

**Groupe de travail de la transparence
des marchés publics**

DISPOSITIONS RELATIVES A LA TRANSPARENCE CONTENUES DANS
LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX CONCERNANT
LES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES
PUBLICS ET DANS LES ACCORDS DE L'OMC

Note du Secrétariat

Table des matières

	<u>Page</u>
A. DISPOSITIONS RELATIVES A LA TRANSPARENCE CONTENUES DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX CONCERNANT LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS	
I. Introduction	4
II. Instruments internationaux concernant la passation des marchés	5
III. Méthodes de passation de marchés	6
IV. Information concernant les législations et procédures nationales	9
V. Information concernant les possibilités de marchés, les appels d'offres et la qualification	9
a) Avis d'invitation à soumissionner ou à présenter une demande de préqualification	10
i) Diffusion de l'information	10
ii) Teneur des avis d'invitation	11
b) Dossier d'appel d'offres	13
c) Eclaircissements	18
d) Rapidité dans la communication de renseignements préalables et respect des délais	18
VI. Transparence des décisions concernant la qualification	20
a) Transparence des critères	20
b) Notification et établissement de listes	21

	<u>Page</u>
VII. Transparence des décisions concernant l'adjudication des marchés	22
a) Transparence des critères	22
b) Réception et ouverture des soumissions	23
c) Information <i>a posteriori</i> sur l'adjudication des marchés	25
VIII. Recours	27
IX. Autres questions relatives à la transparence	28
a) Etablissement du procès-verbal de la procédure de passation des marchés	28
b) Technologies de l'information	30
c) Langue	30
X. Renseignements à fournir aux autres gouvernements	30
a) Renseignements concernant la législation nationale	31
b) Notification relative à la législation nationale	31
c) Renseignements concernant l'adjudication des marchés	31
d) Statistiques	32
B. DISPOSITIONS DES ACCORDS DE L'OMC RELATIVES A LA TRANSPARENCE	
I. Introduction	33
II. Publication	33
a) Publication	33
b) Délais de publication	37
III. Avis au public des règlements projetés	38
IV. Fourniture de renseignements en réponse aux demandes émanant d'autres Membres	38
V. Fourniture de renseignements en réponse aux demandes émanant des agents économiques	40
VI. Traitement des renseignements confidentiels	41

1. Donnant suite à la demande qui lui a été faite à la première réunion du Groupe de travail de la transparence des marchés publics, qui a eu lieu le 23 mai 1997, le Secrétariat a élaboré la présente note pour fournir des renseignements factuels sur les dispositions relatives à la transparence contenues dans les instruments internationaux concernant la passation des marchés publics (partie A) et dans les Accords de l'OMC (partie B). La partie A contient des renseignements ayant trait aux instruments internationaux suivants:

- Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1995) (Loi type);
- Directives: Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA (1996) et Directives: Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale (1997) (Directives de la Banque mondiale portant respectivement sur les fournitures et les travaux et sur les services de consultants);
- Accord de l'OMC sur les marchés publics (1994) (AMP).

2. La présente note ne devrait pas servir à préjuger ce que recouvre le terme "transparence", question qui relève du domaine de compétence du Groupe de travail. Elle a pour objet de fournir des renseignements de caractère général que le Groupe de travail pourra peut-être utiliser dans son étude sur la transparence des pratiques de passation des marchés publics.

PARTIE A

DISPOSITIONS RELATIVES A LA TRANSPARENCE CONTENUES DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX CONCERNANT LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

I. INTRODUCTION

3. La volonté de promouvoir la transparence des procédures de passation des marchés est l'une des considérations sur lesquelles reposent expressément les prescriptions énoncées dans la Loi type (préambule, paragraphe f)), dans l'AMP (préambule, paragraphe 3), dans les Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux (paragraphe 1.2 d)) et dans les Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants (paragraphe 1.4 e)). La transparence peut être considérée comme la cheville ouvrière des autres objectifs communs à ces instruments qui sont, notamment, d'aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés, de favoriser et d'encourager la participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs, de donner à tous les fournisseurs, sans distinction de nationalité, la même possibilité de concourir pour l'obtention de contrats, et favoriser ainsi la libéralisation du commerce international, et de promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus.

4. Les dispositions en matière de transparence qui figurent dans les trois instruments internationaux concernent trois groupes de parties:

- Les fournisseurs. Pour que les objectifs des régimes de passation des marchés soient réalisés, les fournisseurs éventuels doivent avoir facilement accès à des renseignements appropriés sur les possibilités de marchés, sur les conditions à satisfaire pour être qualifiés et sur toutes questions pertinentes concernant la préparation et la présentation des soumissions. Les fournisseurs seront également encouragés à participer aux procédures de passation des marchés s'ils les jugent justes et équitables.
- Les législateurs et le grand public. La transparence est une condition nécessaire pour assurer le respect du principe de responsabilité dans les régimes et les décisions concernant les marchés publics, en particulier pour ce qui concerne l'emploi des deniers publics ou, dans le cas de la Banque mondiale, des fonds internationaux. C'est pourquoi il ne suffit pas que les décisions soient impartiales, il faut également qu'elles soient considérées comme impartiales. Il convient donc de fixer des critères objectifs, qui devront être spécifiés par avance pour la prise de telles décisions, la réception et l'ouverture des soumissions conformément à des procédures garantissant la régularité de l'ouverture, la communication de renseignements *a posteriori* sur l'adjudication des marchés, ainsi que des possibilités de recours.
- Les autres gouvernements. En devenant Partie à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, un pays contracte des obligations envers les autres Parties à l'Accord, et s'engage non seulement à leur assurer que leurs fournisseurs disposent des renseignements appropriés et se voient appliquer des procédures transparentes, mais également à leur fournir directement des renseignements sur ses procédures et décisions en matière de passation des marchés.

5. Dans la partie A de la présente note, le Secrétariat commence par indiquer les principales caractéristiques des trois instruments (section II). Il passe ensuite en revue les diverses méthodes de passation des marchés prévues par ces instruments - méthodes recommandées et autres méthodes - en tenant compte des considérations de transparence (section III). Les autres sections de la partie A sont consacrées à l'examen de certains aspects de la transparence: information concernant les législations et procédures nationales (section IV); information concernant les possibilités de marché, y compris l'appel d'offres et la qualification (section V); transparence des décisions concernant la qualification (section VI); transparence des décisions concernant l'adjudication des marchés (section VII); recours (section VIII); autres questions relatives à la transparence (section IX); et renseignements devant être fournis par les gouvernements (section X).

II. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX CONCERNANT LA PASSATION DES MARCHES

6. Il existe actuellement trois instruments internationaux concernant les procédures et pratiques suivies par les pouvoirs publics en matière de passation des marchés:

i) La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services a été élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹ pour servir de modèle aux Etats pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. En tant que loi-cadre, la Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que peuvent rencontrer les entités adjudicatrices. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et à l'idée sous-jacente à la Loi type selon laquelle plus la concurrence sera large, plus grande sera la valeur reçue en contrepartie des dépenses faites au moyen des deniers publics, la Loi type encourage en règle générale l'application du principe de non-discrimination. Elle met en oeuvre ce principe en prévoyant des procédures qui visent, par exemple, à assurer un niveau de transparence suffisant aux fournisseurs étrangers. Elle reconnaît en même temps que les Etats peuvent dans certains cas souhaiter limiter la participation des fournisseurs étrangers pour protéger certaines branches de production nationales ou pour d'autres motifs légitimes. Toutefois, pour promouvoir la transparence, elle prévoit qu'une entité adjudicatrice ne peut imposer une telle restriction que pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions législatives.²

ii) Les Directives pour la passation des marchés financée par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA et les Directives pour la sélection et l'emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale ont pour objet d'informer les pays emprunteurs de la Banque mondiale ou leurs services (emprunteurs) qui exécutent un projet financé en tout ou en partie par un prêt de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) ou par un crédit de l'Association internationale de développement (IDA), de la marche à suivre pour passer les marchés de fournitures et de travaux nécessaires au projet et des procédures de

¹La CNUDCI est un organe de l'Assemblée générale des Nations Unies créé pour promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles non nécessaires au commerce international imputables aux insuffisances et aux divergences du droit commercial.

²Guide relatif à la Loi type de la CNUDCI et paragraphes 1 et 2 de l'article 8 de la Loi type.

sélection, de passation de contrats et de suivi des consultants³ requis pour le projet. Dans la plupart des cas, la Banque demande à ses emprunteurs de passer les marchés de fournitures et de travaux nécessaires au projet par voie d'appels d'offres internationaux qui sont ouverts à tous les fournisseurs et entrepreneurs répondant aux critères de provenance et prévoient une marge de préférence en faveur des fournitures fabriquées dans le pays emprunteur et en faveur des entrepreneurs du pays emprunteur dans certaines conditions.⁴ Les Directives de la Banque mondiale autorisent également un emprunteur à lancer un appel d'offres national pour passer des marchés de fournitures ou de travaux qui, en raison de leur nature ou de leur ampleur, ont peu de chance d'intéresser des candidats étrangers.⁵

iii) L' Accord de l'OMC sur les marchés publics de 1994 établit un cadre convenu de droits et d'obligations pour les Membres de l'OMC Parties à l'AMP, concernant les lois, règlements, procédures et pratiques qu'ils appliquent en matière de marchés publics, en vue de réaliser l'expansion et une libéralisation plus large du commerce et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial. Le principe fondamental des règles énoncées dans l'AMP est la non-discrimination entre les fournisseurs des Membres de l'OMC Parties à l'Accord. L'AMP s'applique aux marchés de produits et de services, y compris les services de construction, dont la valeur dépasse certaines valeurs de seuil spécifiées dans les listes des différentes Parties figurant à l'Appendice I de l'Accord.⁶ Ces listes indiquent également certaines dérogations ou exceptions. Afin de garantir le respect du principe fondamental de non-discrimination et de veiller à ce que les produits, services et fournisseurs étrangers aient réellement accès aux marchés publics, l'AMP accorde une large place aux mécanismes permettant d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics.

III. METHODES DE PASSATION DE MARCHES

7. Les entités gouvernementales appliquent diverses méthodes de passation des marchés en fonction des circonstances. Les trois instruments examinés dans la présente note décrivent les méthodes de passation des marchés qui peuvent être utilisées et indiquent leurs conditions d'utilisation. Ils précisent que les méthodes les plus transparentes doivent être choisies chaque fois que cela est possible, car ce sont celles qui permettent le mieux de réaliser les objectifs des régimes de passation des marchés; ils autorisent toutefois les entités à recourir à des moyens par nature moins transparents, lorsque les circonstances le justifient, et imposent, dans certains cas, des conditions spéciales ayant souvent pour objet d'assurer un niveau de transparence suffisant.

³Aux fins des Directives de la Banque mondiale, le terme "consultants" désigne une vaste gamme d'entités publiques et privées: bureaux d'études, firmes d'ingénierie, coordinateurs d'entreprises de travaux, cabinets d'organisation, spécialistes de la passation des marchés, sociétés de surveillance, cabinets d'audit, institutions des Nations Unies et autres organisations multinationales, banques d'affaires, universités, instituts de recherche, organismes publics, organisations non gouvernementales, consultants individuels, etc. Les emprunteurs de la Banque font appel à ces "consultants" pour les aider dans toute une gamme d'activités - conseil, réformes institutionnelles, gestion, services d'ingénierie, supervision de travaux, services financiers, services d'achat, études environnementales et sociales; et identification, préparation et exécution de projets, etc. - et compléter ainsi les capacités dont ils disposent dans ces domaines.

⁴Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.54 et annexe 2.

⁵Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 3.3 et 3.4.

⁶AMP, article III:2.

8. Dans des circonstances normales, les méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type sont l'*appel d'offres* pour les marchés de biens et de services de construction et, pour les autres services, la *méthode principale pour la passation des marchés de services*, qui est conçue de manière à donner l'importance voulue dans le processus d'évaluation aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs de services. L'AMP recommande la *procédure d'appel d'offres ouverte* selon laquelle tous les fournisseurs peuvent soumissionner. Les Directives de la Banque mondiale préconisent l'utilisation de l'*appel d'offres ouvert international* pour passer des marchés de fournitures et de travaux et de la *sélection fondée sur la qualité technique et le coût* comme principale méthode de sélection des services de consultants.

9. Pour des circonstances exceptionnelles et clairement définies, dans lesquelles les entités adjudicatrices considèrent que les méthodes recommandées susmentionnées ne sont pas appropriées ou applicables, les trois instruments proposent d'autres méthodes de passation des marchés qui offrent un niveau de concurrence entre fournisseurs moins important que les méthodes recommandées. Aussi les trois instruments prévoient-ils des conditions d'utilisation de ces autres méthodes afin d'éviter qu'elles ne soient employées de manière injustifiée et limiter leur application aux cas exceptionnels et, partant, préserver les objectifs de non-discrimination entre fournisseurs et de transparence du processus de passation des marchés. La Loi type donne la possibilité de recourir à l'appel d'offres en deux étapes, à la *sollicitation de propositions* ou à la *négociation avec appel à la concurrence* lorsque l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications suffisamment détaillées pour organiser un appel d'offres pour la passation d'un marché de biens, par exemple lorsqu'il s'agit de produits de haute technologie, ou pour utiliser la méthode principale pour la passation des marchés de services. Ces méthodes permettent à l'entité adjudicatrice de négocier avec les fournisseurs pour déterminer les spécifications techniques et fixer les conditions contractuelles. Pour sélectionner les fournisseurs, la Loi type propose la procédure de l'*appel d'offres restreint* qui permet à l'entité adjudicatrice de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs, lorsque des marchés sont techniquement complexes ou spécialisés; la *sollicitation de prix ou consultation de fournisseurs*, qui prévoit une procédure simplifiée et accélérée dans le cadre de laquelle l'entité adjudicatrice peut demander à un petit nombre de fournisseurs de lui proposer un prix pour un marché de faible valeur portant sur des biens ou des services courants; et la procédure de *sollicitation d'une source unique*, dans des circonstances exceptionnelles comme dans une conjoncture économique d'extrême urgence consécutive à des événements catastrophiques. Pour assurer un niveau de transparence suffisant lorsque les entités adjudicatrices décident de recourir à une méthode de passation des marchés exceptionnelle au lieu d'appliquer la méthode requise dans des conditions normales, la Loi type contient une disposition prévoyant que toute décision de ce type doit faire l'objet, dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés prévu à l'article 11, d'un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité s'est fondée pour justifier le choix de la méthode en question.⁷

10. L'AMP prévoit deux méthodes de passation des marchés en plus de la procédure d'appel d'offres ouverte. Dans le cadre de l'*appel d'offres sélectif*, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité.⁸ Afin de garantir une concurrence internationale effective optimale lorsque cette procédure est utilisée, les entités contractantes doivent inviter à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et étrangers, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. L'article VIII énonce un certain nombre de mesures visant à assurer que les procédures et conditions de qualification des fournisseurs respectent le principe de non-discrimination. Dans le cadre de l'*appel d'offres limité*, l'entité s'adresse à des fournisseurs

⁷Loi type, article 18.4.

⁸AMP, articles VII:3 b) et X.

individuellement.⁹ En raison du manque de transparence inhérent à cette méthode, l'Accord définit précisément les situations dans lesquelles elle peut être utilisée. C'est le cas, par exemple, lorsque aucune soumission valable n'a été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, lorsque les produits ou services ne peuvent être fournis que par un fournisseur particulier ou pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité.¹⁰ L'AMP assujettit l'utilisation de cette méthode à des conditions de transparence spéciales selon lesquelles les entités doivent dresser un procès-verbal de chaque marché adjugé qui doit contenir, entre autres choses, un exposé indiquant celle des circonstances visées à l'article XV qui a justifié le recours à la procédure de l'appel d'offres limité. En outre, les entités peuvent procéder à des *négociations* avec les fournisseurs présentant des soumissions, si elles ont indiqué qu'elles en avaient l'intention dans l'avis d'appel d'offres initial ou s'il résulte de l'évaluation qu'aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse, et doivent prendre certaines dispositions pour faire en sorte que ces négociations n'établissent pas de discrimination entre les différents fournisseurs.¹¹

11. Les Directives de la Banque mondiale autorisent l'application d'une *procédure modifiée d'appel d'offres ouvert international* avec des règles simplifiées en matière de publicité et de monnaies, dans le cas de prêts à décaissement rapide ou pour la passation des marchés de produits de base. Lorsque l'appel d'offres ouvert international n'est pas la procédure la plus appropriée, les autres méthodes de passation des marchés ci-après peuvent être utilisées: l'*appel d'offres international restreint*, qui correspond pour l'essentiel à un appel d'offres ouvert international, mais où les candidats sont directement invités à présenter une offre sans qu'il y ait publication d'avis d'appel d'offres, méthode pouvant être retenue lorsque le montant des marchés est peu élevé, s'il n'existe qu'un petit nombre de fournisseurs ou pour d'autres motifs exceptionnels¹²; l'*appel d'offres national*, procédure de passation des marchés publics normalement utilisée dans le pays de l'emprunteur, qui peut être considéré comme le moyen le plus efficace et le plus économique de passer des marchés de fournitures ou de travaux qui, en raison de leur nature ou de leur ampleur, ont peu de chance d'intéresser des candidats étrangers¹³; la *consultation de fournisseurs* (à l'échelon international ou national), qui consiste à comparer les propositions obtenues de plusieurs fournisseurs pour garantir l'obtention de prix compétitifs et qui convient pour des fournitures généralement disponibles dans le commerce ou des produits standard de faible valeur¹⁴; et l'*entente directe sans appel à la concurrence (fournisseur ou entrepreneur unique)*¹⁵ qui est utilisée dans des situations similaires à celles qui conditionnent le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique dans le cadre de la Loi type ou à l'appel d'offre limité prévu par l'AMP. Outre la *sélection fondée sur la qualité technique et le coût*, principale méthode de sélection des consultants, les Directives de la Banque mondiale prévoient la *sélection fondée sur la qualité technique* pour les missions complexes ou très spécialisées ou pour celles qui appellent des propositions novatrices.¹⁶ Elles proposent encore d'autres méthodes de sélection de consultants, en spécifiant leurs conditions

⁹AMP, article VII:3 c).

¹⁰AMP, article XV.

¹¹AMP, article XIV.

¹²Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 3.2.

¹³Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 3.3 et 3.4.

¹⁴Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 3.5 et 3.6.

¹⁵Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 3.7.

¹⁶Directives de la Banque mondiale pour la sélection de consultants, paragraphes 3.2 à 3.4.

d'utilisation, comme la *sélection dans le cadre d'un budget déterminé*, la *sélection au "moindre coût"*, la *sélection fondée sur les qualifications des consultants* et la *sélection par entente directe*.¹⁷

12. Il convient de noter que si nombre des prescriptions en matière de transparence mentionnées dans les sections ci-dessus s'appliquent dans le cadre de toutes les méthodes de passation des marchés autorisées, certaines dispositions visent plus directement les méthodes de passation de marchés qui sont recommandées.

IV. INFORMATION CONCERNANT LES LEGISLATIONS ET PROCEDURES NATIONALES

13. Les activités de passation des marchés sont généralement régies par des lois adoptées au niveau des autorités centrales ou sous-centrales auxquelles viennent s'ajouter des décisions et directives administratives d'application générale. En vertu de la Loi type et de l'AMP, le public doit avoir accès aux textes pertinents.¹⁸ L'AMP oblige expressément les Parties à publier toutes lois, tous règlements ainsi que toutes décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale et procédures (y compris les clauses contractuelles types), relatifs aux marchés publics, de façon à permettre aux autres Parties et aux fournisseurs d'en prendre connaissance. Les publications dans lesquelles chaque Partie fait paraître sa législation nationale doivent être indiquées à l'Appendice IV de l'AMP.¹⁹ Les Directives de la Banque mondiale sont publiées par la Banque mondiale et mises à la disposition des emprunteurs.²⁰

14. L'AMP prévoit que les fournisseurs et/ou autres gouvernements peuvent également obtenir des renseignements sur les procédures nationales de passation des marchés publics par d'autres moyens. Il dispose que chaque entité doit, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquer dans les moindres délais des explications sur ses pratiques et procédures en matière de passation des marchés.²¹ Les Parties doivent également établir leurs procédures de contestation par écrit, conformément à l'article XX, et les rendre généralement accessibles.²²

V. INFORMATION CONCERNANT LES POSSIBILITES DE MARCHES, LES APPELS D'OFFRES ET LA QUALIFICATION

15. Les trois instruments reconnaissent qu'il est essentiel que des informations suffisamment détaillées et aisément accessibles sur les possibilités de soumissionner pour des marchés spécifiques soient disponibles en temps voulu afin de garantir une véritable concurrence. Ils contiennent des dispositions détaillées concernant les renseignements que les entités doivent fournir à l'avance sur les marchés envisagés. Lorsqu'un système de préqualification est appliqué, des renseignements doivent être fournis sur les procédures à suivre et les critères à remplir pour qu'un fournisseur intéressé soit qualifié.

¹⁷Directives de la Banque mondiale pour la sélection de consultants, paragraphes 3.5 à 3.11.

¹⁸Loi type, article 5; AMP, article XIX:1.

¹⁹AMP, article XIX:1.

²⁰Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 1.1; Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 1.1.

²¹AMP, article XVIII:2 a).

²²AMP, article XX:3.

a) Avis d'invitation à soumissionner ou à présenter une demande de préqualificationi) *Diffusion de l'information*

16. Les dispositions pertinentes des trois instruments énoncent un ensemble de procédures minimales concernant l'annonce des offres de marchés, que les entités contractantes devraient suivre afin d'obtenir de fournisseurs éventuels des manifestations d'intérêt pour un marché particulier. La Loi type et l'AMP disposent que les renseignements concernant un marché envisagé doivent tout d'abord paraître dans un avis d'invitation à soumissionner pour le marché en question.²³ Les publications dans lesquelles les différentes Parties à l'AMP font paraître leurs invitations à soumissionner doivent être indiquées à l'Appendice II de l'Accord.²⁴ Aux termes des Directives de la Banque mondiale, le pays emprunteur est tenu de notifier les marchés de fournitures et de travaux devant être passés sur appels d'offres ouverts internationaux ou les missions de consultants prévues en préparant un projet d'avis général de passation de marchés qu'il communique à la Banque. Il doit informer en temps opportun la communauté internationale des possibilités de concourir pour l'obtention des différents marchés de fournitures et de travaux en publiant dans chaque cas, un avis particulier d'appel d'offres.²⁵ Pour la sélection de consultants, les demandes de propositions doivent comprendre une lettre d'invitation indiquant l'intention de l'emprunteur de conclure un contrat en vue d'obtenir des services de consultants.²⁶

17. Les trois instruments précisent que l'avis d'invitation à soumissionner doit paraître au Journal officiel ou dans une autre publication officielle.²⁷ En outre, pour que la communauté internationale soit informée de l'offre de marchés, la Loi type et les Directives de la Banque mondiale prévoient que l'avis doit également être publié dans un journal ou dans une publication spécialisée appropriée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, ou dans une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.²⁸ Conformément aux Directives de la Banque mondiale, les invitations à soumissionner pour les marchés de fournitures ou de travaux ou les listes des missions de consultants, qui paraissent dans l'avis général de passation de marchés et dans les avis particulier d'appels d'offres, sont publiées dans la revue *Development Business*.²⁹ Les emprunteurs de la Banque mondiale sont également encouragés à communiquer ces avis aux ambassades et aux bureaux de représentation commerciale des pays dont les entreprises sont susceptibles d'être intéressées.³⁰

²³Loi type, articles 24.2, 37.2 et 48.2; AMP, article IX:1.

²⁴AMP, article IX:1.

²⁵Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.7, 2.8 et 2.10 et Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants.

²⁶Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.9

²⁷Loi type, article 24.1, et AMP, article IX:1.

²⁸Loi type, article 24.2; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.8, et pour les services de consultants, paragraphe 2.5.

²⁹*Development Business* (UNDB) est une publication du Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies (UN Plaza, New York, New York 10017), qui dispose d'un bureau à la Banque mondiale (1818 H Street, N.W., Washington, D.C., 20433, USA).

³⁰Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.8, et pour les services de consultants, paragraphe 2.5.

18. L'AMP dispose que toute modification ou nouvelle parution d'un avis d'invitation à soumissionner intervenant après la parution de l'invitation à soumissionner pour un marché envisagé, mais avant la date fixée pour l'ouverture ou la réception des soumissions, doit recevoir la même diffusion que les documents originaux qui ont fait l'objet de la modification.³¹

ii) *Teneur des avis d'invitation*

19. Les trois instruments indiquent les renseignements que les entités doivent, au minimum, donner dans leurs invitations à soumissionner pour permettre aux fournisseurs d'évaluer leur intérêt à concourir pour le marché envisagé et faciliter la participation aux procédures d'appel d'offres.³² Les trois textes mentionnent plus ou moins les mêmes renseignements. On trouvera ci-après une liste des éléments qui apparaissent dans un ou plusieurs de ces textes, les instruments dans lesquels ils sont expressément mentionnés étant indiqués dans les notes de bas de page.

Eléments concernant *les marchés envisagés*:

- le nom et l'adresse de l'entité responsable de la procédure, qui doit passer le marché et fournir les renseignements nécessaires pour l'obtention du cahier des charges et autres documents³³ ou d'informations sur le client désirant obtenir des services de consultants³⁴;
- l'importance du marché avec des détails sur la nature et la quantité des produits ou services devant être fournis ou des travaux devant être effectués³⁵;
- toutes options concernant des marchés complémentaires; la nature et la quantité dans le cas de marchés renouvelables³⁶;
- le calendrier pour la livraison des produits, la fourniture des services ou l'achèvement des travaux.³⁷ Si possible, le délai estimé pour l'exercice des options concernant des marchés complémentaires; dans le cas de marchés renouvelables, le délai estimé de publication des avis d'appel d'offres ultérieurs³⁸;
- le lieu où les produits doivent être livrés, les services fournis ou les travaux effectués³⁹;

³¹AMP, article IX:10.

³²Loi type, article 25.1; AMP, article IX:6 à IX:8.

³³Loi type, articles 25.1 a) et 37.1; AMP, article IX:6 e); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.7.

³⁴Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.9.

³⁵Loi type, articles 25.1 b) et 37.1; AMP, article IX:6 a); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.7, et pour les services de consultants, paragraphe 2.3.

³⁶AMP, article IX:6 a).

³⁷Loi type, article 25.1 c); AMP, article IX:6 c).

³⁸AMP, article IX:6 a).

³⁹Loi type, articles 25.1 b) et 37.1.

Eléments concernant les *fournisseurs*:

- les conditions de caractère économique et technique, les garanties financières et les renseignements requis⁴⁰;
- les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs.⁴¹

Pour que les fournisseurs intéressés par un marché envisagé puissent facilement obtenir le *dossier relatif à l'appel d'offres ou le dossier relatif à la préqualification*, l'entité contractante doit également fournir les renseignements suivants:

- les modalités d'obtention du dossier et le lieu où il peut être obtenu⁴²;
- le prix demandé⁴³, ainsi que la monnaie et les modalités de paiement, pour la fourniture du dossier⁴⁴;
- la date à laquelle le dossier sera disponible⁴⁵;
- la langue ou les langues dans lesquelles le dossier est disponible⁴⁶;

L'entité contractante doit également donner certains renseignements concernant *le dépôt des demandes d'invitation à soumissionner ou de préqualification*:

- l'adresse pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ou la qualification pour inscription sur la liste des fournisseurs, ainsi que pour le dépôt ou la réception des soumissions⁴⁷;
- la date limite pour le dépôt ou la réception des soumissions⁴⁸;

⁴⁰AMP, article IX:6 f).

⁴¹Loi type, article 25.1 d).

⁴²Loi type, articles 25.1 f), 25.2 a) et 37.1.

⁴³Loi type, articles 25.1 g), 25.2 b) et 37.1.

⁴⁴Loi type, article 25.1 h) et 2 c); AMP, article IX:6 g).

⁴⁵Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.7.

⁴⁶Loi type, article 25.1 i) et 25.2 d).

⁴⁷AMP, article IX:6 d); Loi type, article 25.1 j); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.43 et pour les services de consultants, paragraphe 2.9.

⁴⁸Loi type, article 25.1 j); AMP, article IX:6 d); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.43, et pour les services de consultants, paragraphe 2.9.

- la langue ou les langues autorisées pour la présentation de demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ou la qualification pour inscription sur la liste des fournisseurs.⁴⁹

20. Selon les Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, le document relatif à la mission envisagée, à savoir les termes de référence de la mission, doit définir les objectifs, les buts et l'ampleur de la mission et fournir des informations d'ordre général afin de faciliter aux consultants la préparation de leurs propositions. Les termes de référence doivent également énumérer les services et enquêtes nécessaires à l'accomplissement de la mission et les résultats escomptés (par exemple, rapports, données, cartes ou relevés).⁵⁰

21. L'AMP prévoit que les invitations à soumissionner doivent contenir *certaines autres renseignements* spécifiques indiquant, notamment, le caractère de la procédure de passation du marché (ouvert, sélectif ou comportant une négociation)⁵¹ et la forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres (achat, crédit-bail, location ou location-vente).⁵²

22. Comme les obligations énoncées dans l'AMP ne s'appliquent qu'aux marchés passés par les entités expressément spécifiées dans les listes des différentes Parties figurant à l'Appendice I de l'Accord, sous réserve des exceptions mentionnées, et pour un montant de biens ou de services supérieur aux valeurs de seuil indiquées, les avis d'invitation à soumissionner pour des marchés envisagés ou la publication où ces avis paraissent devraient indiquer si le marché en question est visé par les dispositions de l'Accord.⁵³

23. Enfin, l'AMP étant un accord intergouvernemental auquel adhèrent des Parties utilisant différentes langues, les entités doivent pour chaque marché envisagé faire paraître, dans une publication appropriée indiquée à l'Appendice II, un avis résumé de l'invitation à soumissionner dans une des langues officielles de l'OMC. L'avis doit contenir au moins des indications sur l'objet du marché, sur le délai de présentation des soumissions ou des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner et sur les adresses où les documents relatifs au marché peuvent être demandés.⁵⁴

b) Dossier d'appel d'offres

24. Le dossier d'appel d'offres doit préciser les besoins de l'entité contractante et établir un ensemble de règles pour qu'elle puisse comparer les soumissions de manière objective et équitable.⁵⁵ Il précise également les règles et procédures que doivent suivre les fournisseurs intéressés pour élaborer et présenter une soumission valable. Le degré de détail et la complexité des pièces du dossier varient en fonction de la taille et de la nature du marché envisagé, mais le dossier devrait toutefois toujours contenir les

⁴⁹AMP, article IX:6 d).

⁵⁰Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.3.

⁵¹AMP, article IX:6 b).

⁵²AMP, article IX:6 h).

⁵³AMP, article IX:11.

⁵⁴AMP, article IX:8.

⁵⁵Guide de la CNUDCI.

renseignements devant être publiés dans l'avis de marché envisagé.⁵⁶ Les trois instruments mentionnent plus ou moins les mêmes renseignements.⁵⁷ On trouvera ci-après une liste des éléments qui apparaissent dans un ou plusieurs de ces textes, les instruments dans lesquels ils sont expressément mentionnés étant indiqués dans les notes de bas de page.

Eléments concernant l'*entité contractante*:

- l'adresse de l'entité à qui les soumissions devraient être envoyées⁵⁸;
- l'adresse où les demandes d'information complémentaire ou les demandes d'éclaircissement devraient être envoyées⁵⁹ ainsi que le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer avec les fournisseurs au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire⁶⁰;

Eléments concernant le *marché envisagé*:

- une description complète des produits, services ou construction faisant l'objet du marché⁶¹, une description succincte de la mission des consultants⁶²;
- quand le marché porte sur des produits, la quantité ou une liste des produits requis⁶³;
- toutes exigences (y compris les spécifications techniques et qualitatives, les normes, les prescriptions minimales de performance, la certification de conformité) auxquelles il faut satisfaire et les méthodes d'essai qui serviront à déterminer si le matériel livré ou les travaux exécutés sont conformes à ces spécifications⁶⁴;

⁵⁶Loi type, articles 26 et 27 a); AMP, article XII:2.

⁵⁷Les emprunteurs de la Banque mondiale utilisent les dossiers types d'appel d'offres publiés par la Banque pour différentes sortes de marchés (Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.12). Si la Banque n'a pas publié de dossier type approprié, l'emprunteur doit utiliser d'autres documents standard et modèles de marchés jugés acceptables par la Banque. Pour la sélection et l'emploi de consultants, l'emprunteur utilise un des modèles de demandes de propositions qui contient une lettre d'invitation, une note d'information aux consultants, les termes de référence et le contrat envisagé (Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphes 2.8 et 2.10, et annexe 2).

⁵⁸AMP, article XII:2 a).

⁵⁹AMP, article XII:2 b) et Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, annexe 2 c).

⁶⁰Loi type, article 27 u).

⁶¹Loi type, article 27 d); AMP, article XII:2 g).

⁶²Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, annexe 2 a).

⁶³Loi type, article 27 d); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.11.

⁶⁴Loi type, article 27 d); AMP, article XII:2 g); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.11 et 2.16.

- les plans, dessins, modèles et instructions nécessaires⁶⁵;
- si des variantes par rapport aux caractéristiques des biens, des travaux ou des services, ou par rapport aux modèles, matériaux, délais d'achèvement, conditions de paiement, conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier d'appel d'offres sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées et comparées⁶⁶;
- les conditions d'entretien et de garantie technique⁶⁷;
- le lieu où les produits doivent être livrés, les services fournis ou les travaux réalisés⁶⁸;
- le délai requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services⁶⁹;
- si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens, des travaux ou des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises⁷⁰;
- la manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût des biens, des travaux ou des services, tels que tous frais de transport, d'assurance et d'inspection ainsi que les droits de douane et autres impositions ou taxes à l'importation⁷¹;
- la monnaie ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé⁷² et le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie ou ces monnaies ou une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée.⁷³

⁶⁵Loi type, article 27 d); AMP, article XII:2 g).

⁶⁶Loi type, article 27 d) et g); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.17.

⁶⁷Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.16.

⁶⁸Loi type, article 27 d); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.16.

⁶⁹Loi type, article 27 d); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.11 et 2.16 et pour les services de consultants, annexe 2 p).

⁷⁰Loi type, article 27 h).

⁷¹Loi type, article 27 i).

⁷²Loi type, article 27 j); AMP, article XII:2 h); Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, annexe 2 i).

⁷³Loi type, article 27 s).

Eléments concernant les *fournisseurs*:

- les conditions de caractère économique et technique, les garanties financières et tout autre renseignement ou pièce, exigés des fournisseurs⁷⁴;
- les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs pour justifier de leurs qualifications⁷⁵;
- les critères et procédures relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs.⁷⁶

Eléments concernant l'*évaluation des soumissions* ou des propositions:

- les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris les marges de préférence et les éléments, autre que le prix, qui doivent être pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, tel que frais d'assurance et d'inspection, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement, ainsi que leur coefficient de pondération⁷⁷, et la façon dont ces facteurs seront quantifiés ou évalués.⁷⁸

Eléments concernant la *présentation et la réception des soumissions* ou des propositions:

- le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions, des demandes de préqualification ou des propositions⁷⁹;
- la date limite et le délai de réception des soumissions, ainsi que la période pendant laquelle toute soumission devrait pouvoir être acceptée⁸⁰;
- la période de validité des soumissions ou des propositions des consultants⁸¹;
- la langue ou les langues à employer pour la présentation des soumissions.⁸²

⁷⁴AMP, article XII:2 f); Loi type, article 27 c).

⁷⁵Loi type, articles 7.3 a) iii) et 27 c).

⁷⁶Loi type, article 27 b).

⁷⁷Loi type, article 27 e); AMP, article XII:2 h).

⁷⁸Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.11, 2.17 et 2.51, et pour les services de consultants, paragraphe 2.10 et annexe 2 d).

⁷⁹Loi type, articles 7.3 a) iv) et 27 n); Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, annexe 2 h) et l).

⁸⁰AMP, article XII:2 d).

⁸¹Loi type, article 27 p); Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, annexe 2 o).

⁸²AMP, article XII:2 c).

Eléments concernant l'*ouverture des soumissions*:

- la date, l'heure et le lieu de l'ouverture des soumissions, ainsi que les personnes admises à y assister⁸³;
- les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des soumissions.⁸⁴

Eléments concernant le *marché*:

- les clauses et conditions du marché, générales et spéciales, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties⁸⁵;
- les modalités de paiement⁸⁶;
- les formalités qui devront être accomplies, une fois une offre acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation.⁸⁷

Eléments concernant *certaines autres questions*:

- toute stipulation de l'entité adjudicatrice concernant l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs⁸⁸;
- tout engagement devant être pris par le fournisseur ou entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur des échanges compensés ou sur le transfert de technologie.⁸⁹

25. La Loi type dispose qu'à tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque - de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissement émanant d'un fournisseur ou entrepreneur - modifier le dossier d'appel d'offres en

⁸³Loi type, article 27 q); AMP, article XII:2 e); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.44.

⁸⁴Loi type, article 27 r).

⁸⁵Loi type, articles 7.3 a) ii) et 27 f); Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.11.

⁸⁶AMP, article XII:2 i).

⁸⁷Loi type, article 27 y).

⁸⁸Loi type, article 27 l) et m).

⁸⁹Loi type, article 27 v).

publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.⁹⁰

c) Eclaircissements

26. En vertu de la Loi type et des Directives de la Banque mondiale, l'entité adjudicatrice est tenue de répondre à toute demande d'éclaircissement qui lui est adressée par un fournisseur au sujet du dossier d'appel d'offres ou du dossier de préqualification, dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres ou de dépôt des demandes de préqualification, de façon à permettre au fournisseur de présenter son offre ou sa demande de préqualification en temps utile. Sans indiquer l'origine de la demande, elle doit également donner des éclaircissements et communiquer tous renseignements complémentaires, rectifications ou modifications à tous les fournisseurs auxquels elle a adressé le dossier d'appel d'offres. Si elle tient une réunion avec des fournisseurs, elle doit également communiquer le procès-verbal de la réunion à tous les autres fournisseurs.⁹¹

27. L'AMP prévoit que, dans les procédures ouvertes et sélectives, les entités doivent répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explications présentée par un fournisseur au sujet de la documentation relative à l'appel d'offres. Les entités doivent également répondre à toute demande raisonnable de renseignements pertinents qui est faite par un fournisseur participant, pour autant que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'adjudication.⁹² De plus, tout élément d'information significatif communiqué à un fournisseur au sujet des invitations à soumissionner pour un marché envisagé particulier doit être communiqué simultanément à tous les autres fournisseurs concernés, en temps utile pour leur permettre d'en tenir compte et d'agir en conséquence.⁹³

28. D'après les Directives de la Banque mondiale, tous les candidats éventuels doivent recevoir les mêmes informations et pouvoir obtenir à temps des renseignements complémentaires.⁹⁴ L'emprunteur doit leur donner la possibilité de se rendre sur les lieux du projet. Dans le cas de travaux ou de fournitures complexes, en particulier pour les marchés impliquant la rénovation d'ouvrages ou de matériels existants, les candidats éventuels peuvent être invités à une réunion préparatoire au cours de laquelle ils pourront demander des éclaircissements aux représentants de l'emprunteur. Le procès-verbal de la réunion doit être communiqué à tous les candidats éventuels, avec copie à la Banque.⁹⁵

d) Rapidité dans la communication de renseignements préalables et respect des délais

29. La Loi type et l'AMP insistent sur le fait que l'accès à la législation nationale doit être rapide et que les textes législatifs pertinents doivent être publiés dans les moindres délais.⁹⁶ Les Directives

⁹⁰Loi type, article 28.2.

⁹¹Loi type, articles 28.1 et 3 et 7.4; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.18.

⁹²AMP, article XII:3 a) à c).

⁹³AMP, article IX:10.

⁹⁴Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.18.

⁹⁵Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.18.

⁹⁶Loi type, article 5; AMP, article XIX:1.

de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux soulignent que les possibilités spécifiques de soumissionner doivent être communiquées à tous ceux qui sont intéressés, et en particulier à la communauté internationale, en temps opportun pour que les candidats éventuels aient le temps de se procurer le dossier de présélection ou d'appel d'offres et de préparer leur demande de présélection ou leur offre.⁹⁷

30. Les trois instruments prévoient que les fournisseurs doivent disposer d'un délai suffisant pour préparer leur offre. La Loi type reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction des conditions du marché concerné et qu'il revient à l'entité adjudicatrice de fixer la date limite de soumission des offres.⁹⁸

31. L'AMP indique les délais minimaux qui doivent être ménagés pour la préparation, la présentation et la réception de soumissions valables. Les dispositions pertinentes énoncent également des considérations générales dont les entités devraient tenir compte pour fixer les délais pour la présentation des soumissions et la livraison. Tout délai fixé doit être suffisant pour permettre aux fournisseurs des autres Parties ainsi qu'aux fournisseurs nationaux de préparer et de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures d'appel d'offres. En fixant ce délai, les entités doivent tenir compte, d'une manière compatible avec leurs besoins raisonnables, d'éléments tels que la complexité du marché envisagé, l'importance des sous-traitances à prévoir, et le temps normalement nécessaire pour l'acheminement des soumissions, par la poste, de l'étranger aussi bien que du pays même. En outre, chaque Partie doit faire en sorte que ses entités tiennent dûment compte des délais de publication lorsqu'elle fixe la date limite pour la réception des soumissions ou pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner.⁹⁹

32. Les paragraphes 2 et 3 de l'article XI de l'AMP indiquent les délais minimaux qui doivent être ménagés aux fournisseurs pour la préparation et la présentation de leurs soumissions à compter de la date de parution des avis d'invitation à soumissionner. Les délais peuvent être écourtés dans certaines circonstances, qui sont spécifiées dans ledit article.

33. De même, les Directives de la Banque mondiale disposent que le délai imparti pour la préparation et la remise des offres doit être fixé compte tenu des conditions propres au projet et de l'envergure et de la complexité du marché; en règle générale, pour un appel d'offres ouvert international, il est d'au moins six semaines à compter de la date de l'avis d'appel d'offres ou de la date de la publication du dossier, la date la plus tardive étant retenue.¹⁰⁰ Les dispositions pertinentes précisent que les candidats devraient disposer d'un délai suffisant pour préparer leurs offres après qu'ils ont eu connaissance de la possibilité de marché. Lorsque les marchés doivent être passés sur appels d'offres ouverts internationaux, il est prévu un délai de huit semaines entre la publication d'un avis général de passation de marchés et la mise à la disposition du public des dossiers d'appel d'offres. Les avis particuliers indiquant des possibilités de soumission ou de préqualification pour l'obtention de marchés spécifiques doivent être publiés suffisamment en avance pour que les entreprises intéressées aient le temps de se procurer le dossier de présélection ou d'appel d'offres et de préparer leur demande de présélection ou leur offre.¹⁰¹

⁹⁷Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.7 et 2.8.

⁹⁸Loi type, article 30.1.

⁹⁹AMP, article XI:1.

¹⁰⁰Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.43.

¹⁰¹Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.7 et 2.8.

34. L'AMP contient des dispositions détaillées visant à ménager aux fournisseurs éventuels un délai suffisant pour accomplir les formalités de préqualification. A cette fin, l'Accord prévoit que les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres doivent être publiées en temps utile pour permettre aux fournisseurs intéressés d'engager et d'accomplir les formalités de qualification¹⁰²; que le temps nécessaire pour accomplir la procédure de qualification ne doit pas être utilisé pour écarter les fournisseurs des autres Parties à l'Accord d'une liste de fournisseurs ou empêcher qu'ils soient pris en considération à l'occasion d'un marché envisagé¹⁰³; que les entités qui tiennent des listes permanentes de fournisseurs qualifiés doivent faire en sorte que les fournisseurs puissent en tout temps demander à être qualifiés et que tous les fournisseurs qualifiés qui en font la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court; et que si, après la parution d'un avis d'appel d'offres, un fournisseur qui n'est pas encore qualifié demande à pouvoir soumissionner, l'entité doit engager dans les moindres délais la procédure de qualification.¹⁰⁴

VI. TRANSPARENCE DES DECISIONS CONCERNANT LA QUALIFICATION

a) Transparence des critères

35. Les trois instruments comportent des dispositions visant à assurer que les décisions concernant la qualification des fournisseurs sont prises, et considérées comme prises, sur la base de critères indiqués par avance, qu'elles peuvent être appliquées en toute objectivité et qu'elles sont liées à l'aptitude des fournisseurs intéressés à exécuter le marché.¹⁰⁵

36. La Loi type énonce certains critères que les entités adjudicatrices peuvent demander aux fournisseurs de satisfaire pour être admis à participer à une procédure de passation des marchés.¹⁰⁶ L'AMP dispose que les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres doivent être limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question. Les entités doivent reconnaître comme fournisseurs qualifiés les fournisseurs nationaux ou étrangers qui remplissent les conditions de participation prévues pour un marché envisagé.¹⁰⁷ L'Accord établit, également à l'article VIII, un certain nombre de procédures visant à garantir que le processus de qualification est loyal et n'établit aucune discrimination entre les fournisseurs. Les Directives de la Banque mondiale spécifient que la qualification des fournisseurs doit se faire uniquement en fonction de l'aptitude des candidats éventuels à exécuter de façon satisfaisante le marché visé et énumèrent les facteurs qui devaient être pris en considération.¹⁰⁸

37. Afin de garantir l'équité et le respect du principe de non-discrimination dans les processus de qualification, la Loi type dispose que les mêmes critères doivent être appliqués à tous les fournisseurs participant à la procédure de passation des marchés publics; que l'entité adjudicatrice doit évaluer

¹⁰²AMP, article VIII:a).

¹⁰³AMP, article VIII:c).

¹⁰⁴AMP, article VIII:e).

¹⁰⁵Loi type, article 6; AMP, article VIII et Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.9 et 2.10.

¹⁰⁶Loi type, article 6 b).

¹⁰⁷AMP, article VIII:b) et c).

¹⁰⁸Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.9.

les qualifications des fournisseurs conformément aux critères de qualification énoncés dans la documentation relative à la préqualification ou à l'appel d'offres; et, que pour prendre une décision concernant la qualification de chaque fournisseur, l'entité adjudicatrice ne doit appliquer que les critères énoncés dans ladite documentation.¹⁰⁹ Les Directives de la Banque mondiale prévoient que toutes les entreprises qui ont répondu à l'avis de préqualification doivent recevoir des renseignements sur l'étendue des prestations à fournir, ainsi qu'une description précise des conditions à remplir pour être sélectionnées.¹¹⁰

b) Notification et établissement de listes

38. Les trois instruments contiennent des dispositions particulières en ce qui concerne la divulgation de renseignements sur les décisions prises en matière de qualification aux fournisseurs concernés et au grand public. En vertu de la Loi type, l'entité adjudicatrice doit communiquer à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.¹¹¹ Elle doit faire savoir à chaque fournisseur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné.¹¹² Conformément à la Loi type et à l'AMP, l'entité adjudicatrice doit indiquer au fournisseur qui le demande les raisons pour lesquelles sa demande de qualification a été rejetée ou les raisons pour lesquelles il a été mis fin à sa qualification.¹¹³ L'AMP dispose que les entités concernées doivent aviser tout fournisseur ayant demandé à devenir fournisseur qualifié de la décision prise à ce sujet.¹¹⁴

39. Dans le cadre des procédures prévues à l'article X de l'AMP pour l'appel d'offres sélectif, les entités qui tiennent des listes permanentes de fournisseurs qualifiés sont tenues de faire paraître chaque année, dans l'une des publications indiquées à l'Appendice III, un avis contenant les renseignements ci-après¹¹⁵:

- l'énumération des listes existantes, y compris les intitulés de ces listes, en relation avec les produits ou services ou catégories de produits ou services devant faire l'objet de marchés sur la base de ces listes;
- la durée de validité des listes et les formalités de leur renouvellement.

Les entités sont tenues d'informer les fournisseurs qualifiés qui ont été inscrits sur une liste permanente de l'annulation de cette liste ou de leur exclusion.¹¹⁶

¹⁰⁹Loi type, article 6.3.

¹¹⁰Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.10.

¹¹¹Loi type, article 7.6.

¹¹²Loi type, article 7.6.

¹¹³Loi type, article 7.7; AMP, article XVIII:2 b).

¹¹⁴AMP, article VIII:1 f).

¹¹⁵AMP, article IX:9 a) à c).

¹¹⁶AMP, article VIII f).

VII. TRANSPARENCE DES DECISIONS CONCERNANT L'ADJUDICATION DES MARCHES

a) Transparence des critères

40. Les régimes de passation des marchés publics et chacun des trois instruments auxquels la présente note fait référence insistent largement sur le fait que les décisions concernant l'adjudication des marchés doivent non seulement être objectives, mais aussi être considérées comme telles. Cette préoccupation est à la base du lien qui unit transparence et justification de l'emploi des fonds. Pour que la prise de décisions soit considérée comme objective, il faut tout d'abord que les critères d'évaluation, y compris les spécifications techniques, soient objectifs par nature et qu'ils soient rendus publics à l'avance; il faut ensuite que les modalités prévues pour la réception et l'ouverture des soumissions soit telles qu'elles garantissent la régularité des procédures. Assurer la transparence passe également par la communication *a posteriori* de renseignements sur les décisions prises.

41. Comme il a été indiqué plus haut dans la partie consacrée aux dossiers d'appel d'offres, les trois instruments disposent que les critères, y compris tous les éléments autres que le prix, dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir et adjuger le marché devraient être mentionnés dans les dossiers. Ils insistent également sur le fait que pour évaluer les soumissions, les entités doivent uniquement s'appuyer sur les critères qui ont été publiés à l'avance.

42. Aux termes des dispositions de la Loi type relatives à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice évalue et compare les offres afin de déterminer l'offre à retenir conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier d'appel d'offres et l'utilisation de critères ne figurant pas dans le dossier d'appel d'offres est interdite.¹¹⁷ L'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence à un fournisseur national, mais les règles utilisées pour calculer cette marge devraient être indiquées dans les règlements en matière de passation des marchés. De plus, l'application d'une marge de préférence doit être annoncée à l'avance dans le dossier d'appel d'offres et mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés.¹¹⁸

43. L'AMP prévoit aussi expressément que les adjudications doivent être faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres.¹¹⁹ Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité doit l'adjuger au soumissionnaire qui a été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux ou sur des produits ou services d'autres Parties, est la soumission la plus basse ou celle qui a été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres.¹²⁰

44. D'après les Directives de la Banque mondiale, le dossier d'appel d'offres doit indiquer les critères autres que les prix qui seront pris en compte dans l'évaluation des offres et préciser la façon dont ils seront appliqués pour déterminer l'offre évaluée la moins disante.¹²¹ L'emprunteur doit établir un rapport détaillé sur l'évaluation et la comparaison des offres indiquant les éléments précis sur lesquels il s'est

¹¹⁷Loi type, article 34.4 a).

¹¹⁸Loi type, articles 27 e), 34.4 d) et 39.2.

¹¹⁹AMP, article XIII:4 c).

¹²⁰AMP, article XIII:4 b).

¹²¹Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.51.

fondé pour recommander l'attribution du marché.¹²² En vertu des dispositions relatives aux préférences en faveur du pays de l'emprunteur, ce dernier peut appliquer une marge de préférence aux fins de l'évaluation des offres reçues à la suite d'un appel d'offres ouvert international mais, dans ce cas, le dossier d'appel d'offres doit indiquer clairement la préférence qui sera accordée et les renseignements à fournir pour établir qu'une offre remplit les conditions requises pour bénéficier de ladite préférence.¹²³

45. Les trois instruments insistent particulièrement sur le fait que les critères de spécifications techniques et leur évaluation doivent être transparents et objectifs. L'AMP et la Loi type disposent que les spécifications techniques¹²⁴ prescrites par les entités contractantes ne doivent pas être établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de façon qu'elles aient cet effet.¹²⁵ L'AMP et les Directives de la Banque mondiale prévoient que les spécifications techniques prescrites par les entités contractantes doivent être fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou d'autres normes équivalentes, ou des codes du bâtiment.¹²⁶ L'AMP indique expressément qu'il est préférable d'utiliser des spécifications qui sont définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives. La Loi type précise que les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions ou descriptions doivent être fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens.¹²⁷ Les trois instruments interdisent l'utilisation de noms de marque et d'autres indications désignant par exemple un brevet, une origine particulière, un producteur ou fournisseur déterminé.¹²⁸ De plus, l'AMP dispose que les entités ne doivent ni solliciter ni accepter, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché.¹²⁹

b) Réception et ouverture des soumissions

46. Selon les dispositions de l'AMP, les procédures et conditions de réception et d'ouverture des soumissions doivent garantir la régularité de l'ouverture et être conformes aux dispositions de l'Accord concernant le traitement national et la non-discrimination.¹³⁰

47. La Loi type et les Directives de la Banque mondiale établissent des conditions détaillées qui ont pour objet d'éviter que l'entité contractante ne prenne des mesures ou des décisions qui ne soient

¹²²Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.53.

¹²³Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.54 et annexe 2.

¹²⁴Telles que la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité et les dimensions, les symboles, la terminologie, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ou les procédés et méthodes de production, ainsi que les prescriptions relatives aux procédures d'évaluation de la conformité définies par les entités contractantes.

¹²⁵AMP, article VI:1; Loi type, article 16.1.

¹²⁶Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.19 et 2.20.

¹²⁷Loi type, article 16.2.

¹²⁸AMP, article VI:2 et 3; Loi type, article 16.2; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphes 2.19 et 2.20.

¹²⁹AMP, article VI:4.

¹³⁰AMP, article XIII:3.

pas transparentes dans le cadre de la procédure d'ouverture des soumissions et de permettre aux fournisseurs de vérifier que l'entité respecte les critères et procédures de passation des marchés. A cette fin, les deux instruments prévoient, entre autres choses, les dispositions suivantes:

- les soumissions doivent être ouvertes à la date et au lieu indiqués dans l'avis d'invitation à soumissionner ou dans l'avis d'appel d'offres¹³¹;
- tous les fournisseurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres¹³²;
- les propositions techniques, présentées séparément des propositions financières, doivent être ouvertes par un comité de fonctionnaires appartenant aux départements intéressés (technique, financier, juridique, selon le cas), immédiatement après l'expiration du délai de remise des propositions¹³³; les propositions financières doivent rester cachetées et être déposées auprès d'un auditeur digne de confiance ou d'un organisme indépendant jusqu'à leur ouverture en public¹³⁴;
- le nom et l'adresse de chaque fournisseur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné ou le montant total de chaque offre, doivent être lus à haute voix aux personnes présentes à l'ouverture des offres et communiqués, sur demande, aux fournisseurs qui ont soumis une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres¹³⁵;
- le nom et l'adresse de chaque fournisseur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné ou le montant total de chaque offre, doivent être consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres.¹³⁶

48. Les trois instruments contiennent un certain nombre d'autres dispositions visant à assurer que la procédure d'évaluation des offres est transparente. L'entité adjudicatrice peut prier les soumissionnaires de donner les éclaircissements qui sont nécessaires à l'évaluation de leur offre, mais aucune modification visant à rendre conforme une offre non conforme ne peut être demandée ni autorisée, sauf pour corriger des erreurs arithmétiques.¹³⁷ L'AMP dispose que les possibilités qui peuvent être accordées aux soumissionnaires de corriger des erreurs involontaires de forme entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché ne doivent pas être de nature à donner lieu à des pratiques

¹³¹Loi type, article 33.1; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.44.

¹³²Loi type 33.2; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.44.

¹³³Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.12.

¹³⁴Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.12.

¹³⁵Loi type, article 33.3; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.44.

¹³⁶Loi type, article 33.2; Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.44.

¹³⁷Loi type, article 34.1.

discriminatoires.¹³⁸ Les Directives de la Banque mondiale interdisent la modification des offres après la date limite de réception.¹³⁹

49. Selon les dispositions de l'AMP, les entités ne peuvent participer à des négociations que lorsqu'elles l'annoncent à l'avance ou lorsque aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres.¹⁴⁰ Afin de garantir la transparence des négociations, les entités doivent faire en sorte que l'élimination de tout participant se fasse selon les critères énoncés dans les avis et la documentation relative à l'appel d'offres; que toutes les modifications apportées aux critères et aux prescriptions techniques soient communiquées par écrit à tous les participants aux négociations qui restent en lice; que tous les participants qui restent en lice aient la possibilité de présenter des soumissions nouvelles ou modifiées sur la base des prescriptions révisées; et que, lorsque les négociations sont achevées, tous les participants aux négociations qui restent en lice soient autorisés à présenter des soumissions finales dans un délai qui est le même pour tous.¹⁴¹ La Loi type interdit qu'une négociation ait lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur.¹⁴²

50. Les Directives de la Banque mondiale disposent qu'aucun renseignement concernant l'examen des plis, les précisions demandées et l'évaluation des offres, ou les recommandations relatives à l'attribution du marché, ne doit être communiqué aux soumissionnaires ou à toute autre personne n'ayant pas qualité pour participer à la procédure de sélection tant que l'attribution du marché n'a pas été notifiée au soumissionnaire retenu.¹⁴³

51. Conformément aux procédures de négociations prévues par la Loi type et l'AMP, les entités doivent traiter les renseignements figurant dans les soumissions, et en particulier toute information technique, toute information relative au prix ou toute autre information commerciale, de manière confidentielle et elles ne doivent pas donner d'information destinée à aider des participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants.¹⁴⁴

52. Les Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants précisent qu'aucun renseignement concernant l'évaluation des propositions et les recommandations d'attribution ne doit être communiqué aux consultants ayant soumis une proposition ou à toute autre personne, et ce tant que l'attribution du contrat n'a pas été notifiée au consultant gagnant.¹⁴⁵

c) Information *a posteriori* sur l'adjudication des marchés

53. Les trois instruments disposent que les entités adjudicatrices doivent informer le public, et en particulier les fournisseurs qui ont soumissionné, de leurs décisions d'adjudication. La Loi type et

¹³⁸AMP, article XIII:1 b).

¹³⁹Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.45.

¹⁴⁰AMP, article XIV:1.

¹⁴¹AMP, article XIV:4 a) à d).

¹⁴²Loi type, article 35.

¹⁴³Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.46.

¹⁴⁴Loi type, article 49.3, et AMP, article XIV:3.

¹⁴⁵Directives de la Banque mondiale pour les services de consultants, paragraphe 2.28.

l'AMP prescrivent aux entités qui passent des marchés de publier un avis d'adjudication pour chaque marché.¹⁴⁶ Les publications dans lesquelles les Parties à l'AMP publient ces avis sont répertoriées à l'Appendice II de l'Accord. L'AMP donne le détail des renseignements que devront contenir ces avis, qui doivent être publiés dans un certain délai à compter de l'adjudication. Ces renseignements porteront sur¹⁴⁷:

- nature et quantité des produits ou services faisant l'objet de l'adjudication;
- nom et adresse de l'entité passant le marché;
- date de l'adjudication;
- nom et adresse de l'adjudicataire;
- valeur de l'adjudication ou de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans l'adjudication du marché;
- dans les cas où cela sera approprié, moyens d'identifier l'avis d'appel d'offres publié ou justification du recours à la procédure d'appel d'offres limitée;
- type de procédure utilisé (ouverte, sélective ou limitée).

54. Outre la publication d'un avis d'attribution de marché, l'AMP dispose que les entités adjudicatrices doivent communiquer directement aux soumissionnaires, dans les moindres délais, la décision prise concernant l'adjudication du marché, par écrit si demande leur en est faite.¹⁴⁸ Dans la Loi type, l'entité adjudicatrice doit aviser les autres fournisseurs dès que le marché est conclu, en précisant le nom et l'adresse du fournisseur sélectionné et le montant du marché.¹⁴⁹

55. Au titre de l'AMP, les soumissionnaires non retenus ont le droit de demander des renseignements pertinents sur l'adjudication. Toute entité adjudicatrice doit répondre dans les moindres délais aux demandes de renseignements présentées par un fournisseur d'une Partie au sujet de ses pratiques et procédures de passation des marchés. Pour promouvoir la transparence et rendre l'entité adjudicatrice comptable de ses décisions, la Loi type et l'AMP disposent que tout soumissionnaire non retenu peut demander et obtenir des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue. Dans l'AMP, il est également prévu que des renseignements sur les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire seront fournis. Dans la Loi type, l'entité adjudicatrice n'est cependant pas tenue de justifier les motifs du rejet de l'offre.¹⁵⁰

56. S'agissant du traitement des renseignements confidentiels concernant l'adjudication des marchés, l'AMP prévoit que les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché ne seront pas communiqués dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux

¹⁴⁶Loi type, article 14.1 et 2; AMP, article XVIII:1.

¹⁴⁷AMP, article XVIII:1 a) à g).

¹⁴⁸AMP, article XVIII:3.

¹⁴⁹Loi type, article 36.6.

¹⁵⁰Loi type, article 12.1, et AMP, article XVIII:2.

légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.¹⁵¹

57. Les dispositions de la Loi type interdisent à l'entité adjudicatrice de divulguer certains renseignements, notamment ceux qui se rapportent à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres, dans l'intérêt général ou pour protéger les intérêts commerciaux des parties participant à la procédure.¹⁵²

VIII. RECOURS

58. Les procédures de recours sont souvent considérées comme essentielles pour assurer la transparence des pratiques de passation des marchés publics et garantir que l'Etat respecte son obligation redditionnelle en la matière. Les règles établies dans la Loi type et dans l'AMP définissent les principales caractéristiques que tout mécanisme national de recours doit avoir sans entrer dans le détail. Ces dispositions visent à donner un droit de recours aux fournisseurs qui jugent qu'une entité n'a pas respecté la loi du pays ou les règles de l'AMP.¹⁵³

59. Tant dans la Loi type que dans l'AMP, les plaignants sont encouragés à essayer de régler leurs litiges par des consultations avec l'entité adjudicatrice elle-même avant d'introduire un recours auprès d'une instance administrative.¹⁵⁴ Dans la Loi type, à moins que le litige n'ait été réglé par accord mutuel, l'entité adjudicatrice devra dans le délai prescrit rendre une décision écrite, en la motivant et en précisant les mesures correctives qui doivent être prises.¹⁵⁵

60. Si l'affaire n'est toujours pas réglée, la Loi type autorise le requérant à introduire un recours administratif.¹⁵⁶ L'examen administratif peut être confié à un organe administratif compétent ou à un organe ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés, lequel sera indépendant de l'entité adjudicatrice. Les décisions de l'organe d'examen ou le fait que cet organe n'ait pas rendu de décision dans le délai prescrit pourront faire l'objet d'un recours judiciaire.¹⁵⁷ La Loi type contient également des dispositions garantissant la transparence et l'équité des procédures d'examen.¹⁵⁸

61. Au titre de l'AMP, les Parties pourront confier la responsabilité d'examiner les plaintes des fournisseurs à un tribunal national ou à un organe d'examen impartial et indépendant de nature administrative. Si la contestation d'une offre est examinée par un organe d'examen qui n'est pas un tribunal, les décisions dudit organe doivent pouvoir faire l'objet d'un examen judiciaire, à moins qu'il

¹⁵¹AMP, article XVIII:4.

¹⁵²Loi type, article 45 et article 34.8.

¹⁵³Loi type, article 52; AMP, article XX:1.

¹⁵⁴AMP, article XX:1.

¹⁵⁵Loi type, article 53.

¹⁵⁶Loi type, articles 54 et 55.

¹⁵⁷Loi type, article 57.

¹⁵⁸Loi type, article 55.

n'applique les critères détaillés à l'article XX:6 a) à g). Ces normes minimales visent essentiellement à garantir que les procédures soient ouvertes, justes et équitables.¹⁵⁹

62. Les Directives de la Banque mondiale prévoient qu'un soumissionnaire ou un consultant souhaitant connaître les motifs pour lesquels sa proposition n'a pas été retenue pourra, après notification de l'attribution du contrat, demander des explications au pays ou à l'organisme emprunteur. S'il n'est pas satisfait de l'explication reçue, il pourra solliciter une réunion avec la Banque mondiale.¹⁶⁰

63. Au titre de l'AMP, tout organe d'examen doit avoir le pouvoir d'ordonner la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis par un fournisseur, qui pourra être limitée au coût de la préparation de la soumission ou de la contestation. En attendant le résultat de la contestation, l'organe d'examen doit pouvoir ordonner que soient prises des mesures transitoires rapides, y compris la suspension du processus de passation du marché, pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales.¹⁶¹ Toutefois, les procédures pourront prévoir que des conséquences défavorables primordiales pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt général, pourront être prises en compte lorsqu'il faudra décider si de telles mesures devraient être appliquées. Les dispositions de la Loi type prévoient également la suspension de la procédure de passation du marché en tenant compte de la nécessité pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché de manière économique et efficace, sans perturbation ni retard excessif dans le processus de passation du marché.¹⁶²

IX. AUTRES QUESTIONS RELATIVES A LA TRANSPARENCE

a) Etablissement du procès-verbal de la procédure de passation des marchés

64. La Loi type prescrit expressément d'établir un procès-verbal dans lequel seront consignées les principales décisions et mesures prises par l'entité adjudicatrice au cours de la procédure de passation du marché. Comme cela est expliqué dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, le procès-verbal est l'un des principaux moyens qui permet d'assurer le respect des règles et de faciliter l'exercice du droit de recours des fournisseurs lésés.¹⁶³

65. En vertu de la Loi type, le procès-verbal de la procédure de passation des marchés doit contenir au moins les éléments d'information ci-après concernant le *marché*, l'*entité adjudicatrice*, les *fournisseurs* et l'*évaluation des offres*¹⁶⁴:

- une brève description des biens, travaux ou services requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

¹⁵⁹AMP, article XX:6 a) à g).

¹⁶⁰Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, annexe 4, paragraphe 15 et Directives pour la sélection et l'emploi de consultants, annexe 4, paragraphe 15.

¹⁶¹AMP, article XX:7 a) à c).

¹⁶²Loi type, article 56.

¹⁶³Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services et Guide pour l'incorporation dans le droit interne.

¹⁶⁴Loi type, article 11 a) à m).

- le nom et l'adresse des fournisseurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix, et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;
- des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des fournisseurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;
- s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix ainsi que du marché;
- un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence;
- tous renseignements requis par les dispositions pertinentes de la loi type concernant le rejet des offres, propositions ou prix, y compris une déclaration en indiquant les motifs;
- un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée;
- dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour imposer la restriction;
- un résumé des demandes d'éclaircissement concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

66. L'AMP dispose que les renseignements concernant l'ouverture des offres resteront entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités dont elle relève pour être utilisés, si besoin est, dans le cadre des procédures se rapportant à la fourniture de renseignements par les entités (article XVIII de l'AMP), entre gouvernements (article XIX de l'AMP) et en cas de procédures de contestation (article XX de l'AMP) et de règlement des différends (article XXII de l'AMP).¹⁶⁵

67. De plus, compte tenu de la nature plus restrictive des procédures d'appel d'offres limité prévues dans l'AMP, les entités ayant recours à cette méthode pour passer un marché donné devront dresser un procès-verbal de chaque marché adjugé en utilisant la méthode de l'appel d'offres limité, et non celle de l'appel d'offres ouvert ou sélectif. Chaque procès-verbal mentionnera le nom de l'entité contractante, la valeur et la nature des marchandises ou des services faisant l'objet du marché, ainsi que leur pays d'origine, et contiendra un exposé indiquant celle des circonstances visées à l'article XV:1 dans lesquelles le marché a été adjugé. Ce procès-verbal restera entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités publiques dont elle relève pour être utilisé, si besoin est, pour les procédures d'information et d'examen se rapportant aux obligations des entités et des Parties (articles XVIII et XIX) et pour les procédures de contestation des offres et de règlement des différends (articles XX et XXII).

¹⁶⁵AMP, article XIII:3.

b) Technologies de l'information

68. Les technologies de l'information peuvent jouer, et jouent déjà dans certains pays, un rôle majeur pour promouvoir la transparence. Afin d'assurer que les dispositions de l'Accord ne constituent pas un obstacle non nécessaire au progrès technique, l'article XXIV:8 de l'AMP prévoit de procéder à des consultations et, si nécessaire, de négocier des modifications de l'Accord pour tenir compte de l'évolution de l'utilisation des technologies de l'information dans le domaine des marchés publics. Les consultations menées par le Comité viseront en particulier à assurer que l'utilisation des technologies de l'information contribuent à faire en sorte que la passation des marchés publics se fasse de manière ouverte, non discriminatoire et efficace au moyen de procédures transparentes, que les marchés visés par l'Accord soient clairement identifiés et que tous les renseignements disponibles concernant un marché particulier puissent être identifiés. Cette disposition de l'AMP prévoit en outre que, lorsqu'une Partie envisagera d'innover, elle s'efforcera de tenir compte des vues exprimées par d'autres Parties au sujet des problèmes qui risquent de se poser. Dans le cadre de l'examen de l'Accord qui doit avoir lieu dans les trois ans à compter de son entrée en vigueur, comme prévu à l'article XXIV:7 b), le Comité des marchés publics a commencé à travailler sur les modifications qu'il pourrait être nécessaire d'apporter aux dispositions pertinentes de l'AMP pour tenir compte de l'évolution récente des technologies de l'information.¹⁶⁶

c) Langue

69. Dans la Loi type, il est prescrit de manière générale que les documents se rapportant à la procédure d'appel d'offres soient formulés dans la ou les langues officielles de l'Etat adoptant la Loi type et, dans certains cas spécifiés, dans une langue d'usage courant dans le commerce international. Il est également prévu que les soumissions peuvent être formulées et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été publié ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.¹⁶⁷ L'AMP prescrit la publication d'un avis résumé d'appel d'offres dans l'une des langues officielles de l'OMC.¹⁶⁸ Les Directives de la Banque mondiale prescrivent que les documents servant à la sélection doivent être rédigés en anglais, en français ou en espagnol; cependant, les marchés passés avec des candidats du pays de l'emprunteur peuvent être rédigés dans la langue nationale de l'emprunteur.¹⁶⁹

X. RENSEIGNEMENTS A FOURNIR AUX AUTRES GOUVERNEMENTS

70. L'AMP est le seul instrument international relatif à la passation des marchés publics qui confère des droits et obligations aux Parties. A cet égard, les procédures décrites dans la présente section concernent l'échange de renseignements entre les gouvernements des pays Parties à l'Accord, comme prévu dans les dispositions pertinentes de l'AMP.

¹⁶⁶AMP, article XXIV:8.

¹⁶⁷Loi type, articles 17 et 29.

¹⁶⁸AMP, article IX:8.

¹⁶⁹Directives de la Banque mondiale pour les fournitures et les travaux, paragraphe 2.15 et Directives pour les services de consultants, paragraphes 1.21 et 1.22.

a) Renseignements concernant la législation nationale

71. Les Parties à l'AMP sont tenues de fournir des explications sur leur procédure de passation des marchés publics à toute autre Partie qui en fera la demande.¹⁷⁰ En particulier, les dispositions relatives au traitement spécial en faveur des pays en développement précisent que les pays développés Parties devront créer, individuellement ou conjointement, des centres d'information chargés de répondre aux demandes raisonnables de renseignements émanant de pays en développement Parties à l'Accord et concernant, entre autres, les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics, les avis relatifs aux marchés envisagés qui ont été publiés, les adresses des entités visées par l'Accord, ainsi que la nature et le volume des produits ou services qui ont fait ou vont faire l'objet d'un marché, y compris les renseignements disponibles sur les futurs appels d'offres. Le Comité des marchés publics, établi en application de l'Accord, pourra aussi créer un centre d'information pour répondre aux demandes des pays en développement.¹⁷¹

72. L'article XIX:4 de l'AMP contient une disposition générale prescrivant que les renseignements confidentiels fournis à une Partie à l'Accord ne doivent pas être divulgués sans l'autorisation formelle de la Partie qui les aura fournis. La définition de l'expression "renseignements confidentiels" est identique à celle de l'article X du GATT de 1994, complétée par une référence aux renseignements "qui pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs".¹⁷²

b) Notification relative à la législation nationale

73. Au titre de l'AMP, chaque partie est tenue d'informer le Comité des marchés publics de toute modification apportée à ses lois ainsi qu'à leur administration.¹⁷³ Le Comité a adopté une Décision sur les procédures de notification des législations nationales d'application par les Parties, y compris une liste de questions auxquelles celles-ci doivent répondre.¹⁷⁴

c) Renseignements concernant l'adjudication des marchés

74. Outre les obligations des entités au titre de l'article XVIII:2 c) de l'Accord concernant les renseignements à fournir à un soumissionnaire non retenu, l'Accord autorise le gouvernement (d'un pays Partie) d'un soumissionnaire non retenu à demander les renseignements additionnels qui pourront être nécessaires sur la passation du marché pour s'assurer qu'elle a été effectuée dans des conditions d'équité et d'impartialité. A cet effet, l'autorité publique contractante fournira des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue et sur le prix d'adjudication. Le gouvernement du soumissionnaire non retenu pourra divulguer ce renseignement à la condition qu'il use de ce droit avec discrétion. Au cas où cette divulgation serait de nature à nuire à la concurrence lors d'appels d'offres ultérieurs, ce renseignement ne serait divulgué qu'après consultation et avec l'Accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu.¹⁷⁵ L'AMP prescrit en outre, de manière générale, que les renseignements disponibles concernant la passation de

¹⁷⁰AMP, article XIX:1.

¹⁷¹AMP, article V:11.

¹⁷²AMP, article XIX:4.

¹⁷³AMP, article XXIV:5 a) et b).

¹⁷⁴Document GPA/1/Add.1.

¹⁷⁵AMP, article XIX:2.

marchés par les entités visées et les marchés qu'elles auront adjudés seront communiqués à toute autre Partie qui en fera la demande.¹⁷⁶

d) Statistiques

75. Afin d'assurer le suivi de la passation des marchés visés par l'accord, l'article XIX:5 de l'AMP prévoit que chaque partie établira des statistiques annuelles des marchés visés par l'accord et les communiquera au Comité. La nature des renseignements que contiendront ces communications est précisée dans le détail à l'article XIX:5, paragraphes a) à d).

¹⁷⁶AMP, article XIX:3.

PARTIE B

DISPOSITIONS DES ACCORDS DE L'OMC RELATIVES A LA TRANSPARENCE

I. INTRODUCTION

76. Les Accords de l'OMC contiennent des dispositions détaillées relatives à la transparence visant à assurer une information suffisante tant des agents économiques que des autres Membres de l'OMC sur les mesures commerciales prises au niveau national. Ces dispositions paraissent motivées par trois grandes préoccupations:

- premièrement, faire en sorte que les commerçants et autres agents économiques concernés ne soient assujettis, par principe, qu'à des mesures qui ont déjà été publiées, ou au moins rendues publiques d'une autre manière;
- deuxièmement, fournir une information suffisante sur les possibilités commerciales qui existent dans le cadre de l'OMC, pour que les agents économiques puissent en tirer parti; et
- troisièmement, mettre à la disposition des organes de l'OMC et des autres Membres les renseignements sur les mesures prises au niveau national dont ils ont besoin pour surveiller le fonctionnement des Accords de l'OMC et, en particulier, contrôler le respect de leurs dispositions.

77. La présente partie est axée sur les dispositions des Accords de l'OMC en particulier celles de l'annexe I de l'Accord sur l'OMC relatives à la communication aux commerçants et autres agents économiques de renseignements sur les mesures commerciales prises au niveau national. Elle porte donc sur des questions telles que la publication des lois, règlements et décisions judiciaires et administratives ou l'accès du public à ces textes, la notification préalable des règlements projetés, la fourniture de renseignements en réponse à des demandes et le traitement des renseignements confidentiels. Un autre aspect important de la transparence est la notification des informations par les gouvernements Membres aux autres Membres par l'entremise de l'OMC. Plutôt que de refaire l'énorme travail de compilation d'informations sur ces obligations de notification qui a déjà été fait, notamment par le Groupe de travail des obligations et procédures de notification, nous renvoyons les délégations aux documents G/NOP/W/2/Rev. 1 et G/L/112/Add. 1, qui contiennent la liste des obligations de notification existantes découlant des accords figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC.

II. PUBLICATION

a) Publication

78. *L'article X du GATT de 1994* est à l'origine des dispositions figurant dans d'autres Accords de l'OMC qui énoncent les obligations expresses des Membres en matière de publication des lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale dans leur juridiction, ayant une incidence sur le fonctionnement des différents accords. L'article X:1 du GATT de 1994 est libellé comme suit:

"Article X

1. Les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par toute partie contractante qui visent la classification ou l'évaluation de produits à des fins douanières, les taux des droits de douane, taxes et autres impositions, ou les prescriptions, restrictions ou prohibitions relatives à l'importation ou à l'exportation, ou au transfert de paiements les concernant, ou qui touchent la vente, la distribution, le transport, l'assurance, l'entreposage, l'inspection, l'exposition, la transformation, le mélange ou toute autre utilisation de ces produits, seront publiés dans les moindres délais, de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance. Les accords intéressant la politique commerciale internationale et qui seraient en vigueur entre le gouvernement ou un organisme gouvernemental de toute partie contractante et le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'une autre partie contractante seront également publiés."

79. La transparence fait partie des obligations et disciplines générales figurant dans l'*Accord général sur le commerce des services*. L'obligation de publier, ou de mettre à la disposition du public d'une autre manière, est énoncée dans les termes suivants:

"Article III

Transparence

1. Chaque Membre publiera dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord. Les accords internationaux visant ou affectant le commerce des services et dont un Membre est signataire seront également publiés.

2. Dans les cas où la publication visée au paragraphe 1 ne sera pas réalisable, ces renseignements seront mis à la disposition du public d'une autre manière."

80. L'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* impose l'obligation de publier, ou de mettre à la disposition du public, la législation pertinente dans le cadre des procédures relatives à la prévention et au règlement des différends.

"Article 63

Transparence

1. Les lois et réglementations et les décisions judiciaires et administratives finales d'application générale, rendues exécutoires par un Membre, qui visent les questions faisant l'objet du présent accord (existence, portée, acquisition des droits de propriété intellectuelle et moyens de les faire respecter et prévention d'un usage abusif de ces droits) seront publiées ou, dans les cas où leur publication ne serait pas réalisable, mises à la disposition du public, dans une langue nationale de façon à permettre aux gouvernements et aux détenteurs de droits d'en prendre connaissance. Les accords concernant les questions faisant l'objet du présent accord qui sont en vigueur entre le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'un Membre et le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'un autre Membre seront également publiés."

81. Il convient de noter que, dans les Accords de l'OMC cités plus haut, l'obligation de publication vise également les accords internationaux en vigueur entre les Membres qui concernent les questions faisant l'objet des accords respectifs.

82. L'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VII du GATT de 1994* impose l'obligation de publier la législation nationale en se référant à l'article X:1 du GATT de 1994. La disposition pertinente est libellée comme suit:

"Article 12

Les lois, règlements, décisions judiciaires et décisions administratives d'application générale donnant effet au présent accord seront publiés par le pays d'importation concerné conformément à l'article S du GATT de 1994."

83. L'obligation de publication figurant dans l'*Accord sur l'inspection avant expédition* fait partie des obligations générales imposées aux Membres utilisateurs en matière de transparence. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit:

"Article 2

Obligations des Membres utilisateurs

Transparence

8. Les Membres utilisateurs publieront dans les moindres délais toutes les lois et réglementations applicables en rapport avec les activités d'inspection avant expédition, de manière à permettre aux autres gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance."

84. Les disciplines régissant l'application des règles d'origine pendant la période de transition qui figurent dans l'*Accord sur les règles d'origine* imposent aux Membres l'obligation de satisfaire aux prescriptions de publication énoncées à l'article X:1 du GATT de 1994. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit:

"Article 2

Disciplines applicables pendant la période de transition

Jusqu'à ce que le programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine défini dans la partie IV soit achevé, les Membres veilleront à ce qui suit:

- g) leurs lois, réglementations, et décisions judiciaires et administratives d'application générale concernant les règles d'origine seront publiées comme si elles étaient soumises aux dispositions du paragraphe 1 de l'article X du GATT de 1994 et conformément à celles-ci."

85. Dans le cadre de l'*Accord sur les procédures de licences d'importation*, l'obligation de publication imposée aux Membres concerne, en particulier, les procédures spécifiques régissant l'application des prescriptions de licences et les listes des produits soumis à licence. La disposition pertinente est libellée comme suit:

"Article premier

Dispositions générales

4. a) Les règles et tous les renseignements concernant les procédures de présentation des demandes, y compris les conditions de recevabilité des personnes, entreprises ou institutions à présenter de telles demandes, l'organe (les organes) administratif(s) auquel (auxquels) s'adresser, ainsi que les listes des produits soumis à licence, seront reproduits dans les publications notifiées au Comité des licences d'importation visé à l'article 4 (dénommé dans le présent accord le "Comité"), de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance."

86. Les dispositions de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* concernant les obligations imposées aux institutions du gouvernement central pour ce qui est de la publication ou de la mise à la disposition du public de tous les règlements et procédures sont libellées comme suit:

"Article 2

Elaboration, adoption et application de règlements techniques par des institutions du gouvernement central

2.11 Les Membres feront en sorte que tous les règlements techniques qui auront été adoptés soient publiés dans les moindres délais ou rendus autrement accessibles de manière à permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance."

"Article 5

Procédures d'évaluation de la conformité appliquées par des institutions du gouvernement central

5.8 Les Membres feront en sorte que toutes les procédures d'évaluation de la conformité qui auront été adoptées soient publiées dans les moindres délais ou rendues autrement accessibles pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance."

En outre, le Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes figurant dans l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* comporte une disposition en vertu de laquelle les organismes à activité normative doivent publier les normes qu'ils adoptent:

"O. Une fois adoptée, la norme sera publiée dans les moindres délais."

87. *L'annexe B de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* impose l'obligation de publier les réglementations (mesures sanitaires et phytosanitaires sous forme de lois, décrets ou ordonnances d'application générale) dans les termes suivants:

"Publication des réglementations"

1. Les Membres feront en sorte que toutes les réglementations sanitaires et phytosanitaires qui auront été adoptées soient publiées dans les moindres délais de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance."

88. L'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* impose aux Membres l'obligation de donner avis au public de l'ouverture d'une enquête, de toute détermination préliminaire ou finale, de toute décision d'accepter un engagement en conformité avec l'article 8, de l'expiration de cet engagement, et de la suppression d'un droit antidumping définitif. Les détails des renseignements que ces avis contiendront, ou dont ils indiqueront l'existence dans un rapport distinct, sont également énumérés sous les dispositions pertinentes. Les prescriptions en matière d'avis au public s'appliquent également au commencement et à l'achèvement des réexamens des droits antidumping et des engagements en matière de prix, ainsi qu'aux décisions d'appliquer des droits à titre rétroactif.¹⁷⁷

89. L'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* impose aux Membres l'obligation de donner avis au public de l'ouverture d'une enquête sur une subvention alléguée, de toute détermination préliminaire ou finale, de toute décision d'accepter un engagement en conformité avec l'article 18, de l'expiration de cet engagement, et de la suppression d'un droit compensateur définitif. Les détails des renseignements que ces avis contiendront, ou dont ils indiqueront l'existence dans un rapport distinct, sont énumérés dans les dispositions pertinentes. Les prescriptions en matière d'avis au public s'appliquent également au commencement et à l'achèvement des réexamens des droits compensateurs, ainsi qu'aux décisions d'appliquer des droits compensateurs à titre rétroactif.¹⁷⁸

b) Délais de publication

90. En vertu de *l'article X:2 du GATT de 1994*, la législation nationale sera publiée dans les moindres délais. L'*Accord général sur le commerce des services* dispose que les mesures seront publiées dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur.

91. L'*Accord sur les procédures de licences d'importation* impose l'obligation de publier les prescriptions de licences et toute modification avant leur entrée en vigueur et fixe des délais précis. La disposition pertinente est libellée comme suit:

"Article premier"

4. a) ... Ces données seront publiées, chaque fois que cela sera possible dans la pratique, 21 jours avant la date où la prescription prendra effet et en aucun cas après cette date. Toute exception ou dérogation aux règles relatives aux procédures de licences ou aux listes des produits soumis à licence, ou toute modification de ces règles ou de ces listes, sera également publiée de la même manière et dans les mêmes délais que ceux qui sont spécifiés ci-dessus."

92. Les dispositions relatives à la transparence de *l'Accord sur l'inspection avant expédition* soulignent également l'importance d'informer les exportateurs des règles de procédure additionnelles ou des modifications des procédures existantes. Elles précisent que celles-ci ne seront pas appliquées à une expédition à moins que l'exportateur n'en ait été informé au moment où la date de l'inspection est fixée.

¹⁷⁷Article 12.

¹⁷⁸Article 22.

Une clause d'exception, dans des situations d'urgence des types visés aux articles XX et XXI du GATT de 1994, autorise l'application de telles règles additionnelles ou modifications à une expédition avant que l'exportateur en ait été informé.¹⁷⁹

93. Conformément à l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*¹⁸⁰ et à l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*¹⁸¹, les Membres ménageront un délai raisonnable entre la publication d'une mesure et son entrée en vigueur, afin de permettre aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur. Toutefois, des exceptions sont autorisées dans les circonstances d'urgence visées dans les différents accords respectifs.

III. AVIS AU PUBLIC DES REGLEMENTS PROJETES

94. Dans le cadre des procédures de notification des projets de règlement et de procédure, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*¹⁸² et l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*¹⁸³ imposent aux Membres l'obligation de donner avis au public par avance des règlements et des procédures projetés. En vertu de ces dispositions, les Membres feront paraître un avis dans une publication, assez tôt pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres de prendre connaissance du projet visant à adopter un règlement déterminé. Toutefois, en cas de problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale, les Membres pourront adopter des règlements et procédures sans en aviser préalablement le public.

IV. FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS EN REPONSE AUX DEMANDES EMANANT D'AUTRES MEMBRES

95. Certains Accords de l'OMC imposent aux Membres l'obligation de communiquer des renseignements au niveau bilatéral à un autre Membre en réponse à une demande spécifique.

96. Dans l'*Accord général sur le commerce des services*, la disposition pertinente, qui figure dans l'article III relatif à la transparence, est libellée comme suit:

"4. Chaque Membre répondra dans les moindres délais à toutes les demandes de renseignements spécifiques émanant de tout autre Membre et concernant telle ou telle de ses mesures d'application générale ou tout accord international au sens du paragraphe 1."

97. L'obligation d'établir un ou plusieurs point(s) d'information énoncée dans les dispositions sur la transparence figurant dans l'article III de l'*Accord général sur le commerce des services*, est libellée comme suit:

"4. ... Chaque Membre établira aussi un ou plusieurs points d'information chargés de fournir aux autres Membres qui en feront la demande des renseignements spécifiques

¹⁷⁹Article 2:6.

¹⁸⁰Article 2.12 et article 5.9.

¹⁸¹Annexe B, paragraphe 2.

¹⁸²Articles 2.9 et 5.6.1.

¹⁸³Annexe B, paragraphe 5 a).

sur toutes ces questions, ainsi que sur celles qui sont soumises à la prescription de notification énoncée au paragraphe 3. Ces points d'information seront établis dans les deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (dénommé dans le présent accord l'"Accord sur l'OMC"). Il pourra être convenu de ménager à tel ou tel pays en développement Membre une flexibilité appropriée en ce qui concerne le délai fixé pour l'établissement de ces points d'information. Les points d'information n'auront pas besoin d'être dépositaires des lois et réglementations."

98. Conformément à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, les Membres répondront aux demandes de renseignements émanant d'un autre Membre concernant leur législation nationale, ainsi que des décisions judiciaires ou administratives ou des accords bilatéraux spécifiques dans le domaine de la propriété intellectuelle. La disposition pertinente de l'article concernant la transparence est libellée comme suit:

"Article 63

Transparence

3. Chaque Membre devra être prêt à fournir à un autre Membre qui lui en fait la demande par écrit des renseignements du genre de ceux qui sont mentionnés au paragraphe 1. Un Membre qui a des raisons de croire qu'une décision judiciaire ou administrative ou un accord bilatéral spécifique dans le domaine des droits de propriété intellectuelle affecte les droits qu'il tient du présent accord pourra demander par écrit à avoir accès à cette décision judiciaire ou administrative ou à cet accord bilatéral spécifique ou à en être informé d'une manière suffisamment détaillée."

99. L'obligation de répondre aux demandes de renseignements qui figure dans l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* est libellée comme suit:

"Article 6

Transparence

3. Chaque Membre examinera avec compréhension les demandes de renseignements, et ménagera des possibilités adéquates de consultation, au sujet de toute question découlant du présent accord soulevée par un autre Membre."

100. Conformément à l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, les Membres doivent établir un point d'information national chargé de fournir des renseignements sur tous règlements techniques et toutes normes et procédures d'évaluation de la conformité liés au commerce qu'ils projettent d'adopter ou qui ont été adoptés sur leur territoire, ainsi que sur leur participation à des accords bilatéraux ou plurilatéraux sur les normes, à des organismes régionaux à activité normative et à des systèmes régionaux d'évaluation de la conformité. L'établissement de points d'information chargés

de fournir des renseignements sur les activités de normalisation des organisations non gouvernementales est soumis à une obligation de moyens.^{184,185,186}

101. L'Annexe B de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, qui définit les obligations de transparence, donne des précisions sur le type de renseignements qui pourront être obtenus par les Membres intéressés auprès des points d'information établis conformément aux dispositions de cet accord.^{187,188}

V. FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS EN REPOSE AUX DEMANDES EMANANT DES AGENTS ECONOMIQUES

102. L'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VII du GATT de 1994* dispose que:

"Article 16

Sur demande présentée par écrit, l'importateur aura le droit de se faire remettre par l'administration des douanes du pays d'importation une explication écrite de la manière dont la valeur en douane des marchandises importées par lui aura été déterminée."

103. L'*Accord sur l'inspection avant expédition* comporte des dispositions en vertu desquelles les entités des Membres utilisateurs doivent fournir des renseignements en réponse aux demandes des exportateurs:

"Article 2

Obligations des Membres utilisateurs

Transparence

6. Les Membres utilisateurs feront en sorte que, lorsqu'ils seront contactés pour la première fois par les exportateurs, les entités d'inspection avant expédition fournissent à ceux-ci une liste de tous les renseignements qui leur sont nécessaires pour se conformer aux prescriptions concernant l'inspection. Lorsque les exportateurs leur en feront la demande, les entités d'inspection avant expédition fourniront les renseignements proprement dits. Dans ces renseignements seront inclus une indication des lois et

¹⁸⁴Article 10.1, 10.2 et 10.3.

¹⁸⁵Le document G/TBT/ENQ/-, qui est régulièrement actualisé, contient la liste des noms et adresses des points d'information, ainsi que les renseignements complémentaires que les Membres ont communiqués au sujet de leur fonctionnement.

¹⁸⁶Suite aux Décisions adoptées par les Ministres le 15 avril 1994 concernant l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, un Service d'information de l'OMC sur les normes géré par l'ISO a été mis en place pour fournir des renseignements sur les activités des organismes à activité normative ayant accepté le Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes, reproduit à l'Annexe 3 de l'Accord (G/L/1).

¹⁸⁷Annexe B, paragraphe 3.

¹⁸⁸Le document G/SPS/ENQ/-, qui est régulièrement actualisé, contient la liste des noms et adresses des points d'information, ainsi que des renseignements complémentaires que les Membres ont communiqués au sujet de leur fonctionnement.

réglementations des Membres utilisateurs en rapport avec les activités d'inspection avant expédition, ainsi que les procédures et critères utilisés à des fins d'inspection et de vérification des prix et des taux de change, les droits des exportateurs à l'égard des entités d'inspection et les procédures de recours énoncées au paragraphe 21."

104. En vertu des dispositions relatives à la transparence qui doivent assurer les Membres utilisateurs dans l'*Accord sur l'inspection avant expédition*, les bureaux d'inspection avant expédition des entités d'inspection avant expédition serviront de points d'information.

"Article 2

Obligations des Membres utilisateurs

Transparence

7. Les Membres utilisateurs feront en sorte que les renseignements visés au paragraphe 6 soient mis à la disposition des exportateurs d'une manière commode, et que les bureaux d'inspection avant expédition des entités d'inspection avant expédition servent de points d'information où ces renseignements seront accessibles."

105. Les points d'information établis conformément à l'article 10 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* doivent répondre à toutes les demandes raisonnables de renseignements émanant non seulement d'autres Membres, mais également de parties intéressées dans d'autres Membres.

106. En vertu des dispositions relatives à la participation croissante des pays en développement, figurant dans l'article IV de l'*Accord général sur le commerce des services*, les pays développés Membres doivent également établir des points de contact pour faciliter l'accès des fournisseurs de services des pays en développement Membres aux renseignements. Le type de renseignements que ces points de contact devront fournir est également précisé. La disposition pertinente est libellée comme suit:

"Article IV

2. Les pays développés Membres et, autant que possible, les autres Membres établiront des points de contact dans les deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour faciliter l'accès des fournisseurs de services des pays en développement Membres aux renseignements, en rapport avec leurs marchés respectifs, concernant:

- a) les aspects commerciaux et techniques de la fourniture de services;
- b) l'enregistrement, la reconnaissance et l'obtention des qualifications professionnelles; et
- c) la disponibilité de technologie des services."

VI. TRAITEMENT DES RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

107. Il convient de noter que de nombreux Accords de l'OMC comportent des dispositions autorisant à ne pas divulguer des renseignements confidentiels, en dépit de l'obligation de transparence habituelle. On entend généralement par renseignements confidentiels les renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait

préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées. A cet égard, l'article X:1 du GATT de 1994 est libellé comme suit:

"... Les dispositions du présent paragraphe n'obligeront pas une partie contractante à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées."

108. En outre, l'article XXI du GATT de 1994 sur les exceptions concernant la sécurité comporte des dispositions relatives au traitement des renseignements confidentiels libellées comme suit:

"Article XXI

Exceptions concernant la sécurité

Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée

- a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité."

109. L'article IIIbis de l'*Accord général sur le commerce des services* est libellé comme suit:

"Article IIIbis

Divulgation de renseignements confidentiels

Aucune disposition du présent accord n'obligera un Membre à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées."

110. Dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, les dispositions du paragraphe 4 de l'article 63, qui autorisent à ne pas révéler des renseignements confidentiels, sont libellées d'une manière analogue à celles de l'article X:1 du GATT de 1994.

111. L'article 6 de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, relatif à la transparence, fait directement référence à la disposition pertinente de l'article X:1 du GATT de 1994 et autorise les Membres à ne pas révéler des renseignements confidentiels.

112. L'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* autorise à ne pas révéler de renseignements concernant les intérêts essentiels de la sécurité. La disposition pertinente est libellée comme suit:

"10.8 Aucune des dispositions du présent accord ne sera interprétée comme imposant:

- 10.8.3 la communication par les Membres de renseignements dont la divulgation serait, à leur avis, contraire aux intérêts essentiels de leur sécurité."

113. Dans l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, les dispositions relatives à la protection des renseignements confidentiels figurent dans les réserves générales et sont libellées comme suit:

Réserves générales

11. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme imposant:
 - b) la divulgation par les Membres de renseignements confidentiels qui ferait obstacle à l'application de la législation sanitaire ou phytosanitaire ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises.

114. Il convient de noter que si les dispositions susmentionnées des Accords de l'OMC autorisent les Membres à ne pas soumettre les renseignements confidentiels aux obligations de transparence, d'autres dispositions desdits Accords imposent l'obligation de protéger ces renseignements. Ces dispositions figurent à l'article 10 de l'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VII du GATT de 1994, à l'article 2 de l'Accord sur l'inspection avant expédition et à l'article 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.