbal comporte une brève description des biens ou des travaux requis, les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres; des renseignements relatifs à l'aptitude et aux qualifications - ou à la non-aptitude ou à l'insuffisance des qualifications - des entrepreneurs et fournisseurs; le prix et un résumé des autres conditions principales de chaque offre et du marché; un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres; si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 29, une déclaration à cet effet et, le cas échéant, la déclaration requise à l'article 31-6.

(2) Le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres est accessible au public pour inspection après que le marché est entré en vigueur et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant, ou après que la procédure d'appel d'offres a été achevée sans aboutir à la conclusion d'un marché. Toutefois, aucune information n'est divulguée en violation de toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 156 et 200; A/CN.9/315, par. 85, 103 et 108.]

Ces dispositions ont pour objet de promouvoir la transparence de la procédure d'appel d'offres, et d'aider l'entrepreneur ou fournisseur lésé à exercer son droit à réparation pour toutes procédures ou décisions abusives imputables à l'entité adjudicatrice.

* * *

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

Article 34. Procédure de négociation avec appel à la concurrence

(1) Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, mais, dans tous les cas, avec au moins [trois] entrepreneurs ou fournisseurs, à moins que des négociations avec [trois] entrepreneurs ou fournisseurs ne soient impossibles ou irréalisables.

(2) Les conditions, directives, documents ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur sont communiqués également à tous les autres entrepreneurs ou fournisseurs ayant engagé des négociations avec l'entité adjudicatrice; il est toutefois entendu que la disposition ci-dessus ne s'applique pas aux documents ou autres éléments d'information propres aux négociations avec un entrepreneur ou fournisseur donné, ni aux documents ou informations dont la divulgation serait contraire à toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

(3) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions du paragraphe 4, une partie aux négociations ne révèle ni ne divulgue à aucun tiers des documents ou éléments d'information relatifs auxdites négociations sans le consentement de l'autre partie.

(4) a) L'entité adjudicatrice établit le procès-verbal de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le procès-verbal contient les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels l'entité adjudicatrice a ouvert des négociations; le prix et un résumé des autres conditions principales du marché; si la procédure n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration explicative; et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.

b) Le procès-verbal de la procédure de négociation avec appel à la concurrence est mis à la disposition du public pour inspection après que le marché est entré en vigueur, étant entendu qu'aucune information ne sera divulguée en violation de toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 201 à 212; A/CN.9/315, par. 109 à 112. Les mots "négociation avec appel à la concurrence" désignant la procédure prévue à l'article 34 ont un sens différent de celui qu'ils ont dans le document A/CN.9/WG.V/WP.22. Dans ce document, ils sont utilisés pour décrire la procédure énoncée à l'article 31 de la loi type. Les mots "négociation avec appel à la concurrence", dans l'acception qu'ils ont à l'article 34, sont définis à l'alinéa h) de l'article 2.]

1. La négociation avec appel à la concurrence peut être engagée dans les circonstances définies à l'article 7-2. Sous réserve des règles énoncées dans la loi type et de la réglementation des marchés, et sous réserve de toute disposition de la loi applicable, l'entité adjudicatrice peut organiser et conduire les négociations comme elle l'entend. Les règles énoncées dans l'article 34 ont pour objet d'accorder cette liberté à l'entité adjudicatrice, tout en introduisant un élément de concurrence dans la procédure. En outre, divers autres articles de la loi type s'appliquent à la procédure de négociation avec appel à la concurrence, tels que l'article 8 (Conditions d'aptitude des entrepreneurs et fournisseurs), l'article 9 (Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs) et l'article 10 (Règles régissant les déclarations écrites et pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs). En outre, ces négociations seront soumises à toutes dispositions de la réglementation des marchés et de la loi applicable.

2. Le paragraphe 1 donne à l'entité adjudicatrice toute latitude pour choisir les entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels elle entend négocier. En règle générale, toutefois, l'entité adjudicatrice doit négocier avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence. [Note pour le Groupe de travail : le nombre minimum d'entrepreneurs et de fournisseurs a été mis entre crochets afin d'inviter le Groupe de travail à examiner le nombre minimum qui devrait être requis.] En ce qui concerne les mots qui concluent le paragraphe, la négociation avec le nombre minimum requis d'entrepreneurs et de fournisseurs peut-être considérée comme impossible ou irréalisable si, par exemple, les biens ou les travaux requis ne peuvent être fournis que par un nombre d'entrepreneurs et fournisseurs inférieur au minimum requis.

3. L'entité adjudicatrice a souvent intérêt à définir des règles et procédures de base régissant le déroulement des négociations, afin qu'elles progressent de manière efficace. En outre, l'entité adjudicatrice a souvent intérêt à établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment des documents énonçant les caractéristiques techniques requises pour les marchandises ou les travaux requis, ainsi que les conditions contractuelles souhaitées. Bien que nombre de ces caractéristiques ou conditions doivent faire l'objet des négociations, elles peuvent au moins servir d'indicateur des souhaits de l'entité adjudicatrice et de point de départ aux négociations. Les documents de ce type sont particulièrement utiles lorsque l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'entrepreneurs ou de fournisseurs.

4. Dans certains cas, l'entité adjudicatrice a intérêt, avant l'ouverture de négociations, à fixer un prix estimatif pour les biens ou les travaux requis. Elle pourra ainsi s'appuyer sur ce prix estimatif dans la négociation et convenir d'un prix juste et raisonnable.

5. L'entité adjudicatrice pourra, dans certains cas, juger bon d'exiger des entrepreneurs ou fournisseurs avec lesquels elle négocie qu'ils détaillent leurs prix, afin qu'elle puisse comparer ce qui est offert par un entrepreneur ou fournisseur pendant les négociations avec ce qui est offert par les autres. Ceci peut, en outre, aider l'entité adjudicatrice à évaluer et comparer les offres de chaque entrepreneur ou fournisseur pendant les négociations. [Note pour le Groupe de travail : conformément à la suggestion avancée au paragraphe 112 du document A/CN.9/315, les phrases qui précèdent sont inspirées du paragraphe 46 du chapitre III, intitulé "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", du Guide juridique de la CNUDCI.] En outre, l'entité adjudicatrice pourra, dans certains cas, souhaiter

inspecter les livres ou registres financiers des entrepreneurs ou fournisseurs, ainsi que leurs installations de construction, de fabrication ou de fourniture.

6. La forme que doit revêtir le marché (forme écrite ou non, par exemple) est régie par la loi applicable. Lorsque les biens ou les travaux sont complexes, en particulier, l'entité adjudicatrice et chaque entrepreneur ou fournisseur avec qui elle négocie peuvent avoir intérêt à stipuler, lorsque la loi applicable le permet, qu'aucune obligation contractuelle n'existe entre les parties tant qu'un marché écrit n'a pas été conclu par elles. [Note pour le Groupe de travail : voir les paragraphes 44 et 49 du chapitre III, intitulé "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", du Guide juridique de la CNUDCI.] Les modalités et la date d'entrée en vigueur d'un marché sont également régies par la loi applicable. Lorsque celle-ci est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, les questions telles que celles qui sont visées dans le présent paragraphe sont soumises aux règles uniformes énoncées dans la Convention.

7. En ce qui concerne le paragraphe 4, on se référera au commentaire de l'article 33.

* * *

Article 35. Dossier de la procédure de sollicitation d'une source unique

(1) L'entité adjudicatrice établit un dossier de la procédure de sollicitation d'une source unique. Ce dossier indique le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou fournisseur auprès duquel l'entité adjudicatrice commande les biens ou la construction, le prix et un résumé des autres conditions principales du marché et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.

(2) Ce dossier est mis à la disposition du public pour inspection après que le marché est entré en vigueur; il est toutefois entendu qu'aucune information n'est divulguée en violation de toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

* * *

Commentaire

[Note pour le Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 62 et 213; A/CN.9/315, par. 113.]

L'entité adjudicatrice est libre de s'engager dans une procédure de sollicitation d'une source unique, sous réserve de l'article 35 et des autres dispositions applicables de la loi type [notamment l'article 8 (Conditions d'aptitude des entrepreneurs et fournisseurs), l'article 9 (Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs) et l'article 10 (Règles régissant les déclarations écrites et pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs)], de toute règle énoncée dans la réglementation des marchés et de toute autre disposition de la loi applicable. L'article 35 dispose qu'un dossier relativement simple doit être établi et mis à la disposition du public pour inspection (voir le commentaire de l'article 33).