

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

RESTRICTED
S/WPGR/W/49
31 août 2004

(04-3605)

Groupe de travail des règles de l'AGCS

DISPOSITIONS RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS FIGURANT DANS LES ACCORDS D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE

Note du Secrétariat¹

À la réunion tenue par le Secrétariat le 24 mars 2004, il a été demandé au Secrétariat d'apporter des détails sur sa Note du 24 juin 2003 concernant les dispositions relatives aux marchés publics dans les accords d'intégration économique (S/WPGR/W/44). Cette nouvelle note donne des informations plus détaillées sur les types de dispositions relatives aux marchés publics que l'on trouve dans les accords d'intégration économique (AIE) notifiés au titre de l'article V de l'AGCS.

¹ Le présent document a été établi par le Secrétariat sous sa propre responsabilité et sans préjudice des positions des Membres ni de leurs droits et obligations dans le cadre de l'OMC.

TABLES DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	3
II.	PRINCIPALES OBSERVATIONS.....	6
III.	EXAMEN DES PRINCIPALES DISPOSITIONS.....	8
A.	NON-DISCRIMINATION	8
B.	ÉVALUATION DES MARCHÉS	15
C.	SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES	20
D.	MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS.....	25
E.	QUALIFICATION DES FOURNISSEURS.....	37
F.	RÈGLES DE PROCÉDURE CONCERNANT LES INVITATIONS À SOUMISSIONNER	42
G.	DÉLAIS POUR LA PRÉSENTATION DES SOUMISSIONS ET LA LIVRAISON.....	52
H.	DOCUMENTATION RELATIVE À L'APPEL D'OFFRES	57
I.	ADJUDICATION DES MARCHÉS	60
J.	NÉGOCIATION	69
K.	COMMUNICATION D'INFORMATIONS	71
L.	PROCÉDURES DE CONTESTATION	77
M.	AUTRES QUESTIONS FAISANT L'OBJET DE DISCIPLINES SPÉCIFIQUES.....	85

I. INTRODUCTION

1. La note initiale du Secrétariat sur ce sujet (S/WPGR/W/44) fournissait des renseignements succincts sur les dispositions relatives aux marchés publics dans chaque accord pertinent. Afin d'éviter les répétitions inutiles, le présent document vise à donner un aperçu général des principaux types de dispositions relatives aux marchés publics figurant dans ces AIE. S'il met en évidence certaines similitudes et différences entre les divers types de dispositions relatives à la passation des marchés, il n'a pas pour objet de fournir une description détaillée du contenu de chaque accord. Il ne reprend pas non plus la totalité des dispositions pertinentes des accords en question, car cela l'aurait rendu inutilement long, et qui plus est, le texte intégral de ces accords figure déjà dans des documents officiels de l'OMC (voir tableau 1). Au lieu de cela, pour chacune des questions abordées, on trouvera dans la présente note les dispositions pertinentes de certains accords, qui permettent d'illustrer les similitudes et les différences, à titre d'exemple.

2. Si la présente note porte avant tout sur les principales dispositions relatives aux marchés publics figurant dans les AIE (par exemple, les dispositions concernant les procédures d'appel d'offres, les opérations de compensation ou les procédures de contestation), il faut garder à l'esprit que l'on n'a pas cherché à examiner la portée et le champ d'application des divers accords, autrement dit, la façon dont les marchés publics sont définis, les exceptions ou exclusions, ou encore les secteurs, seuils, niveaux de l'administration ou entités qui y sont visés. L'examen détaillé de ces questions aurait exigé beaucoup plus de temps et de ressources parce que cela aurait impliqué, dans de nombreux cas, d'étudier par le menu les diverses annexes ou listes d'engagements liées aux dispositions relatives à la passation des marchés. Il faut par conséquent faire preuve de prudence, car il convient également de considérer l'incidence des dispositions relatives à la passation des marchés compte tenu de la portée de la définition de l'accord en cause. Des dispositions similaires voire identiques de différents accords peuvent néanmoins avoir des implications différentes lorsque l'on tient compte de la portée ou de la définition. En outre, la présente note ne porte que sur les dispositions relatives à la passation des marchés et ne concerne pas les dispositions à caractère horizontal que l'on peut trouver dans d'autres parties des AIE, mais qui peuvent toutefois avoir un rapport avec les marchés publics (par exemple, les disciplines horizontales en matière de transparence, y compris celles qui régissent la publication des lois et règlements).

3. La présente note ne traite pas non plus des accords dont les dispositions relatives aux marchés publics prévoient des négociations futures, une coopération des parties ou des consultations sur cette question (à savoir, l'accord États-Unis-Jordanie, celui de la CARICOM et les accords Singapour-AELE et Chili-Mexique). Il n'y est pas non plus question des Accords européens avec des pays qui font désormais partie de l'Union européenne.² Sur les dix Accords européens qui ont été notifiés au titre de l'article V, seuls ceux qui concernent la Bulgarie et la Roumanie ont donc été examinés. Il convient également de noter que depuis la distribution de la dernière note du Secrétariat sur cette question, en 2003, les Communautés européennes ont promulgué de nouvelles directives en matière de marchés publics.³ Les règles pertinentes ont été codifiées dans deux directives, à savoir, la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie,

² Les Accords européens ont été conclus entre les Communautés européennes et, respectivement, la Bulgarie, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République slovaque, la République tchèque, la Roumanie et la Slovaquie.

³ Ces directives sont entrées en vigueur le 30 avril 2004. Les États membres ont un délai de 21 mois pour les transposer dans le droit national. Dans l'intervalle, les directives actuelles continuent de s'appliquer.

des transports et des services postaux.⁴ Les dispositions de ces deux directives tendant à être similaires – la différence centrale concernant la portée et le champ d'application, la présente note fait référence, sauf indication contraire, à la directive qui couvre le plus grand nombre de secteurs, c'est-à-dire la Directive 2004/18/CE. En outre, à des fins d'information, l'accord entre le Chili et les Communautés européennes a été inclus dans la liste des accords examinés bien qu'il n'ait pas encore été notifié au titre de l'article V. L'accord en question, notifié au titre de l'article XXIV du GATT, comporte un chapitre sur la passation des marchés qui englobe les services.

4. D'une manière générale, les observations qui suivent sont par conséquent fondées sur un total de 18 accords (voir le tableau 1). Il est souvent fait référence à l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC dans les parties suivantes de la présente note, parce que certains AIE incorporent certaines de ses dispositions par référence. À cet égard, il convient de noter que les Membres parties à l'AMP sont actuellement engagés dans un processus de révision des dispositions existantes de cet accord en vue de le simplifier. De ce fait, on peut supposer que le texte de l'AMP subira des modifications à la fin du processus de révision.

5. Les Membres pourraient également souhaiter consulter les notes du Secrétariat établies pour le Groupe de travail de la transparence des marchés publics, qui portent, au moins en partie, mais aussi parfois de façon plus détaillée, sur des questions connexes: WT/WGTGP/W/6, WT/WGTGP/W/32, WT/WGTGP/W/33.

6. La présente note est structurée de la manière suivante: la deuxième partie résume les éléments et observations essentiels. La troisième partie fournit ensuite des informations sur les dispositions relatives aux marchés publics figurant dans les AIE. Elle se divise en 13 sections, correspondant aux questions sur lesquelles portent généralement les disciplines figurant dans les AIE, à savoir, non-discrimination, méthodes de passation des marchés, invitations à participer, etc.

⁴ D'après la page Web de la Commission européenne, les objectifs du train de mesures législatives étaient de simplifier et de clarifier des directives existantes et de les adapter aux besoins d'une administration moderne, en facilitant par exemple la passation électronique des marchés et, dans le cas des marchés complexes, en prévoyant davantage de dialogue entre les autorités compétentes et les soumissionnaires, de façon à préciser les dispositions contractuelles. Ces deux directives peuvent être consultées à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

Tableau 1
Accords examinés dans la présente note⁵

Accord d'intégration économique	Cote du document ⁶	Dispositions pertinentes ⁷
Traité de Rome instituant les CE et élargissement	WT/REG39 WT/REG170 et WT/REG3 (élargissement)	Directives 2004/18/CE, 2004/17/CE, 89/665/CEE, 92/13/CEE
Australie–Nouvelle-Zélande (ACREANZ)	WT/REG40	Article 11 + Accord sur les marchés publics de 1997 (révisé)
EEE	WT/REG138	Article 65 + Annexe XVI
ALENA	WT/REG4	Chapitre 10
CE–Bulgarie	WT/REG1	Article 68
CE–Roumanie	WT/REG2	Article 68
Nouvelle-Zélande–Singapour	WT/REG127	Partie 8, articles 46 à 58
AELE–Mexique	WT/REG126	Chapitre III, articles 56 à 68 + annexes XII à XIII
CE–Mexique	WT/REG109	Titre III, articles 25 à 38 + annexes X à XIII
AELE (version consolidée)	WT/REG154	Article 37 + annexe R
Chili–Costa Rica	WT/REG136	Chapitre 16
Japon–Singapour	WT/REG140	Chapitre 11, articles 101 et 102
Singapour–Australie	WT/REG158	Chapitre 6
États-Unis–Chili	WT/REG160	Chapitre 9
États-Unis–Singapour	WT/REG161	Chapitre 13
Chili–El Salvador	WT/REG165	Chapitre 16
République de Corée–Chili	WT/REG169	Chapitre 15
CE–Chili	WT/REG164	Titre IV, articles 136 à 162

⁵ Au mois d'août 2004. L'accord entre les CE et le Chili est inclus à des fins d'information, bien qu'il n'ait pas été notifié au titre de l'article V de l'AGCS. Comme noté précédemment, les Accords européens avec des pays qui font désormais partie de l'Union européenne n'ont pas été examinés.

⁶ Cotes des documents de l'OMC comprenant une copie de l'accord concerné, ainsi que des renseignements connexes. Ces documents peuvent également être consultés à l'adresse suivante: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/provision_e.xls (en anglais seulement).

⁷ Les accords comportant des dispositions relatives aux marchés publics, qui prévoient uniquement des négociations futures, des consultations ou une coopération sur les questions de passation des marchés n'ont pas été incorporés. Pour plus d'information à ce sujet, voir l'annexe du document S/WPGR/W/44.

II. PRINCIPALES OBSERVATIONS

7. Une grande partie des accords notifiés au titre de l'article V impose des disciplines de fond sur les marchés publics de services (25 sur 34). Plus de la moitié de ces 25 accords concernent les CE (ce qui est dû dans une large mesure aux dix Accords européens notifiés). Beaucoup d'entre eux concernent également des pays en développement, et certains Membres sont parties à plus d'un de ces AIE (par exemple, le Chili et Singapour sont chacun parties à quatre accords⁸). En outre, si une bonne partie des signataires des accords examinés dans la présente note est partie à l'Accord plurilatéral de l'OMC sur les marchés publics, bon nombre d'entre eux ne le sont pas, à savoir l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Chili, le Costa Rica, El Salvador, le Mexique, la Bulgarie et la Roumanie.

8. Il existe d'importantes similitudes entre les dispositions relatives à la passation des marchés d'une bonne partie des AIE examinés dans la présente note. Outre les obligations relatives au traitement non discriminatoire, ces dispositions ont tendance à inclure des règles de procédure additionnelles concernant l'équité et l'ouverture des procédures d'adjudication, la transparence, la justification et la régularité du processus. La majorité des accords examinés contiennent un certain nombre d'obligations détaillées en matière de procédure que les entités contractantes doivent remplir pour assurer l'application effective des principes de base. L'objectif général de ces prescriptions en matière de procédure est de garantir que l'accès à la passation des marchés est effectivement ouvert et que les fournisseurs étrangers ont les mêmes possibilités de soumissionner pour les marchés publics. La majorité des 18 accords traités dans la partie suivante comportent des dispositions – plus ou moins détaillées et exhaustives, toutefois – concernant l'évaluation des marchés (par exemple, les principes fondamentaux à suivre pour déterminer la valeur des marchés), les spécifications techniques (par exemple, pour éviter les obstacles non nécessaires au commerce), les méthodes de passation des marchés (par exemple, pour indiquer les méthodes autorisées et, plus spécifiquement, les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à des procédures autres que les appels d'offres ouverts), la qualification des fournisseurs (mettant l'accent, par exemple, sur les critères essentiels pour assurer l'exécution du marché), les invitations à soumissionner (par exemple, les prescriptions relatives à la publication d'un avis d'appel d'offres), les délais (par exemple, les délais minimaux pour permettre aux fournisseurs de préparer et de déposer leurs soumissions), la documentation relative à l'appel d'offres (par exemple, les prescriptions relatives au type de renseignements figurant dans la documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs), l'adjudication des marchés (par exemple, les règles concernant les critères d'adjudication et la publication des résultats), la communication des informations (par exemple, l'obligation de publier les lois, règlements, décisions et autres procédures relatifs aux marchés publics) et les procédures de contestation (par exemple, l'obligation de permettre aux fournisseurs de déposer un recours auprès d'un organe impartial chargé d'examiner les plaintes).

9. En dépit de ces similitudes générales entre les divers accords, il existe des différences en ce qui concerne les types de dispositions qu'ils renferment, ainsi que la quantité de détails et l'exhaustivité des dispositions. Des accords tels que l'ALENA, l'Accord de l'AELE, les accords entre Singapour et les États-Unis, le Japon et Singapour, l'AELE et le Mexique ou les directives des CE établissent des règles très détaillées et exhaustives qui se rapprochent de celles de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, et vont même parfois au-delà. D'autres accords, tels que les accords Chili-Costa Rica et Chili-El Salvador ou les accords auxquels sont parties la Nouvelle-Zélande et l'Australie, prévoient un ensemble de règles de procédure moins important et moins détaillé d'une manière générale. Toutefois, il convient de souligner qu'il n'existe pas nécessairement de lien direct entre l'exhaustivité des dispositions examinées et le niveau de libéralisation atteint ou l'ampleur des entités et des secteurs de services visés.

⁸ Sans compter l'accord entre la CE et le Chili.

10. Enfin, au lieu de contenir des dispositions propres, de nombreux accords incorporent par référence les dispositions d'autres accords. L'AELE, et les accords entre le Japon et Singapour et les États-Unis et Singapour, incorporent de nombreuses dispositions de l'Accord sur les marchés publics, par référence. Dans d'autres cas, les parties à un accord particulier n'ont pas des obligations identiques: certaines dispositions de l'AMP sont incorporées par référence et s'appliquent à un seul signataire, et les dispositions correspondantes du chapitre de l'ALENA consacré aux marchés publics sont incorporées par référence et s'appliquent uniquement à l'autre signataire. C'est le cas des accords entre les CE et le Mexique et l'AELE et le Mexique, selon lesquels le Mexique se voit appliquer certaines dispositions de l'ALENA et les CE et les États membres de l'AELE se voient appliquer les dispositions correspondantes de l'AMP.

III. EXAMEN DES PRINCIPALES DISPOSITIONS

A. NON-DISCRIMINATION

11. Tous les accords examinés dans la présente note contiennent des dispositions spécifiques concernant la non-discrimination. Toutefois, leur contenu exact et leur libellé diffèrent d'un accord à l'autre. Les accords de l'**AELE** et entre les **États-Unis et Singapour** incorporent tous deux l'article III de l'Accord sur les marchés publics (reproduit ci-après), par référence.⁹ Conformément à cette disposition, les parties doivent, en ce qui concerne la passation des marchés visés par l'accord, accorder aux services et aux fournisseurs des autres parties un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qu'elles accordent aux services et aux fournisseurs nationaux ou aux services de toute autre partie et à leurs fournisseurs. En outre, chaque partie doit faire en sorte que ses entités n'accordent pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, selon le degré de contrôle ou de participation étrangers et n'exercent pas de discrimination à l'encontre des fournisseurs établis sur le territoire national selon le pays de production du service qui est fourni.

AMP

Article III: Traitement national et non-discrimination

1. En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie accordera immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable:

- a) que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs nationaux, ni
- b) que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs.

2. En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie fera en sorte:

- a) que ses entités n'accordent pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, selon le degré de contrôle ou de participation étrangers; et
- b) que ses entités n'exercent pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs établis sur le territoire national selon le pays de production du produit ou du service qui est fourni, sous réserve que le pays de production soit Partie à l'Accord conformément aux dispositions de l'article IV.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliqueront pas aux droits de douane et impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation, ni au mode de perception de ces droits et impositions, ni aux autres règlements et formalités d'importation, ni aux mesures touchant le commerce des services autres que les lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord.

12. L'accord entre le **Japon et Singapour** incorpore également par référence l'article III de l'Accord sur les marchés publics, si ce n'est que l'application du paragraphe 1 b), qui prévoit le traitement NPF, est expressément exclue.¹⁰ L'article 26 de l'accord **CE-Mexique** et l'article 57

⁹ Voir l'article 6 de l'Annexe R de l'Accord de l'AELE et l'article 13:3, paragraphe 1, et l'article 13:2, paragraphe 5, de l'accord entre les États-Unis et Singapour.

¹⁰ Voir l'article 101, paragraphe 1, de l'accord entre le Japon et Singapour.

("Traitement national et non-discrimination", reproduit ci-après) de l'accord **AELE-Mexique** sont conformes à l'article III de l'AMP, si ce n'est que comme dans l'accord entre le Japon et Singapour, la question de la non-discrimination entre les services étrangers ou les fournisseurs étrangers (c'est-à-dire, le traitement NPF) n'est pas traitée.¹¹ L'article 3 ("Traitement national") du chapitre 6 de l'accord entre **Singapour et l'Australie** est libellé de façon similaire, mais précise en outre qu'"[u]ne Partie n'exercera pas de discrimination en faveur de personnes morales dont elle est actionnaire".

Accord AELE-Mexique

Article 57: Traitement national et non-discrimination

1. S'agissant des législations, réglementations, procédures et pratiques sur les marchés publics soumis au présent chapitre, chacune des Parties s'engage à appliquer immédiatement et sans conditions aux biens, aux services et aux fournisseurs des autres Parties un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux biens, aux services et aux fournisseurs nationaux.
2. S'agissant des législations, réglementations, procédures et pratiques sur les marchés publics soumis au présent Chapitre, chacune des Parties s'engage à garantir:
 - a) que ses entités ne traiteront pas un fournisseur établi localement moins favorablement qu'un de ses homologues sur la base de son degré d'affiliation étrangère, ou sur la base de son contrôle par une personne originaire d'une autre Partie; et
 - b) que ses entités ne pratiqueront pas de discrimination à l'encontre des fournisseurs établis localement en fonction du pays de production des biens ou des services fournis, sous réserve que le pays de production est l'autre Partie.
3. Les dispositions énoncées aux paragraphes 1 et 2 du présent article ne s'appliquent pas aux droits de douanes et aux taxes, quelle que soit la nature de l'imposition et le lien avec les importations, ni à la méthode de perception desdits droits et desdites taxes, ni à d'autres réglementations et formalités d'importation, ni aux mesures relatives au commerce des services autres que les législations, réglementations, procédures et pratiques sur les marchés publics soumis au présent chapitre.

13. La formulation de l'article 1003 ("Traitement national et non-discrimination", reproduit ci-après) de l'**ALENA** est similaire à celle utilisée dans les accords entre le Japon et Singapour, les États-Unis et Singapour et dans l'accord de l'AELE. Une différence est que dans cet accord il est question d'"un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde [...]". En outre, cet accord ne comporte pas l'expression "accordera immédiatement et sans condition" utilisée dans l'Accord sur les marchés publics. Les paragraphes 1, 2 et 5 de l'accord entre les **États-Unis et le Chili** ("Traitement national et non-discrimination") sont similaires à l'article III de l'AMP, excepté que, comme dans d'autres accords, l'application d'un "traitement non moins favorable" ne concerne que les services et les fournisseurs nationaux (dans le sens de traitement national) et non les services et fournisseurs d'États non-parties (dans le sens de traitement NPF). Comme dans l'ALENA, le traitement non moins favorable n'a pas besoin d'être accordé "immédiatement et sans condition".

¹¹ Dans l'AMP ou l'ALENA, par exemple, l'obligation de traitement NPF concerne la discrimination entre les Parties à l'accord. Ce type d'obligation n'est peut-être pas nécessaire dans les accords pour lesquels il n'y a que deux parties. Il convient également de noter que dans l'AMP, les Membres attachent en général des conditions de réciprocité à leurs engagements.

ALENA

Article 1003: Traitement national et non-discrimination

1. En ce qui concerne les mesures visées par le présent chapitre, chacune des Parties accordera aux produits d'une autre Partie, aux fournisseurs de ces produits et aux fournisseurs de services d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde:
 - a) à ses propres produits et fournisseurs, et
 - b) aux produits et aux fournisseurs d'une autre Partie.
2. En ce qui concerne les mesures visées par le présent chapitre, aucune des Parties ne pourra:
 - a) traiter un fournisseur local moins favorablement qu'un autre fournisseur local, au motif que le premier aurait des liens avec une entreprise étrangère ou appartiendrait à des intérêts étrangers; ou
 - b) exercer de discrimination à l'égard d'un fournisseur local, au motif que les produits ou les services qu'il propose sont des produits ou des services d'une autre Partie.
3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux mesures concernant les droits de douane ou autres frais de toute nature imposés relativement à l'importation, au mode de perception de ces droits ou frais, ou aux autres règlements touchant l'importation, y compris toutes restrictions et formalités.

14. Les dispositions relatives au traitement national et à la non-discrimination figurant dans l'accord entre les **CE et le Chili** (article 139) et entre la **République de Corée et le Chili** (article 15.3), qui ont pour l'essentiel le même contenu que l'article de l'AMP reproduit plus haut, comportent un paragraphe additionnel qui prévoit que "[c]haque partie veille à ce que les marchés passés par ses entités [...] se déroulent dans des conditions transparentes, raisonnables et non discriminatoires, en accordant aux fournisseurs des deux parties une égalité de traitement et en respectant le principe d'une concurrence ouverte et effective".

15. L'accord entre l'**Australie et la Nouvelle-Zélande** comporte des dispositions (clauses 2 et 4, reproduites ci-après) concernant l'application d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux services et aux fournisseurs nationaux mais comporte également des concepts additionnels tels que des débouchés égaux et un accès égal. L'accord entre la **Nouvelle-Zélande et Singapour** est libellé de façon similaire (voir les paragraphes c) et d) de l'article 49).

Australie–Nouvelle-Zélande: Accord sur les marchés publics (révisé en 1997)

2. Il est convenu que, sauf disposition contraire dans le présent accord, les parties:
(...)
- c) réserveront aux services, biens et fournisseurs des autres parties des débouchés et un traitement égaux à ceux qu'elles accordent aux services, biens et fournisseurs de leur propre pays (voir le point 4 plus bas);
- d) accroîtront les possibilités, pour les fournisseurs australiens et néo-zélandais, de concourir pour des marchés publics sur la base de l'optimisation des ressources et éviter les pratiques d'achat qui sont orientées en faveur de biens et de fournisseurs étrangers.
(...)
4. Conformément à la Clause 2 b) et c) du présent accord, les Parties à l'accord n'utiliseront pas entre elles une quelconque forme de pratique en matière de passation des marchés qui:
- constitue une discrimination à l'encontre des fournisseurs australiens et néo-zélandais;
 - leur soit défavorable; ou
 - ait pour effet de leur interdire un accès ou des débouchés égaux.

16. Les accords entre le **Chili et le Costa Rica** et le **Chili et El Salvador** contiennent chacun un article sur le traitement national et la non-discrimination (article 16.04 dans les deux cas), qui sont libellés de la même manière.¹² Cet article prévoit un traitement national, mais celui-ci est limité aux "marchés publics que les organismes réalisent à travers des procédures d'appels d'offres" (article 16.04 1)). Le paragraphe 2 prévoit ensuite que lorsque des procédures différentes sont utilisées, les parties adopteront "les mesures nécessaires raisonnablement à leur portée pour garantir le respect des obligations stipulées à l'article 16.03 1) f)".¹³ L'article 16.03 1) f), qui a une certaine ressemblance avec les dispositions correspondantes des accords entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie et entre la Nouvelle-Zélande et Singapour se lit comme suit:

¹² Les dispositions de ces deux accords sont toujours identiques. Bien qu'ils aient été notifiés séparément, leurs dispositions sont le résultat de négociations sur un cadre de référence en vue d'un accord de libre-échange entre les pouvoirs publics d'Amérique centrale et du Chili.

¹³ Les appels d'offres sont définis (voir l'article 16.01), comme "toutes les procédures de marché public autre que la passation directe de marché". Il s'ensuit que l'utilisation de procédures différentes évoquées à l'article 16.04 désigne la passation directe de marché.

Accord Chili–El Salvador
Article 16.03: Droits et obligations générales

1. Les Parties conviennent des droits et obligations suivants, conformément aux dispositions de ce chapitre:

(...)

f) ne pas appliquer de mesure:

i) discriminatoire;

ii) arbitraire; ou

iii) qui aurait pour effet de refuser à un fournisseur de l'autre Partie un accès équivalent ou une même opportunité.

17. En ce qui concerne les membres de l'UE, l'article 2 de la **Directive des CE** prévoit simplement que "les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence".¹⁴ La note de service explicative concernant la Directive proposée par la Commission en 2000 (COM(2000)275, page 18) indique que "selon la jurisprudence constante de la Cour, le principe général d'égalité de traitement, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est seulement une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe impose de ne pas traiter de façon différente des situations analogues, à moins que la différence de traitement ne soit justifiée par des raisons objectives".

18. Les **Accords européens** avec la Bulgarie (article 68, reproduit ci-après) et la Roumanie (article 68) prévoient l'accès aux procédures d'adjudication de marchés suivant un traitement non moins favorable que celui accordé aux entreprises nationales.

Accord CE-Bulgarie
Article 68

1. Les parties contractantes estiment souhaitable d'ouvrir l'accès aux marchés publics sur une base de non-discrimination et de réciprocité, notamment dans le cadre du GATT.

2. Les sociétés bulgares au sens de l'article 49 ont accès aux procédures de passation des marchés publics conformément à la réglementation communautaire en la matière, en bénéficiant d'un traitement qui ne doit pas être moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés de la Communauté, à partir de l'entrée en vigueur du présent accord.

Au plus tard à la fin de la période de transition visée à l'article 7, les sociétés de la Communauté au sens de l'article 49 ont accès aux procédures de passation des marchés publics en Bulgarie, en bénéficiant d'un traitement qui ne doit pas être moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés bulgares.

¹⁴ L'accord sur l'EEE prévoit, en matière de passation des marchés, l'application des Directives des CE. En conséquence, aux fins de la présente note, il ne sera pas fait spécifiquement référence à l'EEE. Comme noté précédemment, la présente note porte principalement sur la Directive des CE qui vise le plus grand nombre de secteurs, c'est-à-dire la Directive 2004/18/CE.

Les sociétés de la Communauté établies en Bulgarie conformément aux dispositions du chapitre II du titre IV, sous forme de filiales au sens de l'article 45 et sous les formes prévues à l'article 55, ont accès, à partir de l'entrée en vigueur du présent accord, aux procédures de passation des marchés publics, en bénéficiant d'un traitement qui ne doit pas être moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés bulgares. Les sociétés de la Communauté établies en Bulgarie sous forme de succursales et d'agences au sens de l'article 45 doivent bénéficier d'un tel traitement avant la fin de la période de transition.

Le Conseil d'association examine périodiquement si la Bulgarie peut donner, à toutes les sociétés de la Communauté, accès aux procédures de passation des marchés publics en Bulgarie, avant la fin de la période de transition.

3. Les dispositions des articles 38 à 59 sont applicables à l'établissement, aux opérations, aux prestations de services entre la Communauté et la Bulgarie, ainsi qu'à l'emploi et à la circulation des travailleurs, liés à l'exécution des marchés publics.

Opérations de compensation

19. Il convient de noter également que divers AIE comportent une disposition qui interdit expressément les opérations de compensation. Si les accords entre le **Japon et Singapour** et les **États-Unis et Singapour** incorporent par référence l'article XVI:1 de l'AMP (reproduit ci-après), l'**ALENA** (article 1006, reproduit ci-après), les accords entre le **Chili et les États-Unis** (article 9.2, paragraphe 4), entre la **Nouvelle-Zélande et Singapour** (article 53), entre l'**Australie et la Nouvelle-Zélande** (article 11, paragraphe 2), entre les **CE et le Mexique** (article 28), entre l'**AELE et le Mexique** (article 60), entre les **CE et le Chili** (article 140, reproduit ci-après), entre le **Chili et El Salvador** (article 16.04, paragraphe 3, reproduit ci-après), entre le **Chili et le Costa Rica** (article 16.04, paragraphe 3) et entre la **République de Corée et le Chili** (article 15.4), comportent leurs propres dispositions en ce qui concerne les opérations de compensation.¹⁵ Ces dispositions ne varient pas énormément. On trouve également dans une bonne partie de ces accords une définition des opérations de compensation, laquelle figure soit dans l'énoncé de l'article pertinent, soit dans la partie consacrée aux définitions.

AMP

Article XVI:1: Opérations de compensation

1. Dans la qualification et la sélection des fournisseurs, produits ou services, ou dans l'évaluation des soumissions et l'adjudication des marchés, les entités n'imposeront, ne demanderont ni n'envisageront d'opérations de compensation.¹ [...]

¹ Les opérations de compensation dans les marchés publics sont des mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, de l'octroi de licences pour des technologies, de prescriptions en matière d'investissement, d'échanges compensés ou de prescriptions similaires.

¹⁵ Bien que cela ne soit pas reproduit dans les AIE considérés, l'article XVI, paragraphe 2, de l'AMP permet aux pays en développement de négocier des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation au moment de leur accession à l'Accord.

ALENA

Article 1006: Interdiction des compensations

Chacune des Parties fera en sorte que, dans la qualification et la sélection des fournisseurs, des produits ou des services et dans l'évaluation des offres ou l'adjudication des marchés, ses entités s'abstiennent d'envisager, de rechercher ou d'imposer des compensations. Aux fins du présent article, compensations désigne des conditions, imposées ou envisagées par une entité avant ou pendant la passation d'un marché, qui favorisent le développement local ou améliorent les comptes de balance des paiements de la Partie dont elle relève, au moyen d'exigences relatives à la teneur locale, à l'octroi de licences en matière de technologie, à l'investissement, au commerce de compensation ou autres exigences semblables.

Accord CE-Chili

Article 140: Interdiction des opérations de compensation et des préférences nationales

Dans la qualification et la sélection des fournisseurs, des biens ou des services, ou dans l'évaluation des soumissions et l'adjudication des marchés, chaque Partie veille à ce que ses entités n'envisagent, ne demandent et n'imposent pas d'opérations de compensation ni de conditions relatives à des préférences nationales telles que des marges autorisant des préférences en termes de prix.

Accord Chili-El Salvador

Article 16.04: Traitement national et non-discrimination

[...]

3. Chaque Partie s'assurera que ses organismes n'exigent pas de conditions compensatoires particulières aux fournisseurs de l'autre Partie participant aux processus de passation de marchés publics respectifs.

[...]

20. En somme, et ce n'est pas étonnant, tous les accords examinés contiennent des dispositions en matière de traitement non discriminatoire. L'obligation d'accorder aux services et aux fournisseurs de l'autre Partie un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux services et aux fournisseurs nationaux est essentielle dans toute série de dispositions relatives aux marchés publics figurant dans les AIE, même si elle est parfois exprimée en des termes différents. Bien entendu, les implications réelles des dispositions relatives à la non-discrimination figurant dans ces accords, autrement dit, la mesure dans laquelle elles supposent une libéralisation, dépend des secteurs de services, des entités et des seuils qui figurent en général dans les annexes de la série de dispositions relatives à la passation des marchés. La plupart des accords contiennent, en outre, une disposition qui prévoit expressément l'interdiction des opérations de compensation. Il convient également de noter que dans de nombreux accords, les dispositions générales relatives au traitement national et à la non-discrimination sont complétées par des références additionnelles au traitement non discriminatoire dans le cadre d'obligations particulières en matière de procédure. Par exemple, l'accord entre l'**Australie et Singapour** prévoit, outre l'obligation de traitement national (article 3), que les procédures d'appel d'offres soient "menées de façon équitable et non discriminatoire" et que le "processus d'évaluation des soumissions [soit] équitable et non discriminatoire" (article 6, chapitre 6: Principes de passation des marchés).

B. ÉVALUATION DES MARCHÉS

21. La majorité des accords examinés comportent des dispositions spécifiques en matière d'évaluation des marchés. Celles-ci indiquent en général les principes clés à suivre pour la détermination de la valeur des marchés visés, en particulier parce que les accords ne s'appliquent en général qu'aux contrats dépassant un certain montant. Les dispositions pertinentes comprennent en général au moins certains des éléments suivants: l'obligation de tenir compte de toutes les formes de rémunération dans l'évaluation; une clause anti-évitement qui prévoit que la méthode d'évaluation ne sera pas choisie par l'entité, et que les quantités à acquérir ne seront pas scindées en marchés distincts, dans l'intention d'éviter que l'accord ne s'applique; les critères d'évaluation pour les marchés passés par lots séparés; les critères d'évaluation en ce qui concerne les marchés qui ne prévoient pas expressément de prix total ou les marchés de services passés sous forme de crédit-bail, location ou location-vente; et les dispositions spéciales d'évaluation lorsqu'un marché envisagé prévoit expressément des options.

22. De nombreux accords incorporent l'article II de l'AMP (reproduit ci-après) par référence, à savoir: les accords **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **CE-Mexique**, pour les CE, **AELE-Mexique** pour l'AELE et l'Accord de l'AELE.

GPA
Article II: Évaluation des marchés

1. Les dispositions ci-après seront d'application pour la détermination de la valeur des marchés¹ aux fins de la mise en œuvre du présent accord.
2. L'évaluation tiendra compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir.
3. La méthode d'évaluation ne sera pas choisie par l'entité, et les quantités à acquérir ne seront en aucun cas scindées, dans l'intention d'éviter que le présent accord ne s'applique.
4. Si la quantité à acquérir est telle que plus d'un marché soit conclu ou que des marchés soient passés par lots séparés, la base de l'évaluation sera:
 - a) soit la valeur réelle des contrats successifs analogues passés au cours des 12 mois ou de l'exercice précédents, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité et en valeur qui surviendraient au cours des 12 mois suivants; ou
 - b) soit la valeur estimée des contrats successifs au cours de l'exercice ou des 12 mois suivant le contrat initial.
5. En ce qui concerne les marchés de produits ou de services passés sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, ou les marchés qui ne prévoient pas expressément de prix total, la base de l'évaluation sera la suivante:
 - a) dans le cas de marchés de durée déterminée, la valeur totale des marchés pour toute leur durée si celle-ci est inférieure ou égale à 12 mois, ou leur valeur totale, y compris la valeur résiduelle estimée, si leur durée dépasse 12 mois;
 - b) dans le cas de marchés de durée indéterminée, l'acompte mensuel multiplié par 48.En cas de doute, la seconde base sera utilisée, à savoir b).
6. Lorsqu'un marché envisagé prévoit expressément des options, la base de l'évaluation sera la valeur totale du marché maximal autorisé, y compris les options.

¹Le présent accord s'applique à tout marché dont la valeur est estimée à un montant égal ou supérieur au seuil au moment de la publication de l'avis mentionné à l'article IX.

23. L'**ALENA** comporte également une disposition détaillée de manière semblable en ce qui concerne l'évaluation des marchés (article 1002, reproduit ci-après). L'article en question de l'**ALENA** a été incorporé par référence dans les accords CE-Mexique et AELE-Mexique, dans les deux cas, uniquement pour le Mexique. La **Directive des CE** énonce elle aussi des règles détaillées sur l'évaluation des marchés, à savoir l'article 9 intitulé "Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques".¹⁶

ALENA
Article 1002: Évaluation des marchés

1. Les Parties feront en sorte que leurs entités, quand elles détermineront si un marché est ou non visé par le présent chapitre, en calculent la valeur par application des paragraphes 2 à 7.
2. La valeur d'un marché sera estimée au moment de la publication d'un avis en conformité avec l'article 1010.
3. Dans le calcul de la valeur d'un marché, une entité tiendra compte de toutes les formes de rémunération, y compris les primes, les honoraires, les commissions et les intérêts.
4. En complément du paragraphe 1001 4), une entité ne pourra ni choisir une méthode d'évaluation, ni répartir les quantités à acquérir entre plusieurs marchés, dans l'intention de se soustraire aux obligations du présent chapitre.
5. Si la quantité à acquérir est telle que plus d'un marché soit conclu ou que des marchés soient passés par lots séparés, la base de l'évaluation sera:
 - a) la valeur réelle des marchés successifs similaires conclus au cours de l'exercice précédent ou des 12 mois précédents, rajustée, si cela est possible, en fonction des changements de quantité et de valeur prévus pour les 12 mois suivants; ou
 - b) la valeur estimative des marchés successifs qui seront conclus au cours de l'exercice ou des 12 mois suivant le marché initial.
6. Pour les marchés portant sur le bail ou la location, avec ou sans option d'achat, ou dans le cas de marchés qui n'indiqueront pas un prix total, la base de l'évaluation sera:
 - a) dans le cas des marchés à terme fixe, lorsque le terme sera d'au plus 12 mois, la valeur totale du marché pendant sa durée, ou, lorsque le terme dépassera 12 mois, la valeur totale du marché, y compris la valeur résiduelle estimative; ou
 - b) dans le cas des marchés à durée indéterminée, le paiement mensuel estimatif multiplié par 48.

Si l'entité ne sait pas si le marché s'étalera sur une durée déterminée ou indéterminée, elle calculera la valeur du marché en appliquant la méthode indiquée à l'alinéa b).
7. Lorsque la documentation relative à l'appel d'offres prescrit des options d'achat, la base de l'évaluation sera la valeur totale de l'achat maximal permis, comprenant toutes les options d'achat.

¹⁶ Les Accords européens ne sont pas mentionnés dans ce contexte, étant donné qu'ils n'énoncent pas de règles spécifiques en matière de procédure. Les dispositions relatives à la passation des marchés dans ces accords se limitent essentiellement à la non-discrimination. Cela peut tenir au fait que les pays avec lesquels les CE ont conclu ces accords se sont engagés à absorber progressivement l'acquis communautaire en matière de passation des marchés.

Directive 2004/18/CE

Article 9: Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics,
des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

1. Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

2. Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu à l'article 35, paragraphe 2, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché.

3. Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente directive.

4. Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

5. a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 7, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR pour les services et 1 million d'EUR pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 7, points a) et b).

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 7, la présente directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

6. Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

a) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à 12 mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à 12 mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;

b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

7. Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des 12 mois suivant le contrat initial;

b) soit la valeur estimée globale des contrats successifs passés au cours des 12 mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à 12 mois.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente directive.

8. Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

- a) pour les types de services suivants:
 - i) services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;
 - ii) services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;
 - iii) marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération;
- b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total:
 - i) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois: la valeur totale estimée pour toute leur durée;
 - ii) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à 48 mois: la valeur mensuelle multipliée par 48.

9. Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

24. D'autres accords ont tendance à être moins détaillés en ce qui concerne les principes d'évaluation, bien que beaucoup d'entre eux comportent des dispositions spécifiques sur la façon de calculer les valeurs de seuil (ajustement en cas d'inflation; conversion dans la monnaie nationale, etc.). L'accord entre la **Nouvelle-Zélande et Singapour** comprend également des dispositions spécifiques sur l'évaluation des marchés (article 50). Celui-ci reprend les paragraphes 1 à 3 et le paragraphe 6 de l'article II de l'AMP. L'accord **CE-Chili** (article 141, reproduit ci-après) comporte une clause anti-évitement et prévoit l'obligation de tenir compte de toutes les formes de rémunération dans le calcul de la valeur d'un marché.

Accord CE-Chili
Article 141: Règles d'évaluation

1. Les entités ne doivent pas scinder un marché public ni utiliser une autre méthode d'évaluation du marché public dans l'intention de se soustraire à l'application du présent titre lorsqu'elles déterminent si un marché public est couvert par les disciplines du présent titre, sous réserve des conditions définies aux Appendices 1 à 3 des annexes XI et XII.
2. En calculant la valeur d'un marché public, l'entité concernée doit prendre en considération toutes les formes de rémunération telles que les primes, rétributions, commissions et intérêts, ainsi que le montant total maximal autorisé, y compris les options, prévu par ce marché public.
3. Si la nature du marché public ne permet pas de calculer à l'avance sa valeur précise, l'entité concernée doit estimer cette valeur sur la base de critères objectifs.

25. On trouve d'autres exemples comme le paragraphe 1 de la section G de l'annexe 9.1 de l'accord **États-Unis-Chili** et le paragraphe 1 de l'Appendice 2 de l'annexe 15.2 de l'accord **République de Corée-Chili**, qui indiquent qu'il faut tenir compte de toutes les formes de rémunération lors de la détermination de la valeur des marchés et qui fournissent une liste illustrative. Les autres accords considérés ne comportent pas de dispositions spécifiques à cet égard.

Accord République de Corée-Chili
ANNEXE 15.2

APPENDICE 2

Valeurs de seuil

1. Dans le calcul de la valeur des marchés, les entités incluront tout marché dont la valeur est estimée comme étant inférieure aux valeurs pertinentes spécifiées dans les appendices respectifs des Parties figurant à l'annexe 15.1 du présent chapitre. Les entités incluront dans cette estimation la valeur maximale totale estimée du marché et de tous marchés en résultant pendant la durée desdits marchés, en tenant compte de toutes les options, primes, frais, commissions, intérêts et autres flux de revenus ou autres formes de rémunération prévus pour ce type de marché.

(...)

C. SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

26. Une bonne partie des accords comportent des dispositions spécifiques relatives aux spécifications techniques des marchandises et services qui font l'objet d'un marché, à savoir des caractéristiques telles que la qualité, les propriétés d'emploi ou les procédés ou méthodes de production. Ces dispositions établissent généralement que les spécifications techniques ne doivent pas créer des obstacles non nécessaires au commerce international.

27. Plusieurs accords incorporent par référence l'article VI de l'AMP (reproduit ci-après), à savoir les accords **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **CE-Mexique**, en ce qui concerne les CE, **AELE-Mexique**, en ce qui concerne l'AELE et l'Accord sur l'AELE. Outre le paragraphe 1 qui traite des spécifications techniques comme obstacles non nécessaires au commerce international, les paragraphes suivants portent sur la nécessité que les spécifications techniques soient exprimées en fonction des propriétés d'emploi du produit et fondées sur des normes internationales, s'il y a lieu (paragraphe 2), sur l'obligation d'éviter d'exiger ou de mentionner des marques de fabrique, des brevets, des fournisseurs et autres (paragraphe 3) et sur les effets d'empêchement de la concurrence qui découlent de l'avis d'une société sur l'établissement des spécifications.

AMP

Article VI: Spécifications techniques

1. Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou services qui vont faire l'objet d'un marché, telles 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, ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.
2. Les spécifications techniques prescrites par des entités contractantes seront, s'il y a lieu,
 - a) définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives; et
 - b) fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux¹, des normes nationales reconnues² ou des codes du bâtiment.
3. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.
4. Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, 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.

¹ Aux fins du présent accord, un règlement technique est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou d'un service ou les procédés et méthodes de production se rapportant à ce produit ou service, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

² Aux fins du présent accord, une norme est un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des services ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

28. L'article 1007 de l'**ALENA** (reproduit ci-après) porte sur les quatre questions traitées à l'article VI de l'AMP. Les accords CE-Mexique et AELE-Mexique – dans les deux cas uniquement pour le Mexique – incorporent cet article de l'ALENA par référence. L'article 9.7 de l'accord **États-Unis-Chili** répond au même modèle, mais il comporte un paragraphe additionnel qui stipule que "[p]our plus de certitude, le présent article ne vise pas à empêcher l'une des Parties à préparer, adopter ou appliquer des spécifications techniques en vue de promouvoir la conservation des ressources naturelles".

ALENA
Article 1007: Spécifications techniques

1. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.
2. Chacune des Parties fera en sorte que toute spécification technique prescrite par ses entités soit, s'il y a lieu,
 - a) définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives, et
 - b) fondée sur des normes internationales, des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment.
3. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques prescrites par ses entités n'exigent ni ne mentionnent de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché, et à condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.
4. Chacune des Parties fera en sorte que ses entités ne recherchent ni n'acceptent, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, de conseils susceptibles d'être utilisés dans l'établissement ou l'adoption de spécifications techniques visant un marché donné, de la part d'une personne pouvant retirer des avantages commerciaux du marché.

29. L'article 149 de l'accord **CE-Chili** et l'article 15.11 de l'accord **République de Corée-Chili** (reproduit ci-après), qui sont identiques, comportent également des dispositions détaillées relatives aux spécifications techniques. Ces articles reprennent des éléments clés qui figurent dans les dispositions de l'ALENA et de l'AMP mentionnées plus haut, si ce n'est qu'ils ne font pas référence expressément à l'interdiction d'accepter un avis sur les spécifications d'une personne ayant un intérêt dans le marché.

Accord République de Corée-Chili
Article 15.11: Spécifications techniques

1. Les spécifications techniques sont définies dans les avis, la documentation relative à l'appel d'offres ou la documentation complémentaire.
2. Chaque Partie fera en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles inutiles au commerce entre les Parties.
3. Les spécifications techniques prescrites par les entités seront:
 - a) définies en fonction des propriétés d'emploi et des critères de fonctionnement du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives; ainsi que
 - b) fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, ou, à défaut, sur des règlements techniques nationaux¹, des normes nationales reconnues² ou des codes du bâtiment.
4. Les dispositions du paragraphe 3 ne sont pas applicables si l'entité peut apporter la preuve objective que l'utilisation des spécifications techniques visées au paragraphe précité serait inefficace ou inappropriée en ce qui concerne la réalisation des objectifs légitimes poursuivis.
5. En tout état de cause, les entités prendront en considération les soumissions qui ne sont pas conformes aux spécifications techniques, mais qui satisfont à leurs exigences fondamentales et correspondent au but visé. La mention des spécifications techniques dans la documentation relative à l'appel d'offres comporte l'expression "ou l'équivalent".
6. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou de noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.
7. Le soumissionnaire supportera la charge de la preuve pour démontrer que sa soumission satisfait aux conditions essentielles.

¹ Aux fins du présent chapitre, un règlement technique est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou d'un service ou les procédés et méthodes de production se rapportant à ce produit ou service, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

² Aux fins du présent chapitre, une norme est un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des services ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un service, un procédé ou une méthode de production donnés.

30. La **Directive des CE** (article 23) établit également des règles détaillées sur cet aspect. Elle prévoit que les spécifications techniques doivent "permettre l'accès égal" et ne pas avoir "pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence". Elle encourage l'utilisation des normes européennes. Lorsqu'il est fait référence à une norme européenne ou, en l'absence d'une telle norme, à une norme nationale, il faut examiner les soumissions fondées sur des accords équivalents. Pour démontrer l'équivalence, il convient que les soumissionnaires soient autorisés à utiliser toute forme d'élément de preuve.

Directive 2004/18/CE
Article 23: Spécifications techniques

1. Les spécifications techniques telles que définies au point 1 de l'annexe VI figurent dans les documents du marché, tels que les avis de marché, le cahier des charges ou les documents complémentaires. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs.

2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques sont formulées:

a) soit par référence à des spécifications techniques définies à l'annexe VI et, par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux agréments techniques européens, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux, ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent";

b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché;

c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant, comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou à ces exigences fonctionnelles, aux spécifications citées au point a);

d) soit par une référence aux spécifications visées au point a) pour certaines caractéristiques et aux performances ou exigences fonctionnelles visées au point b) pour d'autres caractéristiques.

4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité de se référer aux spécifications visées au paragraphe 3, point a), ils ne peuvent pas rejeter une offre au motif que les produits et services offerts sont non conformes aux spécifications auxquelles ils ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Peut constituer un moyen approprié un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, d'établir des prescriptions en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ils ne peuvent rejeter une offre de travaux, de produits ou de services conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale, ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications visent les performances ou les exigences fonctionnelles qu'ils ont requises.

Dans son offre, le soumissionnaire est tenu de prouver, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur et par tout moyen approprié, que les travaux, produits ou services conformes à la norme répondent aux performances ou exigences fonctionnelles du pouvoir adjudicateur.

Peut constituer un moyen approprié un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

6. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs prescrivent des caractéristiques environnementales en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, telles que visées au paragraphe 3, point b), ils peuvent utiliser les spécifications détaillées ou, si besoin est, des parties de celles-ci, telles que définies par les écolabels européens, (pluri)nationaux, ou par tout autre écolabel pour autant:

- qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché,
- que les exigences du label soient développées sur la base d'une information scientifique,
- que les écolabels soient adoptés par un processus auquel toutes les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales, peuvent participer,
- et qu'ils soient accessibles à toutes les parties intéressées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les produits ou services munis de l'écolabel sont présumés satisfaire aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges; ils doivent accepter tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

7. Par "organismes reconnus" au sens du présent article, on entend les laboratoires d'essai, de calibrage, les organismes d'inspection et de certification, conformes aux normes européennes applicables.

Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

8. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4; une telle mention ou référence est accompagnée des termes "ou équivalent".

31. Les accords **Singapour-Australie** (article 5 du chapitre 06, reproduit ci-après), **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** (article 16.06), à la différence des accords mentionnés précédemment, énoncent des règles moins détaillées. Ils mettent l'accent uniquement sur la nécessité de ne pas créer des obstacles non nécessaires au commerce, c'est-à-dire de façon analogue au paragraphe 1 de l'article correspondant de l'AMP et de l'accord Corée-Chili ou au paragraphe 2 de l'ALENA (reproduit plus haut). Les accords **Australie-Nouvelle-Zélande** et **Nouvelle-Zélande-Singapour** ne contiennent pas d'article qui porte explicitement sur la question des spécifications techniques. Néanmoins, l'article 12:1 a) de l'accord Australie-Nouvelle-Zélande prévoit que les Membres doivent examiner la possibilité d'harmoniser les dispositions relatives à diverses questions, dont les spécifications techniques. L'article 46, paragraphe 2 d), de l'accord Nouvelle-Zélande-Singapour dispose que les Parties mettent sur pied "un mécanisme de coopération afin d'obtenir le plus haut niveau possible d'uniformité entre les spécifications et les normes contractuelles, techniques et de rendement [...]".

Accord Singapour-Australie
Article 5: Spécifications techniques

Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des biens ou services qui vont faire l'objet d'un marché ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce entre les Parties, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.

D. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS

32. Les accords examinés contiennent en général des dispositions prévoyant que les procédures d'appel d'offres doivent être appliquées de manière non discriminatoire et indiquant les types de méthodes de passation des marchés qui peuvent être utilisées. La procédure d'appel d'offres ouverte, selon laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner, est encouragée, d'autres procédures étant autorisées à certaines conditions et dans certaines circonstances. Comme pour d'autres dispositions, une grande partie des accords suivent soit l'approche de l'AMP soit celle de l'ALENA, qui sont très semblables; c'est le cas des accords suivants: **Japon-Singapour** (qui incorpore les articles VII, X et XV de l'AMP), **États-Unis-Singapour** (qui incorpore les articles VII, X et XV de l'AMP), de l'**ALENA**, des accords **CE-Mexique** (qui incorpore les articles VII, X et XV de l'AMP, pour les CE et les articles 1008, 1011 et 1016 de l'ALENA, pour le Mexique) et **AELE-Mexique** (qui incorpore les articles VII, X et XV de l'AMP, pour l'AELE et les articles 1008, 1011 et 1016 de l'ALENA, pour le Mexique) et de l'**AELE** (qui incorpore les articles VII, X et XV de l'AMP).

33. Ces accords prévoient expressément comme procédure standard le recours à la procédure d'appel d'offres ouvertes et autorisent, à certaines conditions et suivant certaines règles, l'utilisation de la procédure d'appel d'offres sélective selon laquelle les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire, et la procédure d'appel d'offres limitée selon laquelle le pouvoir adjudicateur s'adresse aux fournisseurs potentiels individuellement (voir les articles X et XV de l'AMP et les articles 1011 et 1016 de l'ALENA).

34. En ce qui concerne la procédure d'appel d'offres sélective, les entités contractantes doivent, afin de garantir une concurrence effective, inviter à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs étrangers. Les procédures et conditions de qualification ne doivent pas créer une discrimination à l'égard des fournisseurs des autres parties. L'article 1011 4) de l'ALENA prévoit en outre que, sur demande d'un fournisseur, une entité doit communiquer des renseignements concernant sa décision de ne pas inviter ou de ne pas admettre ce fournisseur à soumissionner.

35. En ce qui concerne la procédure d'appel d'offres limitée, les dispositions des accords susmentionnés limitent fortement les situations dans lesquelles cette méthode peut être utilisée, par exemple lorsque aucune soumission n'a été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, lorsque les soumissions déposées ont été concertées, lorsque le service ne peut être fourni que par un fournisseur particulier ou pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité.

AMP

Article VII: Procédures de passation des marchés

1. Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire et soient conformes aux dispositions des articles VII à XVI.
2. Les entités ne devront pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence.
3. Aux fins du présent accord:
 - a) La procédure d'appel d'offres ouverte est celle selon laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner.
 - b) La procédure d'appel d'offres sélective est celle selon laquelle, conformément au paragraphe 3 de l'article X et aux autres dispositions pertinentes du présent accord, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité.
 - c) La procédure d'appel d'offres limitée est celle selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées à l'article XV.

Article X: Procédures de sélection

1. Afin de garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives, les entités, pour chaque marché envisagé, inviteront à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties, compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés. Elles sélectionneront d'une façon loyale et non discriminatoire les fournisseurs admis à participer à ces procédures.
2. Les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés pourront sélectionner les fournisseurs qui seront invités à soumissionner parmi ceux qui figureront sur ces listes. Toute sélection donnera des chances équitables aux fournisseurs figurant sur les listes.
3. Les fournisseurs demandant à soumissionner pour un marché envisagé particulier seront autorisés à le faire et seront pris en considération à la condition, s'il s'agit de fournisseurs non encore qualifiés, que la procédure de qualification puisse être accomplie en temps voulu conformément aux articles VIII et IX. Le nombre des fournisseurs additionnels autorisés à soumissionner ne sera limité que par la nécessité de sauvegarder le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés.
4. Les demandes de participation à des procédures sélectives pourront être présentées par télex, télégramme ou télécopie.

Article XV: Appel d'offres limité

1. Les dispositions des articles VII à XIV, qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables dans les circonstances définies ci-après, à la condition que l'appel d'offres limité ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties ou de protection des producteurs ou des fournisseurs nationaux:
 - a) lorsque aucune soumission n'aura été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, ou lorsque les soumissions déposées auront été concertées ou ne seront pas en conformité avec les conditions essentielles de l'appel d'offres, ou émaneront de fournisseurs ne remplissant pas les conditions de participation prévues conformément au présent accord, pour autant toutefois que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées pour le marché qui sera adjugé;
 - b) lorsque, du fait qu'il s'agit de travaux d'art ou pour des raisons liées à la protection de droits exclusifs, tels que des droits de brevet ou de reproduction, ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant;
 - c) pour autant que cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu;

d) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur des pièces de rechange pour des fournitures déjà faites ou des installations déjà livrées, ou destinées à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur aboutirait à la livraison de matériel ou de services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec un matériel ou service déjà existant¹;

e) lorsqu'une entité passera un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat. Une fois que de tels contrats auront été exécutés, les marchés ultérieurs de produits ou de services seront assujettis aux dispositions des articles VII à XIV²;

f) lorsque des services de construction additionnels qui n'étaient pas inclus dans le marché initial mais qui correspondaient aux objectifs de la documentation relative à l'appel d'offres initial sont, à la suite de circonstances imprévisibles, devenus nécessaires pour achever la fourniture des services de construction décrits dans ledit marché, et lorsque l'entité doit adjudger des marchés portant sur les services de construction additionnels à l'entrepreneur fournissant les services de construction concernés parce que séparer les services de construction additionnels du marché initial lui causerait des difficultés pour des raisons techniques ou économiques ou la gênerait notablement. Toutefois, la valeur totale des marchés adjugés pour les services de construction additionnels ne pourra pas dépasser 50 pour cent du montant du marché principal;

g) pour de nouveaux services de construction consistant en la répétition de services de construction analogues qui sont conformes à un projet de base pour lequel un marché initial a été adjugé conformément aux articles VII à XIV et pour lequel l'entité a indiqué dans l'avis de marché envisagé concernant le service de construction initial que la procédure d'appel d'offres limité pourra être utilisée aux fins de l'adjudication des marchés pour ces nouveaux services de construction;

h) pour des produits achetés sur un marché de produits de base;

i) pour des achats effectués dans des conditions exceptionnellement avantageuses qui ne se présentent qu'à très court terme. La présente disposition vise à couvrir l'écoulement inhabituel de produits par des entreprises qui ne sont normalement pas fournisseurs, ou la cession d'avoirs d'entreprises en liquidation ou administration judiciaire. Elle n'est pas censée couvrir les achats courants effectués auprès de fournisseurs ordinaires;

j) dans le cas de marchés adjugés au lauréat d'un concours, à condition que le concours ait été organisé d'une manière conforme aux principes du présent accord, notamment en ce qui concerne la publication, au sens de l'article IX, d'une invitation, adressée aux fournisseurs dûment qualifiés, à participer à un tel concours, qui sera jugé par un jury indépendant, en vue de l'adjudication de marchés aux lauréats.

2. Les entités dresseront procès-verbal de chaque marché adjugé conformément aux dispositions du paragraphe 1. 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 celles des circonstances visées au présent article 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 prévues aux articles XVIII, XIX, XX et XXII.

¹ Il est entendu que le "matériel existant" comprend les logiciels dans la mesure où le marché initial de logiciels était couvert par l'Accord.

² Le développement original d'un produit ou service nouveau peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit ou service se prête à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. Il ne comprend pas la production ou la fourniture en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et développement.

ALENA

Article 1008: Procédures de passation des marchés

1. Chacune des Parties fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités:
 - a) soient appliquées de façon non discriminatoire, et
 - b) soient conformes au présent article et aux articles 1009 à 1016.
2. À cet égard, chacune des Parties fera en sorte que ses entités:
 - a) ne communiquent pas à un fournisseur des renseignements se rapportant à tel ou tel marché, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, et
 - b) ouvrent à tous les fournisseurs le même accès aux renseignements concernant un marché, au cours de la période précédant la publication de tout avis ou de toute documentation relative à l'appel d'offres.

Article 1011: Procédures d'appel d'offres sélectives

1. Pour assurer une concurrence optimale entre les fournisseurs des Parties dans les procédures d'appel d'offres sélectives, une entité devra, pour chaque marché, adresser au plus grand nombre possible de fournisseurs nationaux et de fournisseurs des autres Parties une invitation à soumissionner, dans la mesure compatible avec le fonctionnement efficace du système de passation des marchés.
2. Sous réserve du paragraphe 3, une entité qui tient des listes permanentes de fournisseurs qualifiés pourra choisir, parmi les fournisseurs inscrits sur ces listes, ceux qui seront invités à soumissionner. Lorsqu'elle procédera à la sélection, l'entité veillera à traiter équitablement les fournisseurs inscrits sur les listes.
3. Sous réserve de l'alinéa 1009 2) f), une entité autorisera à présenter une soumission à tout fournisseur qui aura demandé à participer au projet d'achat, et elle prendra en considération les soumissions ainsi reçues. Le nombre des fournisseurs additionnels autorisés à participer ne pourra être limité que par les impératifs d'efficacité du système de passation des marchés.
4. Toute entité qui n'invite pas ou n'admet pas un fournisseur à soumissionner devra, sur demande et dans les meilleurs délais, communiquer audit fournisseur tout renseignement pertinent concernant les motifs de sa décision.

Article 1016: Procédures d'appel d'offres limitées

1. Une entité d'une Partie pourra, dans les circonstances et sous réserve des conditions indiquées au paragraphe 2, utiliser des procédures d'appel d'offres limitées et déroger ainsi aux articles 1008 à 1015, à condition que ces procédures limitées ne soient pas utilisées dans le dessein de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre fournisseurs des autres Parties ou de protection des fournisseurs nationaux.
2. Une entité pourra utiliser les procédures d'appel d'offres limitées dans les circonstances et sous réserve des conditions suivantes, le cas échéant:
 - a) lorsque aucune soumission n'aura été déposée en réponse à un appel d'offres fait selon une procédure ouverte ou sélective, ou lorsque les soumissions déposées seront le résultat d'une collusion ou ne seront pas conformes aux conditions essentielles de l'appel d'offres, ou émaneront de fournisseurs ne remplissant pas les conditions de participation prévues conformément au présent chapitre, pour autant que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées pour le marché qui sera adjudgé;

b) lorsque, du fait qu'il s'agit de travaux d'art ou pour des raisons liées à la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs ou de renseignements de nature exclusive, ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant;

c) dans la mesure où cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou les services en temps voulu;

d) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur le remplacement de pièces ou la prestation de services continus à l'égard de fournitures, de services ou d'installations déjà livrés, ou visant à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur obligerait l'entité à acheter des équipements ou des services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec des équipements ou des services déjà existants, y compris les logiciels, dans la mesure où l'achat initial s'inscrit dans le cadre du présent chapitre;

e) lorsqu'une entité achètera un prototype ou un produit ou un service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un marché particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce marché. Une fois que de tels marchés auront été exécutés, les achats ultérieurs de produits ou de services seront assujettis aux articles 1008 à 1015. Le développement original d'un produit nouveau pourra englober une production limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit se prête à une production en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. Il ne comprendra pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à recouvrer les frais de recherche et développement;

f) lorsqu'il s'agira de produits achetés sur un marché de produits de base;

g) lorsqu'il s'agira d'achats à des conditions exceptionnellement avantageuses valables pour de très courtes périodes, comme les aliénations inhabituelles effectuées par des entreprises qui ne sont pas ordinairement des fournisseurs ou la vente d'actifs d'entreprises en liquidation ou sous séquestre, mais à l'exclusion des achats courants effectués auprès de fournisseurs habituels;

h) lorsqu'il s'agira d'un marché devant être adjugé au lauréat d'un concours de conception architecturale, à condition

i) que le concours soit organisé d'une manière compatible avec les principes énoncés dans le présent chapitre, notamment en ce qui concerne la publication, à l'intention de fournisseurs dûment qualifiés, d'une invitation à y participer,

ii) qu'il soit organisé en vue de l'adjudication du marché de conception au lauréat, et

iii) qu'il soit jugé par un jury impartial; et

i) lorsqu'une entité a besoin de services de consultation sur des questions de nature confidentielle dont on pourrait raisonnablement s'attendre que la divulgation compromette des informations confidentielles du gouvernement, cause des perturbations économiques ou soit d'une autre façon semblable contraire à l'intérêt public.

3. Une entité dressera procès-verbal de chaque marché qu'elle aura adjugé en vertu du paragraphe 2. Chaque procès-verbal mentionnera le nom de l'entité acheteuse, la valeur et la nature des produits ou services achetés, ainsi que leur pays d'origine, et contiendra un exposé indiquant celles des conditions et circonstances du paragraphe 2 qui auront justifié le recours à une procédure d'appel d'offres limitée. Ce procès-verbal sera conservé par l'entité concernée; il sera à la disposition des autorités compétentes de la Partie dont elle relève, qui les utiliseront au besoin en vertu des articles 1017 et 1019 ou du chapitre 20 (Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends).

36. La **Directive des CE**, bien que contenant des éléments clés des accords susmentionnés, diffère sur certains points. Elle prévoit (article 28) l'utilisation de procédures ouvertes ou restreintes. Les procédures restreintes ont des ressemblances avec les "procédures d'appel d'offres sélectives" mais sont définies différemment. Elles sont définies comme "les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre". L'article en question prévoit également la possibilité de recourir à des procédures négociées, mais seulement dans des cas et circonstances spécifiques, conformément aux dispositions des articles 30 (dans les cas où il y a publication préalable d'un avis de marché) et 31 (dans les cas où il n'y a pas de publication préalable d'un avis de marché) de la Directive.¹⁷ En outre, il est possible de recourir à un autre type de procédure appelée "dialogue compétitif"¹⁸, dans des circonstances spécifiques (conformément aux dispositions de l'article 29). Ces circonstances ont trait aux marchés particulièrement complexes, dans la mesure où les procédures ouvertes ou restreintes ne permettraient pas d'attribuer le marché. De plus, l'article 44 de la Directive prévoit des règles de procédure relatives au choix des participants invités à soumissionner. Par exemple, il établit un nombre minimum de candidats devant être invités dans les procédures restreintes et négociées et le nombre d'invitation doit être "suffisant pour assurer une concurrence réelle".

Directive 2004/18/CE

Article 28: Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif

Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. Dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif. Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché.

Article 29: Dialogue compétitif

1. Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif.

¹⁷ L'article premier de la Directive des CE définit les procédures négociées comme "les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux". Le recours aux procédures négociées sans la publication d'un avis de marché (article 31) ressemble à ce qui dans d'autres accords s'appelle "procédures d'appel d'offres limitées". Voir aussi la section J sur la négociation pour certaines questions connexes.

¹⁸ L'article premier de la Directive définit le dialogue compétitif comme "une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre".

3. Les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

5. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

6. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue.

Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

7. Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53.

À la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

8. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue.

Article 30: Cas justifiant le recours à la procédure négociée avec
publication d'un avis de marché

1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants:

a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 45 à 52 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;

b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;

d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1.

3. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

Article 31: Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

- 1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:
 - a) lorsque aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa demande;
 - b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé;
 - c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- 2) dans le cas des marchés publics de fournitures:
 - a) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;
 - b) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;
 - c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
 - d) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales;
- 3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;
- 4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou
- lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;

b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

37. L'accord **CE-Chili** prévoit que les entités procèdent à l'attribution non discriminatoire de leurs marchés publics, selon leurs procédures nationales, par voie d'appel d'offres ouverte ou sélective (article 143). L'article 144 prévoit certaines disciplines à respecter dans le cas de procédures d'appel d'offres sélectives, comme l'obligation de sélectionner un nombre maximal de fournisseurs nationaux et de fournisseurs de l'autre partie, et d'effectuer cette sélection de façon juste et non discriminatoire, sur la base des critères mentionnés dans l'avis de projet de marché ou dans le cahier des charges. Cet accord permet aux parties de recourir à une procédure autre que la procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective dans des cas particuliers et seulement à certaines conditions (énoncées à l'article 145). Ces conditions correspondent en partie à celles énoncées à l'article XV de l'AMP ("Appel d'offres limité").

Accord CE-Chili
Article 143: Procédures d'attribution

1. Les entités procèdent à l'attribution non discriminatoire de leurs marchés publics, selon leurs procédures nationales, par procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective, conformément au présent titre.

2. Aux fins du présent titre, on entend par:

a) "procédure d'appel d'offres ouverte" celle dans laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner;

b) "procédure d'appel d'offres sélective" celle dans laquelle, conformément à l'article 144 et à d'autres dispositions pertinentes du présent titre, seuls les fournisseurs satisfaisant aux critères de qualification fixés par les entités sont invités à soumissionner.

3. Toutefois, dans les cas particuliers et dans le strict respect des conditions prévues par l'article 145, les entités peuvent avoir recours à une procédure autre qu'une procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective au sens du paragraphe 1 du présent article, auquel cas les entités peuvent décider de ne pas publier d'avis de projet de marché, consulter les fournisseurs à propos de leur décision et négocier les termes du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

4. Les entités traiteront les soumissions de manière confidentielle. En particulier, elles ne donneront pas d'information destinée à aider des participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants.

Article 144: Appel d'offres sélectif

1. Dans un appel d'offres sélectif, les entités peuvent, pour assurer le fonctionnement efficace de la procédure, limiter le nombre de fournisseurs qualifiés qu'elles invitent à soumissionner, à condition qu'elles sélectionnent le nombre maximal de fournisseurs nationaux et de fournisseurs de l'autre partie, et que leur sélection s'effectue de façon juste et non discriminatoire, sur la base des critères mentionnés dans l'avis de projet de marché ou dans le cahier des charges.

2. Les entités qui tiennent des listes permanentes de fournisseurs qualifiés peuvent sélectionner les fournisseurs qui sont invités à soumissionner parmi ceux qui figurent sur ces listes, conformément aux conditions prévues par l'article 146, paragraphe 7. Toute sélection donnera des chances équitables aux fournisseurs figurant sur les listes.

Article 145: Autres procédures

1. Pour autant que la procédure d'appel d'offres ne soit pas utilisée pour éviter la concurrence maximale possible ou pour protéger des fournisseurs nationaux, les entités sont autorisées à attribuer des marchés par des moyens autres qu'une procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective, dans les circonstances suivantes et, le cas échéant, aux conditions suivantes:

- a) lorsque aucune soumission ou demande de participation appropriée n'a été déposée en réponse à un appel d'offres antérieur, pour autant que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées;
- b) lorsque, pour des raisons techniques ou artistiques ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, l'exécution du marché ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé et qu'aucune autre solution raisonnable n'existe;
- c) lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les biens ou services en temps voulu;
- d) lorsqu'il s'agit de livraisons additionnelles de marchandises et de services effectuées par le fournisseur initial et qu'un changement de fournisseur obligerait l'entité à acquérir un équipement ou des services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec un équipement, un logiciel ou un service déjà existant;
- e) lorsqu'une entité passe un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat;
- f) lorsque des services additionnels, qui n'étaient pas inclus dans l'appel d'offres initial mais entraient dans les objectifs du cahier des charges original, sont devenus nécessaires, pour des raisons imprévisibles, pour achever la fourniture des services qui y sont décrits. Toutefois, la valeur totale des marchés adjugés pour les services de construction additionnels ne pourra pas dépasser 50 pour cent du montant du marché principal;
- g) lorsqu'il s'agit de nouveaux services consistant à répéter des services similaires et pour lesquels l'entité a indiqué dans l'avis relatif aux services initiaux que des procédures d'appel d'offres autres qu'ouvertes ou sélectives pourraient être utilisées dans l'attribution des marchés concernant ces nouveaux services;

h) lorsqu'il s'agit de marchés attribués au lauréat d'un concours, à condition que celui-ci ait été organisé conformément aux principes du présent titre; si plusieurs candidats ont été retenus, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;

i) lorsqu'il s'agit de biens achetés à un prix établi sur un marché de produits de base et d'achats de biens effectués à des conditions exceptionnellement avantageuses qui ne se présentent qu'à très brève échéance, dans le cadre de ventes inhabituelles et non lors d'achats courants effectués auprès de fournisseurs ordinaires.

2. Les parties doivent veiller à ce que les entités, lorsque les circonstances visées au paragraphe 1 les contraignent à avoir recours à une procédure autre que les procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, consignent dans un registre les motifs particuliers justifiant l'attribution du marché en vertu dudit paragraphe ou établissent un compte rendu écrit précisant lesdits motifs.

38. L'approche adoptée dans l'accord **États-Unis-Chili** est moins détaillée. L'article 9.9 prévoit que les marchés soient attribués sur la base d'un appel d'offres ouvert, et précise que, pourvu que cela n'ait pas pour objectif d'éviter la concurrence ou de protéger les fournisseurs nationaux, d'autres moyens peuvent être utilisés pour attribuer des marchés, dans certains cas. Cet article comporte une liste des cas en question, qui comprend certaines des conditions énumérées à l'article XV ("Appel d'offres limité") de l'AMP. Le paragraphe 3 de cet article prévoit également qu'"[u]ne entité maintiendra un registre ou rédigera un rapport justifiant de manière spécifique les raisons pour lesquelles un marché a été accordé par d'autres moyens que la procédure d'appel d'offres ouverte". L'accord entre la **République de Corée** et le **Chili** va dans le même sens (article 15.6, reproduit ci-après).

Accord République de Corée-Chili
Article 15.6: Procédures de passation des marchés

1. Les entités procèdent à la passation de leurs marchés publics, selon leurs procédures nationales respectives, par procédure d'appel d'offres ouverte, conformément au présent chapitre et d'une façon non discriminatoire.

2. À condition que la procédure d'appel d'offres n'ait pas pour objectif d'éviter la concurrence ou de protéger les fournisseurs nationaux, les entités seront autorisées à passer des marchés par d'autres moyens que les procédures d'appel d'offres ouvertes dans les cas suivants et selon les conditions suivantes, lorsque cela est applicable:

a) lorsque aucune soumission n'est conforme aux conditions essentielles de la documentation relative à l'appel d'offres établies lors d'une précédente procédure de passation de marchés, notamment en ce qui concerne les conditions de participation, à condition que les conditions de l'appel d'offres initial ne soient pas substantiellement modifiées pour le marché qui sera adjugé;

b) lorsque, du fait qu'il s'agit de travaux d'art, ou pour des raisons liées à la protection de droits exclusifs, tels que des droits de brevets ou de reproduction, ou des renseignements de nature confidentielle, ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant;

c) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur le remplacement de pièces ou la fourniture de services continus à l'égard d'équipements, de logiciels, de services ou d'installations existants, ou visant à les compléter, et qu'un changement de fournisseur aboutirait à la livraison de produits ou de services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec les équipements, logiciels, services ou installations existants;

d) lorsqu'il s'agit de produits achetés à un prix établi sur un marché de produits de base et d'achats de produits effectués à des conditions exceptionnellement avantageuses qui ne se présentent qu'à très court terme, dans le cadre d'écoulements inhabituels et non lors d'achats courants effectués auprès de fournisseurs ordinaires;

e) lorsqu'une entité passera un marché pour se procurer des prototypes ou un produit ou service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat;

f) lorsque des services de construction additionnels, qui n'étaient pas inclus dans le marché initial mais qui correspondaient aux objectifs de la documentation relative à l'appel d'offres initial devenus nécessaires, à la suite de circonstances imprévisibles, pour achever la fourniture des services de construction décrits dans ledit marché, à condition que la valeur totale des marchés adjugés pour les services de construction additionnels ne dépasse pas 50 pour cent du montant du marché principal; ou

g) pour autant que cela soit strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements ne pouvant être prévus par l'entité, la procédure d'appel d'offres ouverte n'a pas permis d'obtenir les produits ou services en temps voulu et que l'utilisation d'une telle procédure causerait un dommage grave à l'entité ou à la Partie concernée, ou compromettrait la capacité de l'entité d'exécuter ses programmes. Cette exception ne peut être utilisée en raison d'un manque de planification à l'avance ou de préoccupations concernant le montant des fonds dont dispose une entité au cours d'une période déterminée.

3. Les Parties doivent veiller à ce que les entités, lorsque les circonstances visées au paragraphe 2 les contraignent à avoir recours à une procédure autre que les procédures d'appel d'offres ouvertes, consignent dans un registre les motifs particuliers justifiant l'attribution du marché ou établissent un compte rendu écrit précisant lesdits motifs.

39. Les règles énoncées dans l'accord entre **Singapour et l'Australie** sont elles aussi relativement générales. L'article 6 prévoit l'utilisation de procédures d'appel d'offres ouvertes ou limitées. Toutefois, contrairement aux accords mentionnés plus haut, les conditions applicables ne sont pas précisées. Cet article stipule, entre autres choses, que les procédures utilisées doivent prévoir des mécanismes visant à éliminer les conflits d'intérêts et à rentabiliser l'investissement et être menées de façon équitable et non discriminatoire. L'accord **Nouvelle-Zélande-Singapour** (article 52) prévoit que les procédures de passation des marchés doivent être conformes aux Principes non contraignants de l'APEC concernant les marchés publics, et aux bonnes pratiques commerciales. Il stipule que "[d]ans le cas d'un appel d'offres ouvert, les invitations à soumissionner doivent être annoncées par un moyen accessible au public; dans le cas d'une invitation à soumissionner sélective, les appels préalables annoncés à des fins de préqualification ou d'enregistrement de manifestation d'intérêt doivent être annoncés par un moyen accessible au public". Les accords **Australie-Nouvelle-Zélande**, **Chili-El Salvador** et **Chili-Costa Rica** ne prévoient pas de règles détaillées quant aux types de méthodes de passation des marchés qui peuvent être utilisées. La clause 2 f) de l'accord **Australie-Nouvelle-Zélande** stipule que les parties doivent "appliquer de la façon la plus simple et la plus cohérente possible les politiques, pratiques et procédures relatives à la passation des marchés". Les accords **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** disposent que lorsque les procédures d'appel d'offres ne sont pas appliquées (autrement dit, dans les cas de passation directe de marchés), les parties doivent "adopt[er] les mesures nécessaires raisonnablement à leur portée" pour "ne pas appliquer de mesure discriminatoire, arbitraire ou qui aurait pour effet de refuser à un fournisseur de l'autre Partie un accès équivalent ou une même opportunité" (voir les articles 16.04 2) et 16.03 1) f)).

E. QUALIFICATION DES FOURNISSEURS

40. Plusieurs accords incorporent par référence les dispositions de l'AMP en matière de qualification des fournisseurs (article VIII), à savoir les accords suivants: **Japon-Singapour, États-Unis-Singapour, AELE, CE-Mexique**, en ce qui concerne les CE et **AELE-Mexique** en ce qui concerne l'AELE. Les dispositions de l'**ALENA** concernant la qualification des fournisseurs (article 1009, reproduit ci-après), qui sont similaires, en général, à celles de l'AMP, ont été incorporées par référence par le Mexique dans les accords CE-Mexique et AELE-Mexique.

41. Ces dispositions prévoient une non-discrimination entre les fournisseurs des autres parties et entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs des autres parties. Elles prévoient également que les parties feront en sorte que les procédures de qualification soient conformes à une série de principes. Certaines ont trait à la transparence, comme l'obligation de publier les conditions aux procédures d'appel d'offres suffisamment à l'avance pour permettre aux fournisseurs d'engager et d'achever les procédures de qualification. Une autre disposition prévoit que les conditions régissant la qualification des fournisseurs doivent être limitées à celles qui sont indispensables pour assurer l'exécution du marché. L'article VIII de l'AMP ou l'article 1009 de l'ALENA prévoient également, entre autres choses, que les entités qui tiennent une liste permanente de fournisseurs qualifiés doivent faire en sorte que les fournisseurs puissent en tout temps demander à être qualifiés, et que tout fournisseur intéressé soit informé de leur décision.

ALENA

Article 1009: Qualification des fournisseurs

1. En complément de l'article 1003, aucune entité d'une Partie ne pourra, dans la qualification des fournisseurs, faire de discrimination ni entre fournisseurs des autres Parties ni entre fournisseurs nationaux et fournisseurs des autres Parties.
2. Les procédures de qualification suivies par une entité seront conformes aux dispositions suivantes:
 - a) les conditions de participation des fournisseurs aux procédures d'appel d'offres seront publiées assez longtemps à l'avance pour permettre aux fournisseurs d'engager et, dans la mesure où cela est compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés, d'accomplir les formalités de qualification;
 - b) les conditions de participation des fournisseurs aux procédures d'appel d'offres, y compris les garanties financières, les qualifications techniques et les renseignements nécessaires pour établir leur capacité financière, commerciale et technique, ainsi que la vérification des qualifications, se limiteront aux conditions qui sont essentielles pour s'assurer que le fournisseur est en mesure d'exécuter le marché visé;
 - c) la capacité financière, commerciale et technique d'un fournisseur sera évaluée à la fois en fonction des activités commerciales mondiales de ce fournisseur, y compris ses activités sur le territoire de la Partie du fournisseur, et en fonction de ses activités, le cas échéant, sur le territoire de la Partie dont relève l'entité acheteuse;
 - d) la procédure de qualification des fournisseurs et le temps nécessaire à cet effet ne seront pas utilisés par une entité pour exclure d'une liste de fournisseurs les fournisseurs d'une autre Partie ou empêcher qu'ils soient pris en considération pour un achat particulier;
 - e) une entité reconnaîtra comme fournisseurs qualifiés les fournisseurs d'une autre Partie qui rempliront les conditions de participation à tel ou tel marché;
 - f) les fournisseurs d'une autre Partie qui demandent à soumissionner pour un marché et qui ne sont pas encore qualifiés, seront également pris en considération, à condition que les procédures de qualification puissent être accomplies en temps voulu;

g) une entité qui tient des listes permanentes de fournisseurs qualifiés fera en sorte que les fournisseurs puissent demander leur qualification à tout moment et que tous les fournisseurs qualifiés qui en feront la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court; les fournisseurs qualifiés qui auront été inscrits sur une liste permanente seront informés de l'annulation de cette liste ou de leur exclusion;

h) lorsqu'un fournisseur qui n'est pas encore qualifié demande à participer à un marché après la publication d'un avis conformément à l'article 1010, l'entité engagera la procédure de qualification dans les meilleurs délais;

i) tout fournisseur ayant demandé à devenir fournisseur qualifié sera avisé par l'entité concernée de la décision prise à ce sujet; et

j) toute entité qui rejette la demande de qualification d'un fournisseur ou qui cesse de reconnaître la qualification d'un fournisseur devra, sur demande et dans les meilleurs délais, communiquer au fournisseur tous renseignements pertinents concernant les motifs de sa décision.

3. Chacune des Parties:

a) fera en sorte que ses entités appliquent une seule procédure de qualification, si ce n'est qu'une entité pourra recourir à des procédures différentes ou additionnelles à condition d'en établir la nécessité et d'être prête à le démontrer, sur demande d'une autre Partie; et

b) s'efforcera de réduire au minimum les différences entre les procédures de qualification appliquées par ses entités.

4. Aucune disposition des paragraphes 2 et 3 n'empêchera l'exclusion d'un fournisseur pour des motifs tels que la faillite ou de fausses déclarations.

42. L'accord **États-Unis-Chili** énonce également des règles détaillées en ce qui concerne les procédures de qualification des fournisseurs (article 9.8: "Conditions de participation", reproduit ci-après). Celles-ci prévoient que les entités publient un avis suffisamment tôt pour que les fournisseurs intéressés aient le temps de préparer et de soumettre leurs demandes de participation, lorsqu'ils doivent satisfaire aux exigences d'enregistrement, de qualification ou à toute autre condition de participation à une passation de marchés (paragraphe 1). L'article en question établit également une série de disciplines, dont une bonne partie est similaire aux dispositions correspondantes de l'ALENA ou de l'AMP comme le fait de limiter l'étendue des conditions éventuelles aux exigences indispensables, et d'amorcer dans les meilleurs délais la procédure de qualification pour permettre à un fournisseur de figurer sur une liste. S'il n'est pas détaillé à certains égards (à savoir, qu'il ne comporte pas de disposition spécifique en matière de non-discrimination pour ces types de procédures), l'accord États-Unis-Chili contient des dispositions relativement spécifiques sur d'autres questions. Par exemple, l'article 9.8, paragraphe 4, proscrit expressément les prescriptions établissant, comme condition de participation, qu'un fournisseur ait obtenu des marchés d'une entité de la partie concernée ou qu'il ait des antécédents professionnels sur le territoire de ladite partie. Le paragraphe 5 prévoit que, lorsqu'une entité rejette une demande de qualification ou ne reconnaît plus la qualification d'un fournisseur, elle doit transmettre dans les moindres délais, à la demande du fournisseur intéressé, une explication écrite des motifs. Les dispositions énoncées à l'article 15.7 de l'accord entre la **République de Corée** et le **Chili** ("Conditions de la participation des fournisseurs aux marchés publics") correspondent aux paragraphes 1, 2 a), 2 b), 3 et à une partie du paragraphe 4 de l'accord États-Unis-Chili. Bien qu'il soit libellé différemment, l'article 146 de l'accord **CE-Chili** ("Qualification des fournisseurs", reproduit ci-après) comporte également des dispositions détaillées en matière de qualification des fournisseurs, en rapport avec des questions similaires.

Accord États-Unis-Chili
Article 9.8: Conditions de participation

1. Lorsqu'une entité demande aux fournisseurs de satisfaire aux exigences d'enregistrement, de qualification ou à toute autre exigence ou conditions de participation ("conditions de participation") afin qu'ils participent à une passation de marchés, elle publiera un avis invitant les fournisseurs à soumissionner. L'entité publiera l'avis suffisamment tôt pour que les fournisseurs intéressés aient le temps de préparer et de soumettre leurs demandes de participation et pour qu'elle-même ait le temps d'évaluer et de rendre ses déterminations en fonction des demandes.
2. Chacune des entités:
 - a) limitera les conditions de participation à celles qui sont essentielles pour faire en sorte que le fournisseur potentiel ait les moyens juridiques, techniques et financiers de répondre aux exigences et aux spécifications techniques du marché;
 - b) basera ses décisions en matière de qualification uniquement sur les conditions de participation qui ont été énoncées à l'avance dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres; et
 - c) reconnaîtra la qualification de tous les fournisseurs de l'autre Partie qui rempliront les conditions de participation visées par le présent chapitre.
3. Les entités pourront rendre publiques les listes des fournisseurs qualifiés pour participer aux marchés. Lorsque l'une des entités demande aux fournisseurs d'intégrer cette liste afin de participer à un marché, et qu'un fournisseur qui n'est pas encore qualifié demande à s'inscrire sur la liste, l'entité amorcera dans les meilleurs délais la procédure de qualification et permettra au fournisseur de participer au marché, pourvu qu'il ait assez de temps pour mener les procédures au cours de la période définie pour l'appel d'offres.
4. Aucune entité ne pourra imposer à un fournisseur qui souhaite obtenir un marché qu'il ait préalablement obtenu un ou plusieurs marchés d'une entité de cette Partie ou qu'il ait des antécédents professionnels sur le territoire de ladite Partie. Une entité jugera les capacités financières et techniques d'un fournisseur sur la base de son activité commerciale générale, notamment de celle qu'il exerce sur son territoire et de celle, le cas échéant, qu'il exerce sur le territoire de l'entité.
5. Une entité informera, dans les moindres délais, tout fournisseur qui a soumis une demande de qualification de sa décision de le qualifier ou non. L'entité qui rejette une demande de qualification ou qui ne reconnaît plus la qualification d'un fournisseur transmettra dans les moindres délais, à la demande du fournisseur intéressé, une explication écrite des motifs de ce rejet.
6. Aucune disposition du présent article n'empêchera une entité d'exclure un fournisseur d'un marché pour des motifs tels que la faillite ou les fausses déclarations.

Accord CE-Chili

Article 146: Qualification des fournisseurs

1. Les conditions de participation aux appels d'offres sont limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que le fournisseur potentiel est apte à satisfaire aux conditions de l'appel d'offres et à exécuter le marché en question.
2. Dans la qualification des fournisseurs, les entités ne font pas de discrimination entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs de l'autre partie.
3. Une partie ne peut poser comme condition à la participation d'un fournisseur à un marché qu'il se soit vu précédemment attribuer un ou plusieurs marchés passés par une entité de cette partie ou qu'il ait une expérience professionnelle préalable sur le territoire de cette partie.
4. Les entités reconnaissent comme fournisseurs qualifiés tous les fournisseurs qui remplissent les conditions de participation prévues pour un projet de marché particulier. Elles fondent leurs décisions de qualification sur les seules conditions de participation qui ont été spécifiées à l'avance dans des avis ou des cahiers des charges.
5. Aucune disposition du présent titre n'empêche l'exclusion d'un fournisseur pour des motifs tels que la faillite, de fausses déclarations ou une condamnation pour une infraction grave telle que la participation à des organisations criminelles.
6. Les entités communiquent rapidement aux fournisseurs qui ont demandé à être qualifiés leur décision concernant leur qualification ou non-qualification.

Listes permanentes de fournisseurs qualifiés

7. Les entités peuvent établir des listes permanentes de fournisseurs qualifiés, à condition de respecter les règles suivantes:
 - a) les entités qui établissent des listes permanentes doivent veiller à ce que les fournisseurs puissent demander à tout moment à être qualifiés;
 - b) tout fournisseur ayant demandé à devenir fournisseur qualifié se voit notifier par les entités concernées la décision prise à ce sujet;
 - c) les fournisseurs demandant à participer à un projet de marché qui ne figurent pas sur la liste permanente de fournisseurs qualifiés doivent avoir la possibilité de prendre part à l'appel d'offres en présentant les certifications équivalentes et d'autres moyens de preuve exigés des fournisseurs inscrits sur la liste;
 - d) si une entité exerçant une mission de service public utilise un avis informant de l'existence d'une liste permanente comme un avis de projet de marché, conformément à l'article 147, paragraphe 7, les fournisseurs candidats à une participation qui ne figurent pas sur la liste permanente de fournisseurs qualifiés sont également pris en considération pour le marché, pour autant qu'il y ait suffisamment de temps pour mener la procédure de qualification à son terme. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice doit engager rapidement les procédures de qualification et la durée nécessaire à ce processus ne doit pas être utilisée pour maintenir des fournisseurs de l'autre partie hors de la liste.

43. L'accord entre **Singapour et l'Australie** comporte des dispositions relatives à la qualification des fournisseurs (article 7: "Enregistrement et qualification des fournisseurs", reproduit ci-après), même si celles-ci sont beaucoup moins détaillées que celles qui figurent dans les accords mentionnés plus haut. Elles portent essentiellement sur la non-discrimination et sur les conditions relatives aux listes permanentes de fournisseurs enregistrés ou qualifiés.

Accord Singapour-Australie
Article 7: Enregistrement et qualification des fournisseurs

1. Dans le processus d'enregistrement et/ou de qualification des fournisseurs, les entités d'une Partie n'exerceront pas de discrimination entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs de l'autre Partie.
2. Les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres ouvertes ne seront pas moins favorables aux fournisseurs de l'autre Partie qu'aux fournisseurs nationaux.
3. La procédure d'enregistrement et/ou de qualification des fournisseurs et le temps nécessaire à cet effet ne seront pas utilisés pour écarter les fournisseurs de l'autre Partie d'une liste de fournisseurs ou empêcher qu'ils soient pris en considération à l'occasion d'un marché particulier.
4. Les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs enregistrés et/ou qualifiés feront en sorte que les fournisseurs puissent en tout temps demander à être enregistrés ou qualifiés et que tous les fournisseurs enregistrés et qualifiés soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court.

44. La **Directive des CE** comporte des dispositions détaillées en ce qui concerne les critères de sélection qualitative, qui, compte tenu de leur niveau de spécificité et du niveau d'intégration envisagé, ne ressemblent pas aux dispositions figurant en général dans les autres AIE (voir les articles 45 à 52). Par exemple, l'article 48 ("Capacités techniques et/ou professionnelles") comporte une liste des types de justifications des capacités techniques du fournisseur qui peuvent être demandées dans l'avis ou l'invitation à soumissionner, par exemple, une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années et une description des mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la qualité.

45. Les accords **Chili-Costa Rica, Chili-El Salvador, Australie-Nouvelle-Zélande et Nouvelle-Zélande-Singapour** ne comportent pas de dispositions spécifiques en matière de qualification des fournisseurs. Comme cela a été souligné dans la section précédente, les disciplines relatives aux procédures d'appel d'offres (par exemple, l'article 52 de l'accord Nouvelle-Zélande-Singapour), quoique de façon plus générale, peuvent néanmoins influencer sur les mesures prises par les entités en matière de qualification.

F. RÈGLES DE PROCÉDURE CONCERNANT LES INVITATIONS À SOUMISSIONNER

46. De nombreux AIE comportent des dispositions spécifiques relatives aux procédures à suivre avant le processus effectif d'appel d'offres, par exemple, l'obligation pour les parties de publier une invitation à soumissionner sous la forme d'un avis d'appel d'offres dans une publication accessible au public, afin d'informer les fournisseurs intéressés de la possibilité de marché.

47. Les accords **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **AELE-Mexique**, dans le cas de l'AELE, **CE-Mexique**, dans le cas des CE et l'Accord de l'AELE incorporent par référence l'article IX de l'AMP ("Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés", reproduit ci-après). Les dispositions pertinentes sont analogues à celles de l'article 1010 de l'ALENA ("Invitation à participer"), qui a été incorporé par référence dans les accords CE-Mexique et AELE-Mexique, dans les deux cas pour le Mexique uniquement.

48. Outre l'obligation de faire paraître une invitation à soumissionner, les dispositions de ces AIE prévoient, pour les entités du gouvernement central, que cette invitation prenne la forme d'un avis de projet de marché. Les éléments d'information que ces avis doivent contenir comprennent le type et la quantité des services devant faire l'objet du marché, les procédures d'attribution qui seront appliquées; l'énoncé des conditions de caractère économique, technique ou autre; les types de documents ou de renseignements demandés aux fournisseurs; etc. Les accords prévoient le plus souvent que les entités des gouvernements sous-centraux peuvent, au lieu de l'avis de projet de marché, utiliser un avis de marché programmé ou envisagé. Celui-ci doit comporter au moins une partie des éléments d'information requis pour les entités de l'administration centrale. Les dispositions prévoient aussi, en général, des procédures spécifiques dans le cadre desquelles un avis concernant un système de qualification est utilisé pour l'invitation à soumissionner, de même que lorsque des entités tiennent des listes permanentes de fournisseurs qualifiés, dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives. Les parties doivent également indiquer si la passation de marché est visée par les dispositions de l'AIE.

AMP

Article IX: Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés

1. Conformément aux paragraphes 2 et 3, les entités feront paraître une invitation à soumissionner pour tous les marchés envisagés, sauf disposition contraire de l'article XV (appel d'offres limité). Cet avis paraîtra dans la publication appropriée qui est indiquée à l'Appendice II.

2. L'invitation à soumissionner pourra prendre la forme d'un avis de projet de marché, décrit au paragraphe 6.

3. Les entités énumérées aux annexes 2 et 3 pourront utiliser pour l'invitation à soumissionner un avis de marché programmé, décrit au paragraphe 7, ou un avis concernant un système de qualification, décrit au paragraphe 9.

4. Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis de marché programmé inviteront ensuite tous les fournisseurs qui se seront déclarés intéressés à le confirmer sur la base de renseignements qui comprendront au moins ceux qui sont énumérés au paragraphe 6.

5. Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis concernant un système de qualification fourniront, sous réserve des considérations mentionnées au paragraphe 4 de l'article XVIII et en temps voulu, des renseignements qui permettront à tous ceux qui se seront déclarés intéressés d'avoir une occasion valable d'évaluer leur intérêt à soumissionner. Ces renseignements comprendront ceux que contiennent les avis visés aux paragraphes 6 et 8, pour autant que ces renseignements soient disponibles. Les renseignements fournis à un fournisseur intéressé seront communiqués de façon non discriminatoire aux autres fournisseurs intéressés.

6. Chaque avis de projet de marché visé au paragraphe 2 contiendra les renseignements suivants:

- a) nature et quantité, y compris toutes options concernant des marchés complémentaires et, si possible, délai estimé pour l'exercice de ces options; dans le cas de marchés renouvelables, nature et quantité, et, si possible, délai estimé de publication des avis d'appel d'offres ultérieurs pour les produits ou services devant faire l'objet du marché;
- b) caractère de la procédure: ouvert, sélectif ou comportant une négociation;
- c) le cas échéant, date à laquelle commencera ou s'achèvera la livraison des produits ou services;
- d) adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner ou la qualification pour inscription sur la liste des fournisseurs, ou pour la réception des soumissions, ainsi que langue ou langues autorisées pour leur présentation;
- e) adresse de l'entité qui doit passer le marché et fournir les renseignements nécessaires pour l'obtention du cahier des charges et autres documents;
- f) conditions de caractère économique et technique, garanties financières et renseignements exigés des fournisseurs;
- g) montant et modalités de versement de toute somme à payer pour obtenir la documentation relative à l'appel d'offres; et
- h) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres: achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes.

7. Chaque avis de marché programmé, visé au paragraphe 3, contiendra le maximum de renseignements énumérés au paragraphe 6 qui sera disponible. Il contiendra en tout état de cause les renseignements énumérés au paragraphe 8 et:

- a) mention du fait que les fournisseurs intéressés devraient faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché;
- b) mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels pourront être obtenus.

8. Pour chaque marché envisagé, l'entité publiera un avis résumé dans une des langues officielles de l'OMC. L'avis contiendra au moins les indications suivantes:

- a) objet du marché;
- b) délai de présentation des soumissions ou des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner; et
- c) adresses où les documents relatifs au marché peuvent être demandés.

9. Dans le cas des procédures sélectives, les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront paraître chaque année, dans l'une des publications indiquées à l'Appendice III, un avis contenant les renseignements ci-après:

- a) 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;
- b) conditions à remplir par les fournisseurs pour être inscrits sur ces listes, et méthodes de vérification de chacune de ces conditions par l'entité concernée; et
- c) durée de validité des listes et formalités de leur renouvellement.

Dans les cas où un tel avis sera utilisé pour l'invitation à soumissionner, conformément au paragraphe 3, l'avis contiendra en outre les renseignements suivants:

- d) nature des produits ou services en question;
- e) mention du fait que l'avis constitue une invitation à soumissionner.

Toutefois, dans les cas où la durée du système de qualification sera de trois ans ou moins, et si la durée du système est précisée dans l'avis et qu'il est également précisé que d'autres avis ne seront pas publiés, il suffira de publier l'avis une seule fois, au début de la période d'application du système. Un tel système ne sera pas utilisé de manière à tourner les dispositions du présent accord.

10. Si, après la parution d'une invitation à soumissionner pour n'importe quel marché envisagé, mais avant la date fixée pour l'ouverture ou la réception des soumissions qui aura été précisée dans l'avis ou la documentation relative à l'appel d'offres, il devient nécessaire de modifier l'avis ou de le faire paraître de nouveau, la modification ou le nouvel avis recevra la même diffusion que les documents originaux qui ont fait l'objet de la modification. Tout élément d'information significatif communiqué à un fournisseur au sujet d'un marché envisagé particulier sera communiqué simultanément à tous les autres fournisseurs concernés, en temps utile pour leur permettre d'en tenir compte et d'agir en conséquence.

11. Les entités préciseront, dans les avis visés dans le présent article ou dans la publication où les avis paraissent, que le marché est couvert par l'Accord.

49. La **Directive des CE** établit également des règles pertinentes qui, compte tenu du type d'intégration envisagée dans les CE, ont tendance à aller au-delà des règles que l'on trouve dans d'autres AIE. Les articles 35 et 36 énoncent des règles concernant la publication des avis. Elles prévoient, entre autres choses, que les pouvoirs adjudicateurs fassent connaître au moyen d'un avis de préinformation le montant total estimé des marchés de services qu'ils envisagent de passer au cours des 12 mois suivants. Ces articles prévoient également l'obligation de publier et de préciser, parallèlement aux spécifications techniques détaillées, les informations qui doivent figurer dans les avis (voir en partie l'annexe VII A reproduite ci-après). L'article 40 (reproduit ci-après) comporte des dispositions supplémentaires concernant les invitations à soumissionner dans le cas des procédures restreintes, de dialogue compétitif ou négociées.

Directive 2004/18/CE

ANNEXE VII A INFORMATIONS QUI DOIVENT FIGURER DANS LES AVIS POUR LES MARCHÉS PUBLICS

AVIS ANNONÇANT LA PUBLICATION D'UN AVIS DE PRÉINFORMATION SUR UN PROFIL D'ACHETEUR

- 1. Pays du pouvoir adjudicateur
- 2. Nom du pouvoir adjudicateur
- 3. Adresse internet du "profil d'acheteur" (URL)
- 4. Numéro(s) de référence à la nomenclature CPV

AVIS DE PRÉINFORMATION

1. Nom, adresse, numéro de télécopieur, adresse électronique du pouvoir adjudicateur et, s'ils sont différents, ceux du service auprès duquel des informations complémentaires peuvent être, le cas échéant, obtenues et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de services et de travaux, des services, par exemple le site Internet gouvernemental pertinent, auprès desquels peuvent être obtenues des informations sur le cadre réglementaire général qui, en matière de fiscalité, de protection de l'environnement, de protection du travail et de conditions de travail, est applicable au lieu où la prestation doit être réalisée.

2. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

3. Pour les marchés publics de travaux: nature et étendue des travaux, lieu d'exécution; dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, caractéristiques essentielles de ces lots par référence à l'ouvrage; si elle est disponible, estimation de la fourchette du coût des travaux envisagés, numéro(s) de référence à la nomenclature.

Pour les marchés publics de fournitures: nature et quantité ou valeur des produits à fournir, numéro de référence de la nomenclature; numéro(s) de référence à la nomenclature.

Pour les marchés publics de services: montant total envisagé des achats dans chacune des catégories de services figurant à l'annexe II A; numéro(s) de référence à la nomenclature.

4. Dates provisoirement prévues pour le lancement des procédures de passation du ou des marchés, dans le cas de marchés publics de services par catégorie.

5. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un accord-cadre.

6. Le cas échéant, autres renseignements.

7. Date d'envoi de l'avis ou d'envoi de l'avis annonçant la publication du présent avis sur le profil d'acheteur.

8. Indiquer si le marché est ou non couvert par l'Accord.

AVIS DE MARCHÉS

Procédures ouvertes, restreintes, dialogues compétitifs, procédures négociées:

1. Nom, adresse, numéro de téléphone et télécopieur, adresse électronique du pouvoir adjudicateur.

2. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

3. a) Mode de passation choisi.

b) Le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée (en cas de procédures restreintes et négociées).

c) Le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un accord-cadre.

d) Le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique.

e) Le cas échéant, recours à une enchère électronique (en cas de procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point a)).

4. Forme du marché.

5. Lieu d'exécution/réalisation des travaux, lieu de livraison des produits ou lieu de fourniture des services.

6. a) Marchés publics de travaux:

- nature et étendue des travaux, caractéristiques générales de l'ouvrage. Indiquer notamment les options concernant des travaux complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles. Si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots; numéro(s) de référence à la nomenclature,
- indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets,
- dans le cas d'accords-cadres, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer.

b) Marchés publics de fournitures:

- nature des produits à fournir, en indiquant, notamment, si les offres sont sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci, numéro de référence à la nomenclature. Quantité des produits à fournir, en indiquant notamment les options concernant des achats complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options; options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles numéro(s) de référence à la nomenclature,
- dans le cas de marchés réguliers ou de marchés renouvelables au cours d'une période donnée, indiquer également, s'il est connu, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats de fournitures envisagés,
- dans le cas d'accords-cadre, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des fournitures estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer.

c) Marchés publics de services:

- catégorie du service et description de celui-ci. Numéro(s) de référence à la nomenclature. Quantité des services à fournir. Indiquer notamment les options concernant des achats complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles. Dans le cas de marchés renouvelables au cours d'une période donnée, une estimation du calendrier, s'il est connu, des marchés publics ultérieurs pour les achats de services envisagés. Dans le cas d'accords-cadre, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer,
- indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, l'exécution du service est réservée à une profession déterminée.

Référence de la disposition législative, réglementaire ou administrative.

- indiquer si les personnes morales sont tenues de mentionner les noms et les qualifications professionnelles du personnel chargé de l'exécution du service.

7. Lorsque les marchés sont divisés en lots, indication de la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumissionner pour un, plusieurs et/ou la totalité de ces lots.

8. Date limite à laquelle s'achèveront les travaux/fournitures/services ou durée du marché de travaux/fournitures/services. Dans la mesure du possible, date limite à laquelle commenceront les travaux ou date limite à laquelle commenceront ou seront livrées les fournitures ou fournis les services.

9. Admission ou interdiction des variantes.
10. Le cas échéant, les conditions particulières auxquelles est soumise la réalisation du marché.
11. En cas de procédures ouvertes:
 - a) nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service auquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés;
 - b) le cas échéant, date limite pour la présentation de ces demandes;
 - c) le cas échéant, coût et conditions de paiement pour obtenir ces documents.
12.
 - a) Date limite de réception des offres ou des offres indicatives lorsqu'il s'agit de la mise en place d'un système d'acquisition dynamique (procédures ouvertes).
 - b) Date limite de réception des demandes de participation (procédures restreintes et négociées).
 - c) Adresse où elles doivent être transmises.
 - d) La ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées.
13. En cas de procédures ouvertes:
 - a) personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres;
 - b) date, heure et lieu de cette ouverture.
14. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés.
15. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent.
16. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'opérateurs économiques adjudicataire du marché.
17. Critères de sélection concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui peuvent entraîner l'exclusion de ces derniers et informations requises prouvant qu'ils ne relèvent pas des cas justifiant l'exclusion. Critères de sélection et renseignements concernant la situation personnelle de l'opérateur économique, renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des capacités minimales de caractère économique et technique à remplir par l'opérateur économique. Niveau(x) spécifique(s) minimum(a) de capacités éventuellement exigé(s).
18. Pour les accords-cadres: nombre, le cas échéant, nombre maximal, envisagé d'opérateurs économiques qui en feront partie, durée de l'accord-cadre prévue en précisant, le cas échéant, les motifs justifiant une durée de l'accord-cadre dépassant quatre ans.
19. Pour le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, indiquer, le cas échéant, le recours à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre des solutions à discuter ou des offres à négocier.
20. Pour les procédures restreintes, le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, lorsqu'il est fait recours à la faculté de réduire le nombre de candidats à inviter à présenter une offre, à dialoguer ou à négocier: nombre minimal et, le cas échéant, maximal de candidats envisagé et critères objectifs à appliquer pour choisir ce nombre de candidats.
21. Délai pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre (procédures ouvertes).

22. Le cas échéant, noms et adresses des opérateurs économiques déjà sélectionnés par le pouvoir adjudicateur (procédures négociées).

23. Critères visés à l'article 53 qui seront utilisés lors de l'attribution du marché: "prix le plus bas" ou "offre économiquement la plus avantageuse". Les critères constituant l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur pondération sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans les cahiers des charges ou, en cas de dialogue compétitif, dans le document descriptif.

24. Nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou le cas échéant, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service auprès duquel ces renseignements peuvent être obtenus.

25. Date(s) de publication de l'avis de préinformation conformément aux spécifications techniques de publication indiquées à l'annexe VIII ou mention de sa non-publication.

26. Date d'envoi de l'avis.

27. Indiquer si le marché est couvert ou non par l'Accord.

AVIS DE MARCHÉ SIMPLIFIÉ DANS LE CADRE D'UN SYSTÈME D'ACQUISITION DYNAMIQUE

1. Pays du pouvoir adjudicateur.

2. Nom et adresse électronique du pouvoir adjudicateur.

3. Rappel de la publication de l'avis de marché sur le système d'acquisition dynamique.

4. Adresse électronique où sont disponibles le cahier des charges et les documents complémentaires relatifs au système d'acquisition dynamique.

5. Objet du marché: description par numéro(s) de référence à la nomenclature "CPV" et quantité ou étendue du marché à passer.

6. Délai pour la présentation des offres indicatives.

AVIS SUR LES MARCHÉS PASSÉS

1. Nom et adresse du pouvoir adjudicateur.

2. Procédures de passation choisie. En cas de procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché (article 28), justification.

3. Marchés publics de travaux: nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage.

Marchés publics de fournitures: nature et quantité des produits fournis, le cas échéant, par fournisseur; numéro de référence de la nomenclature.

Marchés publics de services: catégorie du service et description; numéro de référence de la nomenclature; quantité de services achetés.

4. Date de passation du marché.

5. Critères d'attribution du marché.

6. Nombre des offres reçues.

7. Nom et adresse du ou des adjudicataires.

8. Prix ou gamme des prix (minimum/maximum) payés.
9. Valeur de l'offre (des offres) retenue(s) ou offre la plus élevée et offre la moins élevée prises en considération pour l'attribution du marché.
10. Le cas échéant, valeur et part du contrat susceptible d'être sous-traitée à des tiers.
11. Date de publication de l'avis de marché conformément aux spécifications techniques de publication reprises à l'annexe VIII.
12. Date d'envoi du présent avis.
13. Nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou le cas échéant, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service auprès duquel ces renseignements peuvent être obtenus.

Directive 2004/18/CE
Article 40: Invitations à présenter des offres, à participer
au dialogue ou à négocier

1. Dans les procédures restreintes, le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché au sens de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres ou à négocier ou, dans le cas du dialogue compétitif, à participer au dialogue.
2. L'invitation aux candidats comprend:
 - soit un exemplaire du cahier des charges ou du document descriptif et de tout document complémentaire,
 - soit la mention de l'accès au cahier des charges et aux autres documents indiqués au premier tiret, lorsqu'ils sont mis à disposition directe par des moyens électroniques conformément à l'article 38, paragraphe 6.
3. Lorsqu'une entité autre que le pouvoir adjudicateur responsable de la procédure d'adjudication dispose du cahier des charges, du document descriptif et/ou des documents complémentaires, l'invitation précise l'adresse du service auprès duquel ce cahier des charges, ce document descriptif et ces documents peuvent être demandés et, le cas échéant, la date limite pour effectuer cette demande ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents. Les services compétents envoient cette documentation aux opérateurs économiques sans délai après la réception de leur demande.
4. Les renseignements complémentaires sur les cahiers de charges, le document descriptif, ou les documents complémentaires sont communiqués par les pouvoirs adjudicateurs ou les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile. En cas de procédure restreinte ou négociée accélérée, ce délai est de quatre jours.
5. En outre, l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier, comporte au moins:
 - a) une référence à l'avis de marché publié;
 - b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées;

- c) dans le cas du dialogue compétitif, la date fixée et l'adresse pour le début de la phase de consultation, ainsi que la ou les langues utilisées;
- d) l'indication des documents à joindre éventuellement, soit à l'appui des déclarations vérifiables fournies par le candidat conformément à l'article 44, soit en complément des renseignements prévus audit article et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 47 et 48;
- e) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre décroissant d'importance de ces critères, s'ils ne figurent pas dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif.

Toutefois, dans le cas de marchés passés suivant les règles prévues à l'article 29, les renseignements visés au point b) du présent paragraphe ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais ils sont indiqués dans l'invitation à présenter une offre.

50. L'accord **CE-Chili** prévoit également des règles détaillées en matière d'invitation à soumissionner, bien que leur contenu diffère quelque peu de celui des règles mentionnées plus haut. L'article 147 prévoit la publication à l'avance d'un avis invitant les fournisseurs intéressés à soumissionner et indique les types de renseignements qui doivent, au minimum, figurer dans les avis en question. Il prévoit en outre que les avis doivent contenir des informations sur les principaux critères d'attribution du marché. Il comporte aussi des dispositions spécifiques au sujet des avis de marchés programmés (centrés sur les entités exerçant des missions de service public) et des avis concernant les listes permanentes de fournisseurs qualifiés. Cet article (paragraphe 11) prévoit en outre que les avis soient publiés "en temps opportun par des moyens offrant l'accès non discriminatoire et le plus large possible aux fournisseurs intéressés des parties" et que ces moyens soient "d'accès gratuit et fournis par un point d'accès unique".

51. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.4: Publication de l'avis d'attribution de marchés publics) n'est pas aussi détaillé que les dispositions des accords susmentionnés. Il se limite à l'obligation de publier un avis invitant à soumissionner et aux types de renseignements que cet avis doit contenir. L'article 15.8 de l'accord **République de Corée-Chili** est similaire à l'article 15.8 de l'accord États-Unis-Chili. La différence principale tient au fait que le premier contient une disposition additionnelle dans le droit-fil de l'article 147, paragraphe 11, de l'accord CE-Chili mentionné ci-dessus.

Accord États-Unis-Chili

Article 9.4: Publication de l'avis d'attribution de marchés publics

1. Pour chaque marché public visé par le présent chapitre, une entité publiera à l'avance un avis invitant les fournisseurs intéressés à soumissionner ("avis d'attribution de marchés public"), sauf dispositions de l'article 9.9 2). Ces avis resteront accessibles pendant toute la période de soumission.
2. Chaque avis d'attribution de marché public contiendra une description du marché public, toutes les conditions que devront remplir les fournisseurs pour participer à la passation de marché, le nom de l'entité qui publie l'avis, l'adresse à laquelle les fournisseurs pourront obtenir tous les documents relatifs au marché, l'heure limite de soumission des offres et les dates de livraison des produits ou des services à fournir.

52. D'autres accords prévoient des règles moins détaillées, voire aucune règle, en ce qui concerne l'invitation à soumissionner. L'article 6 du chapitre 6 de l'accord **Singapour-Australie** et l'article 52, paragraphe 2, de l'accord **Nouvelle-Zélande-Singapour** contiennent un paragraphe prévoyant la publication d'une invitation à soumissionner. L'article 16.05 des accords **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** contient simplement la disposition suivante:

Accords Chili-Costa Rica/Chili-El Salvador
Article 16.05: Transparence et transmission d'information

1. En plus des dispositions de l'article 17.04 (Fourniture d'information), chaque Partie s'assurera que ses organismes offrent la diffusion effective et la compréhension de:

(...)

- b) les opportunités commerciales générées par les processus d'appels d'offres respectifs, en fournissant aux fournisseurs de l'autre Partie toute l'information nécessaire pour participer à ces appels d'offres; et (...)

G. DÉLAIS POUR LA PRÉSENTATION DES SOUMISSIONS ET LA LIVRAISON

53. De nombreux AIE comportent des prescriptions spécifiques concernant les délais minimums qui doivent être accordés pour la préparation, la présentation et la réception des soumissions, pour permettre aux fournisseurs potentiels de soumettre une offre valable. Les échéances doivent être assez éloignées pour permettre à tous les fournisseurs, nationaux et étrangers, de préparer et de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures d'appel d'offres.

54. En ce qui concerne les observations qui précèdent en matière de procédures d'appel d'offres (par exemple, l'invitation à soumissionner), bon nombre des accords examinés comportent des dispositions qui reproduisent exactement celles de l'AMP (article XI) ou de l'ALENA (article 1012), qui sont similaires. Les accords **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **AELE-Mexique**, en ce qui concerne l'AELE, **CE-Mexique**, en ce qui concerne les CE et l'Accord de l'AELE incorporent par référence l'article XI de l'AMP ("Délais pour la présentation des soumissions et la livraison"). L'article 1012 de l'ALENA a été incorporé par référence dans les accords CE-Mexique et AELE-Mexique, dans les deux cas, pour le Mexique uniquement.

55. Tous ces accords contiennent une disposition générale précisant que les prescriptions en matière de délais doivent prévoir une marge suffisante pour permettre aux fournisseurs d'une autre partie de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures et que les éléments tels que le temps nécessaire pour l'acheminement des soumissions par le poste de l'étranger doivent être pris en compte (article XI:1 de l'AMP et article 1012 1) de l'ALENA). Les deux modèles prévoient que, dans les procédures ouvertes, le délai de réception des soumissions ne sera pas inférieur à 40 jours à compter de la parution de l'avis. Dans les procédures sélectives qui ne comportent pas l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de présentation d'une demande à l'effet d'être invité à soumissionner ne doit pas être inférieur à 25 jours et le délai de réception des soumissions à 40 jours. Des dispositions spéciales sont également prévues pour les procédures sélectives qui comportent l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés. Les deux accords prévoient que ces délais peuvent être écourtés dans certaines circonstances spécifiées, par exemple, lorsque l'urgence, qui devra être dûment établie, les rend inobservables. En outre, ces accords prévoient qu'il faut tenir compte de certains éléments au moment de fixer la date de livraison des services qui font l'objet du marché, comme l'importance des sous-traitances à prévoir, la complexité du marché et le temps nécessaire à la production. On trouvera ci-dessous l'article XI de l'AMP.

AMP

Article XI: Délais pour la présentation des soumissions et la livraison

Dispositions générales

1. a) Tout délai fixé devra 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 tiendront 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.
- b) Chaque Partie fera en sorte que ses entités tiennent dûment compte des délais de publication lorsqu'elle fixera la date limite pour la réception des soumissions ou pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à soumissionner.

Délais

2. Sauf dans la mesure où le paragraphe 3 en dispose autrement,

- a) dans les procédures ouvertes, le délai de réception des soumissions ne sera pas inférieur à 40 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX;
- b) dans les procédures sélectives qui ne comportent pas l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de présentation d'une demande à l'effet d'être invité à soumissionner ne sera pas inférieur à 25 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX; le délai de réception des soumissions ne sera en aucun cas inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner;
- c) dans les procédures sélectives qui comportent l'utilisation d'une liste permanente de fournisseurs qualifiés, le délai de réception des soumissions ne sera pas inférieur à 40 jours à compter de l'envoi initial des invitations à soumissionner, que la date de l'envoi initial des invitations à soumissionner coïncide ou non avec celle de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX.

3. Les délais mentionnés au paragraphe 2 pourront être écourtés dans les circonstances suivantes:

- a) si un avis séparé a été publié entre 40 jours et 12 mois au maximum à l'avance, et que cet avis contient au moins:
 - i) le maximum de renseignements énumérés au paragraphe 6 de l'article IX qui sera disponible;
 - ii) les renseignements énumérés au paragraphe 8 de l'article IX;
 - iii) mention du fait que les fournisseurs intéressés devraient faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché; et
 - iv) mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels pourront être obtenus,

le délai de 40 jours fixé pour la réception des soumissions pourra être remplacé par un délai suffisamment long pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui, en règle générale, ne sera pas inférieur à 24 jours, mais qui ne sera en aucun cas inférieur à dix jours;

- b) s'il s'agit d'une deuxième publication ou d'une publication ultérieure concernant des marchés renouvelables au sens du paragraphe 6 de l'article IX, le délai de 40 jours fixé pour la réception des soumissions pourra être ramené à 24 jours au minimum;
- c) lorsque l'urgence dûment établie par l'entité rendra inobservables les délais en question, les délais spécifiés au paragraphe 2 pourront être écourtés, mais ils ne seront en aucun cas inférieurs à dix jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'article IX; ou
- d) s'il s'agit de marchés passés par les entités énumérées aux annexes 2 et 3, les délais mentionnés au paragraphe 2 c) pourront être fixés par accord mutuel entre l'entité et les fournisseurs sélectionnés. En l'absence d'accord, l'entité pourra fixer des délais qui seront suffisamment longs pour permettre aux intéressés de présenter des soumissions valables et qui ne seront en aucun cas inférieurs à dix jours.

4. D'une manière compatible avec les besoins raisonnables de l'entité, toute date de livraison devra être fixée en tenant compte d'éléments tels que la complexité du marché envisagé, l'importance des sous-traitances à prévoir, et le temps objectivement nécessaire à la production, à la sortie de stock et au transport des marchandises à partir des lieux d'où elles sont fournies ou à la fourniture des services.

56. L'article 38 de la **Directive des CE** ("Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres") prévoit également divers délais. Cet article (reproduit ci-après) stipule que les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte, en fixant les délais, de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres. Dans les procédures ouvertes, le délai entre la date d'envoi de l'avis de marché et la réception des offres ne doit pas être inférieur à 52 jours. Cet accord prévoit des délais précis pour diverses circonstances, par exemple dans les procédures restreintes et négociées. Les délais peuvent être raccourcis de sept jours lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques, selon des procédures spécifiques.

Directive 2004/18/CE

Article 38: Délais de réception des demandes de participation
et de réception des offres

1. En fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minimaux fixés par le présent article.

2. Dans les procédures ouvertes, le délai minimal de réception des offres est de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30 et en cas de recours au dialogue compétitif:

a) le délai minimal de réception des demandes de participation est de 37 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché;

b) dans les procédures restreintes, le délai minimal de réception des offres est de 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

4. Dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ont publié un avis de préinformation, le délai minimal pour la réception des offres visé au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), peut être réduit, en règle générale, à 36 jours mais, en aucun cas, à moins de 22 jours.

Ce délai court à compter de la date d'envoi de l'avis de marché dans les procédures ouvertes et à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner dans les procédures restreintes.

Le délai réduit visé au premier alinéa est admis à condition que l'avis de préinformation ait comporté toutes les informations requises pour l'avis de marché visé à l'annexe VII A, pour autant que ces informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis, et que cet avis de préinformation ait été envoyé pour sa publication entre un minimum de 52 jours et un maximum de 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, point 3, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), dans les procédures restreintes et négociées, et en cas de recours au dialogue compétitif, peuvent être raccourcis de sept jours.

6. Une réduction de cinq jours des délais de réception des offres visés au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis conformément à l'annexe VIII, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.

7. Lorsque, pour quelque raison que ce soit, le cahier des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés aux articles 39 et 40 ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres.

8. Dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30, lorsque l'urgence rend impraticables les délais minimaux fixés au présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer:

a) un délai pour la réception des demandes de participation qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou à dix jours si l'avis est envoyé par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiquées à l'annexe VIII, point 3;

b) et, dans le cas des procédures restreintes, un délai pour la réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

57. L'article 150 de l'accord **CE-Chili**, ainsi que l'annexe XIII, Appendice 3, prévoient des délais précis. Le premier paragraphe de cet article reprend de nombreux éléments de l'article XI, paragraphe 1 de l'AMP, comme l'obligation de fixer des délais suffisants, de tenir compte d'éléments tels que le temps normalement nécessaire pour l'acheminement des soumissions de l'étranger. L'annexe prévoit, à l'instar des accords qui reprennent les dispositions de l'AMP ou de l'ALENA, un minimum de 40 jours entre la date de publication de l'invitation à soumissionner et la date de réception des soumissions. Lorsqu'il faut respecter certaines conditions de qualification, le délai ne doit pas être inférieur à 40 jours et doit être associé à un délai qui ne soit pas inférieur à 25 jours entre la parution de l'invitation et la présentation des demandes à l'effet d'être invité. Cette annexe prévoit également que les délais peuvent être écourtés dans certaines circonstances (comme une urgence), mais en aucun cas à moins de dix jours, et pas d'une manière qui empêche la préparation et la présentation d'offres adéquates.

58. Les dispositions de l'accord **États-Unis-Chili** (article 9.5: Délai du processus de présentation des soumissions) prévoient que les délais du processus de présentation des soumissions doivent être suffisants pour permettre aux fournisseurs de préparer et de présenter des soumissions, "en tenant compte de la nature et de la complexité du marché". Il prévoit qu'un délai qui ne sera pas inférieur à 30 jours doit être ménagé entre la date de publication de l'appel d'offres et la date de soumission des offres. Si aucune prescription en matière de qualification des fournisseurs n'a été précisée, le délai pourra être raccourci, mais pas en deçà de dix jours, dans des cas particuliers, comme un état d'urgence.

59. L'accord **République de Corée-Chili** est moins détaillé. L'article 15.10 (reproduit ci-après) prévoit que les délais doivent être suffisamment longs pour permettre de préparer et de présenter des soumissions valables et que le délai entre la publication de l'avis de marché envisagé à l'avance et la présentation des soumissions ne doit pas être inférieur à dix jours.

Accord République de Corée-Chili
Article 15.10: Délais

1. Les délais prévus par les entités au cours d'une passation de marché seront suffisamment longs pour permettre aux fournisseurs de préparer et de présenter des soumissions valables, en rapport avec la nature et la complexité du marché.
2. Nonobstant le paragraphe 1, les entités prévoiront un délai d'au moins dix jours entre la date de publication de l'avis de marché envisagé à l'avance et la date limite pour la présentation des soumissions.

60. D'autres accords (comme les accords Singapour-Australie et Chili-Costa Rica) ne comportent pas de dispositions spécifiques sur ce point.

H. DOCUMENTATION RELATIVE À L'APPEL D'OFFRES

61. Une bonne partie des accords examinés contient des dispositions concernant spécifiquement le type de renseignements que doit contenir la documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs. Là encore, plusieurs accords comportent des dispositions établies soit sur le modèle de l'article XII de l'AMP ("Documentation relative à l'appel d'offres"), soit sur celui de l'article 1013 de l'ALENA ("Documentation relative à l'appel d'offres"), qui sont similaires. Les accords **Japon-Singapour, États-Unis-Singapour, AELE-Mexique**, pour l'AELE, **CE-Mexique** pour les CE et l'Accord de l'**AELE** incorporent par référence l'article XII de l'AMP, l'article 1013 de l'**ALENA** ayant été incorporé par référence dans les accords CE-Mexique et AELE-Mexique, dans les deux cas, pour le Mexique uniquement.

62. Ces accords énoncent une obligation générale selon laquelle la documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs doit contenir tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables. Les éléments d'information spécifiques qui doivent figurer dans la documentation sont, par exemple, l'adresse de l'entité à qui les soumissions devraient être envoyées, les critères d'adjudication, ou les modalités de paiement. Ces accords prévoient en outre que les entités doivent communiquer la documentation relative à l'appel d'offres à tout fournisseur participant à une procédure ouverte ou à tout fournisseur demandant à participer à une procédure sélective. Les entités doivent également répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explication, pour autant que celle-ci ne donne pas un avantage au fournisseur sur ses concurrents dans le processus.

ALENA

Article 1013: Documentation relative à l'appel d'offres

1. La documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables, notamment les renseignements devant être publiés dans l'avis mentionné au paragraphe 1010 2), exception faite des renseignements visés à l'alinéa 1010 2) h). La documentation contiendra également:

- a) l'adresse de l'entité à laquelle les soumissions devront être envoyées;
- b) l'adresse à laquelle les demandes d'information complémentaire devront être envoyées;
- c) la langue ou les langues à employer pour la présentation des soumissions et documents d'accompagnement;
- d) la date limite et le délai de réception des soumissions, ainsi que la période pendant laquelle les soumissions devront pouvoir être acceptées;
- e) les personnes admises à assister à l'ouverture des soumissions, et la date, l'heure et le lieu de cette ouverture;
- f) un énoncé des conditions de caractère économique ou technique à remplir, ainsi que des garanties financières, renseignements et documents exigés des fournisseurs;
- g) une description complète des produits ou services demandés et de toutes autres exigences, y compris les spécifications techniques, la certification de conformité, les plans, les dessins et les instructions nécessaires;
- h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits ou services d'une autre Partie, droits de douane et autres frais d'importation, taxes et monnaie du paiement;
- i) les modalités de paiement; et
- j) toutes autres modalités et conditions.

2. Une entité devra:
 - a) communiquer, sur demande, la documentation relative à l'appel d'offres à tout fournisseur participant à une procédure d'appel d'offres ouverte ou ayant demandé à participer à une procédure d'appel d'offres sélective, et répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explications concernant cette documentation;
 - b) répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable de renseignements pertinents concernant l'appel d'offres qui sera faite par un fournisseur participant, à condition que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'adjudication.

63. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.6: "Informations relatives aux marchés publics") prévoit aussi que les entités communiquent une documentation relative à l'appel d'offres contenant tous les renseignements nécessaires pour permettre aux fournisseurs de présenter des soumissions valables. Si cet article ne contient pas de liste détaillée des éléments d'information qui doivent être communiqués, il précise néanmoins que les critères d'attribution doivent être indiqués. Il va plus loin que les accords mentionnés plus haut en prévoyant en outre l'indication des pondérations ou, lorsque cela est approprié, des valeurs relatives, qui seront affectées à ces critères lors de l'évaluation des offres. Les entités doivent informer les fournisseurs par écrit si les critères sont modifiés lors du processus de passation d'un marché. Cet accord contient également des dispositions concernant la nécessité de transmettre au fournisseur sur demande et dans les moindres délais la documentation au format papier (selon qu'elle est disponible ou non par voie électronique).

Accord États-Unis-Chili
Article 9.6: Informations relatives aux marchés publics

1. Une entité communiquera aux fournisseurs intéressés une documentation relative à l'appel d'offres contenant tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de préparer et de présenter des soumissions valables. La documentation contiendra tous les critères d'attribution des marchés, y compris tous les facteurs coûts, et les pondérations ou, lorsque cela est approprié, les valeurs relatives, que l'entité va affecter à ces critères lors de l'évaluation des offres.
2. Si une entité ne publie pas toute la documentation relative à l'appel d'offres par voie électronique, elle mettra, à la demande de l'un des fournisseurs, et dans les moindres délais, la documentation au format papier à sa disposition.
3. Si, lors du processus de passation d'un marché, une entité modifie les critères énoncés dans le paragraphe 1, elle devra transmettre, par écrit, toutes ces modifications:
 - a) à tous les fournisseurs participant à l'appel d'offres au moment de la modification des critères, si leur identité est connue, et, dans tous les autres cas, de la même façon que les renseignements initiaux avaient été transmis; et
 - b) en temps opportun pour permettre à ces fournisseurs de modifier leurs soumissions et de les présenter à nouveau, le cas échéant.

64. L'accord **CE-Chili** (article 148) est moins détaillé. Il prévoit seulement l'obligation générale de faire figurer dans la documentation relative à l'appel d'offres tous les renseignements nécessaires pour permettre la présentation de soumissions valables (il s'agit de l'élément de base que l'on retrouve dans tous les accords qui énoncent cette obligation). D'une manière similaire à l'accord États-Unis-Chili, il établit des règles concernant la nécessité de transmettre la documentation à la demande, selon que les documents relatifs à l'appel d'offres peuvent être consultés gratuitement par des moyens électroniques ou non. Contrairement à l'accord États-Unis-Chili, toutefois, l'article 148 (paragraphe 3) prévoit également que les entités répondent rapidement aux demandes raisonnables de

renseignements pertinents. L'article 15.9 de l'accord **République de Corée-Chili** ("Documentation relative à l'appel d'offres") reprend les paragraphes 1 et 2 de l'article 148 de l'accord CE-Chili.

Accord CE-Chili
Article 148: Dossier d'appel d'offres

1. Le dossier d'appel d'offres remis aux fournisseurs contient tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables.
2. Si les entités adjudicatrices n'offrent pas d'accès direct gratuit au dossier complet et autres documents annexes par des moyens électroniques, elles mettent rapidement cette documentation à la disposition de tout fournisseur qui en fait la demande.
3. Les entités répondent rapidement à toute demande raisonnable de renseignements pertinents concernant le projet de marché, pour autant que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents.

65. Les règles pertinentes des **CE** dans ce domaine sont relativement détaillées et plus spécifiques que celles qui figurent habituellement dans les accords de libre-échange. L'article 36 de la Directive des CE ("Rédaction et modalités de publication des avis") prévoit que l'avis de marché doit contenir, au minimum, les éléments d'information énumérés à l'Annexe VII A qui, à son tour, tend à être plus détaillée que la disposition correspondante de l'AMP. En outre, l'article 39 ("Procédures ouvertes: cahiers des charges, documents et renseignements complémentaires") prévoit, entre autres choses, que les pouvoirs adjudicateurs envoient le cahier des charges et tous documents complémentaires dans les six jours suivant la réception de la demande de participation, à moins que ces documents n'aient été mis à disposition par moyen électronique. L'article 40 ("Invitations à présenter des offres, à participer au dialogue ou à négocier", reproduit à la section F) prévoit des règles détaillées en ce qui concerne le type des cahiers des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires communiqués aux participants, ainsi qu'en ce qui concerne les délais prévus pour le faire.

66. Les autres AIE ne contiennent pas de dispositions spécifiques en ce qui concerne la documentation relative à l'appel d'offres. Il convient néanmoins de noter que l'article 6, paragraphe 5, de l'accord **Singapour-Australie** prévoit que "[l]es entités ne fourniront à un soumissionnaire aucun renseignement concernant un marché spécifique qui aurait pour effet de lui donner un avantage sur les autres soumissionnaires".

I. ADJUDICATION DES MARCHÉS

67. Comme pour les sujets abordés précédemment, une partie des accords examinés établissent des règles de procédure en matière de présentation, de réception et d'ouverture des soumissions, destinées à garantir un processus de passation des marchés juste, équitable et transparent. Les accords **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **AELE-Mexique**, en ce qui concerne l'AELE, **CE-Mexique**, en ce qui concerne les CE et l'Accord de l'AELE incorporent par référence l'article XIII ("Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés") et l'article XVIII ("Information et examen concernant les obligations des entités") de l'AMP. Un autre groupe d'accords (les accords CE-Mexique et AELE-Mexique, dans les deux cas, pour le Mexique) reprennent l'article 1015 de l'ALENA.

68. Selon ces accords, seules les offres conformes aux conditions essentielles spécifiées dans l'avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres et déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation peuvent être considérées en vue de l'adjudication. Les entités ont pour obligation de sélectionner le soumissionnaire qui a été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont l'offre est la plus basse ou celle qui est 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. L'entité qui a reçu une offre anormalement inférieure aux autres offres présentées, en termes de prix, pourra demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché. Les accords mentionnés indiquent en outre que les soumissions peuvent être présentées par des moyens tels que le télex ou la poste, mais pas par téléphone.

69. Des renseignements doivent également être fournis, lors de l'attribution du marché, quant à la décision d'attribution, sous la forme d'un avis indiquant la nature et la quantité des produits et des services visés, le nom et l'adresse de l'adjudicataire et la valeur de l'adjudication ou de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte. En outre, en réponse à une demande d'un fournisseur d'une partie à un accord, le pouvoir adjudicateur doit fournir dans les moindres délais des renseignements pertinents concernant ses pratiques en matière de passation des marchés; les raisons pour lesquelles la demande de qualification d'un fournisseur a été rejetée; les raisons pour lesquelles sa qualification a été annulée; et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue.

AMP

Article XIII: Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés

1. La présentation, la réception et l'ouverture des soumissions, ainsi que l'adjudication des marchés, seront conformes à ce qui suit:

a) normalement, les soumissions seront présentées par écrit, directement ou par la poste. S'il est autorisé de présenter des soumissions par télex, télégramme ou télécopie, la soumission ainsi présentée devra contenir tous les renseignements nécessaires à son évaluation, notamment le prix définitif proposé par le soumissionnaire et une déclaration par laquelle le soumissionnaire accepte toutes les modalités, conditions et dispositions de l'invitation à soumissionner. La soumission devra être confirmée dans les moindres délais par lettre ou par l'envoi d'une copie signée du télex, du télégramme ou de la télécopie. La présentation des soumissions par téléphone ne sera pas autorisée. Le contenu du télex, du télégramme ou de la télécopie fera foi s'il y a divergence ou contradiction entre ce contenu et toute documentation reçue après l'expiration du délai; et

b) les possibilités qui pourront être accordées aux soumissionnaires de corriger des erreurs involontaires de forme entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché ne seront pas de nature à donner lieu à des pratiques discriminatoires.

Réception des soumissions

2. Aucun fournisseur ne sera pénalisé si, par suite d'un retard imputable uniquement à l'entité, sa soumission est reçue après l'expiration du délai par le service désigné dans la documentation relative à l'appel d'offres. Les soumissions pourront également être prises en considération dans d'autres circonstances exceptionnelles si les procédures de l'entité concernée en disposent ainsi.

Ouverture des soumissions

3. Toutes les soumissions demandées par des entités dans le cadre de procédures ouvertes ou sélectives seront reçues et ouvertes conformément à des procédures et conditions garantissant la régularité de l'ouverture. La réception et l'ouverture des soumissions seront également conformes aux dispositions du présent accord concernant le traitement national et la non-discrimination. Les renseignements relatifs à l'ouverture des soumissions resteront entre les mains de l'entité concernée et à la disposition des autorités publiques dont elle relève, pour être utilisés si besoin est pour les procédures prévues aux articles XVIII, XIX, XX et XXII.

Adjudication des marchés

4. a) Pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation. Si une entité a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du soumissionnaire pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché.

b) Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité l'adjudgera au soumissionnaire qui aura 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, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura 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.

c) Les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres.

Options

5. Les options ne seront pas utilisées de manière à tourner les dispositions de l'Accord.

70. L'article 1015 de l'ALENA (reproduit ci-après) comprend les éléments mentionnés dans l'AMP, mais va au-delà sur un certain nombre de points. Les règles qu'il énonce en matière de procédure prévoient (paragraphe 5) que le fait d'avoir précédemment obtenu des marchés de la partie concernée ou de justifier d'antécédents sur le territoire de cette partie ne peuvent constituer des conditions à l'adjudication d'un marché. Il y est également spécifié que la présentation des soumissions par des moyens électroniques est autorisée.

71. L'article en question prévoit en outre que les fournisseurs seront informés dans les moindres délais des décisions relatives à l'adjudication des marchés, s'ils en font la demande (paragraphe 6) et les renseignements pertinents seront publiés dans les moindres délais (paragraphe 7). L'article 1015 de l'ALENA permet également aux entités de ne pas divulguer certains renseignements dans des cas spécifiques, par exemple, lorsque leur communication ferait obstacle à l'application des lois ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs (paragraphe 8). L'article XVIII de l'AMP ("Information et examen concernant les obligations des entités") établit des règles similaires en matière de procédure.

ALENA

Article 1015: Présentation, réception et ouverture des soumissions
et adjudication des marchés

1. Une entité appliquera, pour la présentation, la réception et l'ouverture des soumissions ainsi que pour l'adjudication des marchés, des procédures conformes à ce qui suit:

- a) les soumissions seront normalement présentées par écrit, directement ou par la poste;
- b) lorsqu'il est autorisé de présenter des soumissions par télex, télégramme, télécopie ou autre mode de transmission électronique, la soumission ainsi présentée devra contenir tous les renseignements nécessaires à son évaluation, notamment le prix définitif proposé par le fournisseur et une déclaration par laquelle le fournisseur accepte toutes les modalités et conditions de l'invitation à soumissionner;
- c) une soumission présentée par télex, télégramme, télécopie ou autre mode de transmission électronique devra être confirmée dans les moindres délais par lettre ou par l'envoi d'une copie signée du télex, du télégramme, de la télécopie ou du message électronique;
- d) le contenu du télex, du télégramme, de la télécopie ou du message électronique fera foi s'il y a divergence ou contradiction entre ce contenu et toute documentation reçue après l'expiration du délai fixé pour la présentation des soumissions;
- e) la présentation des soumissions par téléphone ne sera pas autorisée;
- f) les demandes de participation à des procédures d'appel d'offres sélectives pourront être présentées par télex, télégramme ou télécopie, et, si cela est autorisé, par un autre mode de transmission électronique;
- g) les possibilités qui pourront être accordées aux fournisseurs de corriger des erreurs de forme involontaires entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché ne seront pas administrées d'une manière qui aboutirait à une discrimination entre les fournisseurs.

Dans le présent paragraphe, "mode de transmission électronique" désigne tout procédé apte à produire, au lieu de réception par le destinataire, un exemplaire imprimé de la soumission.

2. Aucune entité ne pourra pénaliser un fournisseur dont la soumission, par suite d'un retard imputable uniquement à l'entité, est reçue après l'expiration du délai par le service désigné dans la documentation relative à l'appel d'offres. Les soumissions reçues après l'expiration du délai pourront également être prises en considération dans des circonstances exceptionnelles si les procédures de l'entité concernée en disposent ainsi.

3. Toutes les soumissions demandées par une entité dans le cadre de procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives seront reçues et ouvertes conformément à des procédures et conditions garantissant la régularité de l'ouverture. Les renseignements découlant de l'ouverture des soumissions seront conservés par l'entité concernée; ils seront à la disposition des autorités compétentes de la Partie dont elle relève, qui les utiliseront au besoin en vertu des articles 1017 et 1019 ou du chapitre 20 (Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends).

4. L'adjudication des marchés s'effectuera conformément aux procédures suivantes:

- a) pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation;
- b) si une entité a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du fournisseur pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est ou sera apte à satisfaire aux modalités du marché;

c) sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité adjudgera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres;

d) l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres; et

e) les clauses optionnelles ne pourront être utilisées de façon à contourner le présent chapitre.

5. Aucune entité d'une Partie ne pourra subordonner l'adjudication d'un marché à la précédente obtention par le fournisseur d'un ou de plusieurs marchés d'une entité de ladite Partie, ou à la justification par celui-ci d'antécédents sur le territoire de cette Partie.

6. Une entité devra,

a) sur demande, informer les fournisseurs participants, dans les moindres délais, des décisions relatives à l'adjudication des marchés, et les en informer par écrit s'ils en font la demande;

b) sur demande, communiquer aux fournisseurs dont la soumission n'a pas été retenue des renseignements pertinents concernant les raisons du rejet, et les informer des caractéristiques et des avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que du nom de l'adjudicataire.

7. Au plus tard 72 jours après l'adjudication d'un marché, une entité devra faire paraître, dans la publication appropriée figurant à l'annexe 1010.1, un avis contenant les renseignements suivants:

a) la nature et la quantité des produits ou des services qui auront fait l'objet de l'adjudication;

b) le nom et l'adresse de l'entité qui aura adjudgé le marché;

c) la date de l'adjudication;

d) le nom et l'adresse de chacun des adjudicataires;

e) la valeur du marché, ou la soumission la plus élevée et la soumission la plus basse prises en considération dans l'adjudication du marché;

f) la procédure d'appel d'offres utilisée.

8. Nonobstant les paragraphes 1 à 7, une entité pourra décider de ne pas divulguer certains renseignements relatifs à l'adjudication, si la communication de ces renseignements:

a) ferait obstacle à l'application des lois ou serait autrement contraire à l'intérêt public,

b) porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'une personne donnée, ou

c) pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

72. Les règles pertinentes en matière de procédure figurant dans la **Directive des CE** sont, à certains égards, plus détaillées que celles de l'AMP. Par exemple, l'article 41 ("Information des candidats et des soumissionnaires") stipule que les entités doivent informer un fournisseur, sur demande, des motifs du rejet de sa candidature sous 15 jours. Contrairement à d'autres accords, cet article prévoit également que les candidats et les soumissionnaires doivent être informés des raisons pour lesquelles le marché pour lequel il y a eu mise en concurrence ne leur a pas été attribué. L'article 43 ("Contenu des procès-verbaux") exige l'établissement d'un procès-verbal pour chaque marché, lequel procès-verbal doit comporter au moins le nom des candidats ou soumissionnaires

retenus et la justification de ce choix, ainsi que le nom des candidats ou soumissionnaires exclus et les motifs pertinents. L'article 53 ("Critères d'attribution des marchés") est plus spécifique que les règles de procédure figurant à l'article XIII, paragraphe 4 de l'AMP ou à l'article 1015, paragraphe 4 de l'ALENA. Il prévoit que le pouvoir adjudicateur doit spécifier la pondération relative, ou au moins le classement, de chaque critère utilisé pour choisir l'offre lorsque la décision n'est pas fondée uniquement sur le prix. L'article 55 ("Offres anormalement basses") prévoit des procédures détaillées dans des situations où, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement bon marché.

Directive 2004/18/CE

Article 41: Information des candidats et des soumissionnaires

1. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre, l'adjudication d'un marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre, à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence et de recommencer la procédure ou à mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs.

2. Sur demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur communique dans les meilleurs délais:

- tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature;
- à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, y compris, dans les cas visés à l'article 23, paragraphes 4 et 5, les motifs de sa décision de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles;
- à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou des parties à l'accord-cadre.

Ces délais ne peuvent en aucun cas dépasser 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite.

3. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Article 43: Contenu des procès-verbaux

Pour tout marché, tout accord-cadre et toute mise en place d'un système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs établissent un procès-verbal comportant au moins:

- a) le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique;
- b) le nom des candidats ou soumissionnaires retenus et la justification de leur choix;
- c) le nom des candidats ou soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet;
- d) les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses;
- e) le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que l'adjudicataire a l'intention de sous-traiter à des tiers;
- f) en ce qui concerne les procédures négociées, les circonstances visées aux articles 30 et 31 qui justifient le recours à ces procédures;
- g) en ce qui concerne le dialogue compétitif, les circonstances visées à l'article 29 qui justifient le recours à cette procédure;
- h) le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

Les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées pour documenter le déroulement des procédures d'attribution conduites par moyens électroniques.

Le procès-verbal ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission à sa demande.

Article 53: Critères d'attribution des marchés

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:

- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;
- b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères.

Article 55: Offres anormalement basses

1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

- a) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- b) les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- d) le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- e) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

73. Les dispositions figurant dans les autres accords examinés ont tendance à être moins détaillées. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.10: "Attribution des marchés") établit des règles en ce qui concerne la sélection des fournisseurs (par exemple, la nécessité de se conformer aux prescriptions essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres et de remplir les conditions de participation) et les critères pertinents. Ces dispositions s'inspirent de certaines des dispositions figurant à l'article XIII, paragraphe 4 de l'AMP (ou à l'article 1015, paragraphe 4 de l'ALENA). En outre, l'article 9.11 ("Renseignements sur les attributions") de l'accord États-Unis-Chili prévoit des règles concernant la nécessité d'informer dans les moindres délais les participants qui en font la demande et dont la candidature n'a pas été retenue, des raisons qui motivent ce rejet, et la publication des renseignements relatifs à une attribution. Contrairement à d'autres accords dont il a été question plus haut, l'accord États-Unis-Chili n'impose pas de disciplines en ce qui concerne la procédure à suivre pour la réception et l'ouverture des soumissions.

Accord États-Unis-Chili
Article 9.10: Attribution des marchés

1. Une entité exigera qu'une offre, pour être évaluée et considérée en vue d'une attribution, soit soumise par écrit et soit, au moment de la soumission:
 - a) conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres; et
 - b) soumise par un fournisseur qui remplit toutes les conditions de participation demandées par l'entité à tous les fournisseurs participants.
2. Sauf si elle décide qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'attribuer un marché, l'entité attribuera le marché au fournisseur qu'elle aura reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont l'offre est la plus avantageuse en termes de prescriptions et de critères d'évaluation spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres.
3. Aucune entité ne pourra annuler un marché, ni mettre fin ou apporter des modifications à des marchés attribués en vue de se soustraire aux obligations du présent chapitre.

Article 9.11: Renseignements sur les attributions

Renseignements fournis aux fournisseurs

1. Sous réserve de l'article 9.15, une entité informera dans les moindres délais les fournisseurs qui ont participé à la procédure d'appel d'offres de sa décision en matière d'attribution du marché. Une entité informera les fournisseurs qui en feront la demande et dont l'offre n'a pas été retenue des raisons qui motivent ce rejet et des avantages relatifs de l'offre qui a été retenue.

Publication des renseignements relatifs à une attribution

2. Une fois attribué le marché visé par le présent chapitre, une entité publiera dans les moindres délais un avis contenant au moins les renseignements suivants relatifs à l'attribution:
 - a) le nom de l'entité;
 - b) une description des produits et services offerts;
 - c) le nom du fournisseur qui a remporté le marché;
 - d) la valeur de l'attribution des marchés; et
 - e) lorsqu'une entité n'a pas eu recours à une procédure d'appel d'offres ouverte, une indication des circonstances qui justifient la procédure utilisée.

Maintenance des registres

3. Une entité devra tenir des registres et des rapports relatifs aux procédures d'appel d'offres et des attributions de marchés visés par le présent chapitre, notamment ceux visés par l'article 9.9 3), pendant au moins trois ans.

74. L'accord **CE-Chili** établit également des règles relatives à l'attribution des marchés (article 153: "Passation des marchés") et à la nécessité d'informer les soumissionnaires des décisions pertinentes (article 154: "Informations sur l'attribution du marché"). De plus, cet accord contient une obligation destinée à garantir la transparence et la non-discrimination dans les procédures et conditions d'ouverture et de réception des offres (article 152: "Remise, réception et ouverture des offres"). L'accord **République de Corée-Chili** est plus succinct. Il établit des règles sur les critères d'attribution qui vont dans le même sens que les paragraphes 1 et 2 de l'article 9.10 de l'accord États-Unis-Chili (ou que l'article 153 de l'accord CE-Chili). En ce qui concerne les renseignements, les entités doivent "assur[er] la diffusion effective des résultats des procédures de marchés publics".

Accord CE-Chili

Article 152: Remise, réception et ouverture des offres

1. Les offres et les demandes de participation aux procédures sont présentées par écrit.
2. Les entités reçoivent et ouvrent les offres des soumissionnaires selon des procédures et des conditions qui garantissent le respect des principes de transparence et de non-discrimination.

Article 153: Passation des marchés

1. Pour être retenue en vue de l'attribution, une soumission doit être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans le dossier d'appel d'offres, et avoir été déposée par un fournisseur remplissant les conditions de participation.
2. Les entités attribuent le marché au soumissionnaire dont l'offre est la plus basse ou celle qui a été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation objectifs spécifiés dans les avis ou dans le dossier d'appel d'offres.

Article 154: Informations sur l'attribution du marché

1. Chaque partie veille à ce que ses entités assurent la diffusion effective des résultats des procédures de marchés publics.
2. Les entités informent rapidement les soumissionnaires des décisions arrêtées concernant l'attribution du marché, ainsi que des caractéristiques et des avantages comparatifs de l'offre retenue. Sur demande, les entités informent les soumissionnaires éliminés des motifs du rejet de leur soumission.
3. Les entités peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'attribution du marché dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre eux.

75. Des dispositions similaires dans d'autres accords sont formulées en termes plus généraux. Les accords **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** (article 16.05: "Transparence et transmission d'information") disposent que les entités doivent offrir la diffusion et la compréhension des résultats des processus d'appel d'offres et que les parties sont tenues de "s'assur[er] que les adjudications sont dûment fondées sur les critères préalablement fixés par [leurs] organismes contractants". L'accord **Singapour-Australie** prescrit aux entités (article 6 ("Principes de passation des marchés"), paragraphe 7, du chapitre 6) d'informer dans les moindres délais les fournisseurs non retenus, à leur demande, des raisons du rejet, moyennant certaines exceptions. L'article 13 ("Transparence") stipule que les parties doivent publier et rendre accessibles, entre autres, les décisions prises concernant l'adjudication des marchés. L'accord **Nouvelle-Zélande-Singapour** (article 52, paragraphe 4) comporte des dispositions relatives aux renseignements en cas de rejet identiques à celles de l'accord

Australie-Singapour. De plus, les accords **Australie-Nouvelle-Zélande** (clause 2 e)) et Nouvelle-Zélande-Singapour (article 49 e)) confèrent aux parties l'obligation de se fonder principalement sur le critère d'optimisation des ressources pour les décisions prises en matière de passation des marchés.¹⁹ L'accord Singapour-Australie (article 6 2) du chapitre 6) prévoit que les parties feront en sorte que les procédures d'appel d'offres rentabilisent l'investissement.

¹⁹ L'article 48 de l'accord Nouvelle-Zélande-Singapour définit l'optimisation des ressources comme "le meilleur emploi possible de l'argent dépensé pour répondre aux besoins de l'organisme acheteur. Pour déterminer s'il y a optimisation des ressources, il est nécessaire de comparer les coûts et avantages globaux directement en rapport avec l'opération d'approvisionnement". Les "coûts et avantages globaux" sont ensuite définis comme incluant "l'adéquation avec les besoins et d'autres aspects comme la qualité, les performances, le prix, la livraison, des accessoires et biens fongibles, le service après-vente et l'aliénation".

J. NÉGOCIATION

76. Certains accords, en particulier ceux qui suivent de près l'AMP, spécifient que les entités pourront tenir des négociations avec les soumissionnaires, pour autant que cela ait été indiqué dans l'avis d'appel d'offres initial qu'il résulte de l'évaluation qu'aucune offre n'est plus avantageuse. Certaines sauvegardes en matière de procédure sont destinées à garantir que ces négociations ne créent pas de discrimination entre les fournisseurs. Plusieurs accords (à savoir les accords suivants: **Japon-Singapour**, **États-Unis-Singapour**, **AELE**, **CE-Mexique**, en ce qui concerne les CE et **AELE-Mexique**, en ce qui concerne l'AELE) incorporent par référence l'article XIV de l'AMP ("Négociation"). L'article 1014 de l'**ALENA** ("Règles de négociations"), qui est incorporé par référence dans les accords **CE-Mexique** et **AELE-Mexique**, en ce qui concerne le Mexique, est très semblable aux dispositions de l'AMP. Outre le fait qu'ils précisent les conditions de négociation, ces accords stipulent que les entités ne doivent pas faire de discrimination entre les fournisseurs. Par exemple, ils disposent qu'elles feront en sorte que l'élimination de tout participant se fasse selon les critères préétablis.

AMP
Article XIV: Négociation

1. Une Partie pourra prévoir que les entités procèdent à des négociations:
 - a) dans le contexte des marchés publics pour lesquels elles ont indiqué qu'elles en avaient l'intention, à savoir dans l'avis mentionné au paragraphe 2 de l'article IX (l'invitation à participer à la procédure pour le projet de marché faite aux fournisseurs); ou
 - b) lorsqu'il résulte de l'évaluation qu'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.
2. Les négociations serviront principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions.
3. Les entités traiteront les soumissions de manière confidentielle. En particulier, elles ne donneront pas d'information destinée à aider des participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants.
4. Au cours des négociations, les entités ne feront pas de discrimination entre les différents fournisseurs. En particulier, elles feront en sorte que:
 - a) l'élimination de tout participant se fasse selon les critères énoncés dans les avis et la documentation relative à l'appel d'offres;
 - b) toutes les modifications apportées aux critères et aux prescriptions techniques soient communiquées par écrit à tous les participants aux négociations qui restent en lice;
 - c) tous les participants qui restent en lice aient la possibilité de présenter des soumissions nouvelles ou modifiées sur la base des prescriptions révisées;
 - d) lorsque les négociations seront achevées, tous les participants aux négociations qui restent en lice soient autorisés à présenter des soumissions finales dans un délai qui sera le même pour tous.

77. L'article 151 ("Négociations") de l'accord **CE-Chili** inclut la plupart des éléments figurant dans les accords susmentionnés. Comme indiqué dans la section D relative aux méthodes de passation des marchés, la **Directive des CE** (articles 30 et 31) contient des dispositions détaillées sur l'utilisation des procédures négociées, qui imposent des conditions strictes quant à la conduite des négociations. D'autres accords ne prévoient pas de règles de procédure distinctes axées sur les négociations.

K. COMMUNICATION D'INFORMATIONS

78. Les accords examinés contiennent le plus souvent une disposition générale prévoyant la publication des lois, règlements, décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale et de toutes procédures concernant la passation des marchés publics visée par les disciplines pertinentes.²⁰

79. Les accords **Japon-Singapour** et **États-Unis-Singapour** et l'Accord de l'**AELE** incorporent des parties de l'article XIX de l'AMP ("Information et examen concernant les obligations des parties").²¹ Outre le fait qu'ils prévoient la publication des lois, règlements et autres procédures dans des publications spécifiques, ces accords stipulent que les parties doivent, entre autres choses, se tenir prêtes à fournir des explications à l'autre partie, sur demande de sa part, sur leurs procédures de passation des marchés publics. Le paragraphe 5 qui n'a été incorporé que dans l'accord de l'AELE prévoit des règles quant à l'établissement de statistiques et à leur communication aux autres parties.

AMP

Article XIX: Information et examen concernant les obligations des Parties

1. Chaque Partie publiera dans les moindres délais 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 visés par le présent accord, dans les publications appropriées dont la liste figure à l'Appendice IV, et de façon à permettre aux autres Parties et aux fournisseurs d'en prendre connaissance. Chaque Partie se tiendra prête à fournir des explications sur ses procédures de passation des marchés publics à toute autre Partie qui en fera la demande.

2. Le gouvernement d'un soumissionnaire non retenu qui est Partie au présent accord pourra, sans préjudice des dispositions de l'article XXII, 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. À 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. Normalement, ce dernier renseignement pourra être divulgué par le gouvernement du soumissionnaire non retenu 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 sera divulgué qu'après consultation et avec l'accord de la Partie qui l'aura communiqué au gouvernement du soumissionnaire non retenu.

3. Les renseignements disponibles concernant la passation de marchés par les entités visées et les marchés qu'elles auront adjugés seront communiqués à toute autre Partie qui en fera demande.

4. Les renseignements confidentiels fournis à une Partie, dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs, ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la Partie qui les aura fournis.

5. Chaque Partie établira ses statistiques annuelles des marchés visés par le présent accord et les communiquera au Comité. Ces communications contiendront les renseignements ci-après sur les marchés adjugés par toutes les entités contractantes visées par le présent accord:

²⁰ Divers AIE contiennent des obligations générales en matière de transparence (par exemple, la publication des lois et règlements) qui ne sont pas spécifiques aux marchés publics. Bien que celles-ci puissent compléter ou remplacer des dispositions liées à la passation des marchés, elles ne sont pas traitées dans la présente Note, compte tenu de leur caractère horizontal.

²¹ Dans le cas des deux premiers accords, cela ne concerne que les paragraphes 1 à 4 de l'article XIX de l'AMP.

- a) pour les entités mentionnées à l'annexe 1, statistiques indiquant globalement et par entité la valeur estimée des marchés adjugés, aussi bien au-dessus qu'au-dessous de la valeur de seuil; pour les entités mentionnées aux annexes 2 et 3, statistiques indiquant globalement et par catégorie d'entités la valeur estimée des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil;
- b) pour les entités mentionnées à l'annexe 1, statistiques indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil, ventilées par entité et par catégorie de produits et services suivant des classifications uniformes; pour les entités mentionnées aux annexes 2 et 3, statistiques indiquant la valeur estimée des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil, ventilées par catégorie d'entités et par catégorie de produits ou de services;
- c) pour les entités mentionnées à l'annexe 1, statistiques indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés dans chacune des circonstances visées à l'article XV, ventilées par entité et par catégorie de produits et services; pour les catégories d'entités mentionnées aux annexes 2 et 3, statistiques indiquant la valeur totale des marchés adjugés au-dessus de la valeur de seuil dans chacune des circonstances visées à l'article XV; et
- d) pour les entités mentionnées à l'annexe 1, statistiques, ventilées par entité, indiquant le nombre et la valeur totale des marchés adjugés au titre des dérogations à l'Accord énoncées aux annexes pertinentes; pour les catégories d'entités mentionnées aux annexes 2 et 3, statistiques indiquant la valeur totale des marchés adjugés au titre des dérogations à l'Accord énoncées aux annexes pertinentes.

Pour autant que ces renseignements soient disponibles, chaque Partie communiquera des statistiques indiquant le pays d'origine des produits et services achetés par ses entités. En vue d'assurer que ces statistiques soient comparables, le Comité donnera des indications concernant les méthodes à utiliser. En vue d'assurer une surveillance efficace des marchés visés par le présent accord, le Comité pourra décider à l'unanimité de modifier les prescriptions énoncées aux alinéas a) à d) pour ce qui concerne la nature et l'étendue des renseignements statistiques à communiquer, ainsi que les ventilations et les classifications à utiliser.

80. S'ils diffèrent les uns des autres, l'**ALENA** (article 1019: "Information") et les accords **CE-Mexique** (article 31: "Information") et **AELE-Mexique** (article 63: "Communication d'informations", reproduit ci-après) établissent des règles en matière de transparence qui reprennent des éléments clés de l'AMP. L'**ALENA** (article 1020: "Coopération technique") établit également des règles sur des questions telles que la communication de renseignements sur les programmes de formation et d'orientation concernant les systèmes de passation des marchés d'une partie.

Accord AELE-Mexique
Article 63: Communication d'informations

1. Chacune des Parties publiera sans délai, dans les organes de publication appropriés énumérés à l'annexe XIX du présent accord, toute législation, toute réglementation, toute jurisprudence, tout décret administratif d'application générale ainsi que toute procédure concernant les marchés publics qui entrent dans le champ d'application du présent chapitre.
2. Chacune des Parties devra désigner lors de l'entrée en vigueur du présent accord un ou plusieurs points de contact afin de:
 - a) faciliter la communication entre les Parties;
 - b) répondre à toute demande raisonnable de renseignements de la part de l'autre Partie pour fournir des informations sur les affaires concernées par le présent chapitre; et
 - c) à la demande d'un fournisseur originaire de l'une des Parties, fournir par écrit, dans un délai raisonnable, une réponse motivée au fournisseur et à l'autre Partie afin de savoir si une entité particulière entre dans le champ d'application du présent chapitre.

3. L'une des Parties peut demander des informations supplémentaires concernant l'attribution d'un contrat, si besoin est, afin de déterminer si la procédure d'adjudication a été juste et impartiale, notamment vis-à-vis des soumissionnaires rejetés. À cet effet, la Partie de l'entité adjudicatrice fournira les informations sur les caractéristiques et les avantages comparatifs de l'offre retenue ainsi que sur le prix du contrat. Si la révélation et la communication de ces informations sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence dans le cadre d'appels d'offres à venir, lesdites informations ne seront pas communiquées par la Partie demandeuse, sauf après consultation et accord de la Partie qui a fourni les informations.
4. Sur demande d'une Partie, l'autre Partie s'engage à lui mettre à disposition, ainsi qu'à l'entité de celle-ci, les informations sur les procédures d'adjudication menées par ses propres entités et sur les contrats attribués par ses entités, qui entrent dans le champ d'application du présent chapitre.
5. Aucune des Parties ne peut révéler ni communiquer des informations confidentielles dont la révélation et la communication sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'une personne particulière ou à la libre concurrence entre les fournisseurs, sans l'accord formel de la personne qui a fourni les informations à la Partie.
6. Aucune disposition énoncée au présent chapitre ne saurait être invoquée afin d'exiger de l'une des Parties la révélation et la communication d'informations confidentielles dont la révélation et la communication empêcheraient l'application de la législation ou seraient contraires aux intérêts publics.
7. Chacune des Parties devra élaborer et échanger des statistiques annuelles sur ses marchés publics qui entrent dans le champ d'application du présent chapitre.¹ Ces rapports devront remplir les exigences énoncées à l'annexe XX du présent accord.

¹ Le premier échange d'informations (paragraphe 7 de l'article 63) aura lieu deux ans après l'entrée en vigueur du présent accord. Entre-temps, les Parties se communiqueront réciproquement toutes les données disponibles, comparables et pertinentes.

81. Les accords **CE-Chili** (article 142), **États-Unis-Chili** (article 9.3) et **République de Corée-Chili** (article 15.5, reproduit ci-après) se limitent à une obligation de publier les lois et règlements relatifs à la passation des marchés ainsi que toute modification de ces lois et règlements. En outre, l'accord **Singapour-Australie** (article 13 du chapitre 6) prévoit que les "parties appliqueront toutes les lois et tous les règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics de façon uniforme, juste et équitable afin que leurs structures de gouvernance assurent une transparence aux fournisseurs potentiels".

Accord République de Corée-Chili
Article 15.5: Transparence

1. Chaque Partie publie rapidement les lois, règlements, décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale et procédures, y compris les clauses contractuelles types, relatifs aux marchés publics visés par le présent chapitre, dans les publications appropriées, notamment dans les médias électroniques officiellement désignés.
2. Chaque Partie publie rapidement, et de la même manière qu'au paragraphe 1, les modifications apportées à ces actes.

82. Les accords **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** (article 16.05) prévoient que les entités "offrent la diffusion effective et la compréhension" de "[leurs] systèmes de passation de[s] marchés publics" et des "résultats des processus d'appels d'offres". Les parties s'engagent également à se communiquer leur législation intérieure régissant les marchés publics, ainsi que toute modification, dans un délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord.

83. La **Directive des CE** (voir l'Annexe VIII) énonce des règles spécifiques sur la publication des renseignements relatifs à la passation des marchés. Par exemple, les pouvoirs adjudicateurs doivent envoyer les renseignements pertinents à l'Office des publications officielles des Communautés européennes.²² Les pratiques relatives à la publication des lois et règlements sont régies par d'autres dispositions des CE qui ne sont pas spécifiques à la passation des marchés. En outre, comme cela a été noté précédemment, l'article 41 de la Directive ("Information des candidats et des soumissionnaires") prévoit, entre autres choses, que les autorités doivent communiquer rapidement à tout candidat ou soumissionnaire écarté, à sa demande, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre.

84. Certains accords, notamment parmi les plus récents, imposent des disciplines liées à la passation des marchés, en ce qui concerne la communication de renseignements par des moyens électroniques. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.17: "Renseignements publics", reproduit ci-après) dispose que les parties doivent tenir des bases de données informatisées fournissant des renseignements sur tous les marchés couverts.

Accord États-Unis-Chili
Article 9.17: Renseignements publics

1. Pour faciliter l'accès aux renseignements relatifs aux possibilités commerciales en vertu du présent chapitre, chacune des Parties veillera à ce que les bases de données informatisées qui fournissent des renseignements sur tous les marchés couverts par le présent chapitre menés par les entités répertoriées dans l'annexe 9.1 A), notamment les renseignements susceptibles d'être répartis en catégories de produits et services, soient mis à la disposition des fournisseurs intéressés de l'autre Partie sur Internet ou sur un réseau informatique de télécommunication comparable. Chacune des Parties fournira, à la demande de l'autre Partie, des renseignements sur:

- a) le système de classification utilisé pour répartir les renseignements relatifs au marché de différents produits et services dans les bases de données; et
- b) les procédures d'accès aux bases de données.

2. Les entités répertoriées dans l'annexe 9.1 A) publieront des avis relatifs aux marchés à venir dans un document électronique à une seule entrée publié au niveau du gouvernement accessible sur Internet ou sur un réseau informatisé de télécommunication comparable. Pour les entités répertoriées dans l'annexe 9.1 B), chacune des Parties permettra aux fournisseurs de l'autre Partie d'identifier aisément les possibilités d'attribution de marchés publics, qui incluront un point d'entrée unique.

3. Chacune des Parties invitera ses entités à publier, le plus tôt possible au cours de l'année fiscale, les renseignements relatifs aux plans d'attribution des marchés des entités.

85. L'accord **CE-Chili** (article 156: "Technologies de l'information"), ainsi que les accords **Chili-Corée** (article 15.14), **Chili-Costa Rica** et **Chili-El Salvador** (article 16.11, reproduit ci-après), encouragent l'utilisation de moyens de communication électroniques pour la diffusion des informations relatives aux marchés publics.

²² Voir également les règles détaillées concernant la publication des avis (articles 35 et 36), y compris en ce qui concerne la publication des résultats des procédures d'attribution.

Accord Chili-El Salvador
Article 16.05: Transparence et transmission d'information

1. En plus des dispositions de l'article 17.04 (Fourniture d'information), chaque Partie s'assurera que ses organismes offrent la diffusion effective et la compréhension:
 - a) de ses systèmes de passation de marchés publics;
 - b) des opportunités commerciales générées par les processus d'appels d'offres respectifs, en fournissant aux fournisseurs de l'autre Partie toute l'information nécessaire pour participer à ces appels d'offres; et
 - c) des résultats des processus d'appels d'offres.
2. Chaque Partie s'assurera que les adjudications sont dûment fondées sur les critères préalablement fixés par ses organismes contractants.
3. Chaque Partie s'engage à communiquer à l'autre Partie, dans un délai n'excédant pas un (1) an à compter de l'entrée en vigueur du présent traité, la législation régulant la passation de marchés publics dans ses différents pays ainsi que les organismes visés par le présent chapitre. Cette obligation s'étend à toute modification apportée à ladite information.

86. L'accord entre les **CE et le Mexique** (article 33: "Technologies de l'information", reproduit ci-après) prévoit également une coopération destinée à faire en sorte, entre autres choses, que les informations que les parties échangent par voie électronique soient comparables en termes d'accessibilité et de qualité.

Accord CE-Mexique
Article 33: Technologies de l'information

1. Les parties coopèrent en vue de faire en sorte que les informations relatives aux marchés figurant dans leurs bases de données, notamment les avis et dossiers d'appel d'offres, soient comparables en termes de qualité et d'accessibilité. De même, elles coopèrent en vue de faire en sorte que les informations échangées par voie électronique entre les intéressés pour les besoins des marchés publics soient comparables en termes de qualité et d'accessibilité.
2. Prenant dûment en compte les problèmes d'interopérabilité et d'interconnexion et après avoir convenu que les informations visées au paragraphe 1 sont comparables, les parties font en sorte de donner aux fournisseurs de l'autre partie accès aux informations relatives aux marchés, notamment aux avis d'appel d'offres, qui figurent dans leurs bases de données respectives ainsi qu'à leurs systèmes électroniques respectifs de passation des marchés, notamment à leurs systèmes électroniques d'appel d'offres conformément à l'article 26.

87. L'accord **Singapour-Australie** (article 11 du chapitre 6: "Approvisionnement électronique", reproduit ci-après) comporte des dispositions encourageant une utilisation plus importante des moyens électroniques dans le processus de passation des marchés, y compris en ce qui concerne l'accès à l'information.

Accord Singapour-Australie
Article 11: Approvisionnement électronique

1. Les Parties, dans le cadre de leur engagement à promouvoir le commerce électronique, s'efforceront de créer des possibilités de passer des marchés publics par le biais de moyens électroniques, ci-après dénommées approvisionnement électronique.
2. Chaque Partie s'emploiera à établir un point d'entrée unique dans le but de permettre aux fournisseurs d'avoir accès à de l'information sur les possibilités de marchés sur son territoire.
3. Afin de faciliter l'accès des fournisseurs d'une Partie aux possibilités d'approvisionnement électronique de l'autre Partie, les Parties coopéreront, dans la mesure du possible, à faire en sorte que soient adoptées des procédures et des politiques qui:
 - a) ménagent un accès équitable à tous les fournisseurs potentiels de l'autre Partie;
 - b) favorisent l'utilisation des systèmes les plus efficaces sur le plan des coûts pour les fournisseurs potentiels, dans les cas où les Parties utilisent des systèmes d'authentification;
 - c) assurent aux fournisseurs potentiels le plus faible coût, dans les cas où les Parties choisissent de passer des marchés de biens ou de services par le biais de ventes aux enchères en ligne ou inversées;
 - d) préviennent les altérations non autorisées et non détectées des documents; et
 - e) assurent des niveaux appropriés de sécurité aux données portant sur le réseau de l'entité contractante ou passant par ce réseau.
4. Chaque Partie, dans la mesure du possible, portera les possibilités de marchés offertes au public à la connaissance des fournisseurs par le biais d'Internet ou de tout support électronique accessible sur les réseaux publics. Dans la mesure du possible, chaque Partie communiquera les documents pertinents par les mêmes moyens.

88. La **Directive des CE** va plus loin que la plupart des autres accords à cet égard. L'article 42 ("Règles applicables aux communications") prévoit que les outils utilisés par les pouvoirs adjudicateurs pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire et être couramment à la disposition du public. Cet article énonce également des règles applicables aux dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres et des demandes de participation (qui figurent également à l'annexe X), par exemple, aux signatures électroniques.

L. PROCÉDURES DE CONTESTATION

89. Une bonne partie des accords examinés contiennent des prescriptions obligatoires concernant l'établissement d'un système national de contestation des soumissions. Les fournisseurs ayant subi un préjudice ont le droit de déposer un recours auprès d'un tribunal national ou d'un organisme d'examen indépendant.

90. Les accords **Japon-Singapour** et **États-Unis-Singapour** et l'Accord de l'**AELE** incorporent par référence l'article XX de l'AMP ("Procédures de contestation", reproduit ci-après). Les parties peuvent conférer le pouvoir de connaître des contestations à des tribunaux nationaux ou à un organe d'examen impartial et indépendant. Si une contestation d'offre est soumise à un organe qui n'a pas le statut de tribunal, ou bien les décisions de cet organe font l'objet d'un examen judiciaire, ou bien celui-ci applique les procédures et critères énoncés en détail dans les accords susmentionnés. Par exemple, l'organe d'examen des contestations doit avoir le pouvoir d'ordonner la correction d'une violation de l'accord ou, dans certaines limites, la compensation des pertes ou dommages subis par un fournisseur. Dans l'attente de l'issue de la procédure de contestation, l'organe en question doit être à même d'ordonner des mesures transitoires rapides, y compris la suspension du processus de passation du marché, pour corriger les violations des obligations pertinentes et préserver les possibilités commerciales.

AMP

Article XX: Procédures de contestation

Consultations

1. En cas de plainte d'un fournisseur pour violation du présent accord dans le cadre de la passation d'un marché, chaque Partie encouragera ce fournisseur à chercher à régler la question en consultation avec l'entité contractante. En pareil cas, l'entité contractante examinera la plainte avec impartialité et rapidement, d'une manière qui n'entravera pas l'adoption de mesures correctives dans le contexte du mécanisme de contestation.

Contestation

2. Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt.

3. Chaque Partie établira ses procédures de contestation par écrit et les rendra généralement accessibles.

4. Chaque Partie fera en sorte que la documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés visés par le présent accord soit conservée pendant trois ans.

5. Le fournisseur intéressé pourra être tenu d'engager une procédure de contestation et d'adresser une notification à l'entité contractante dans des délais spécifiés qui courront à compter de la date à laquelle le fondement de la plainte sera connu ou devrait raisonnablement avoir été connu, et qui ne seront en aucun cas inférieurs à dix jours.

6. Les contestations seront soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication et dont les membres sont à l'abri d'une influence extérieure pendant la durée du mandat. Dans les cas où l'organe d'examen ne sera pas un tribunal, ou bien ledit organe fera l'objet d'un examen judiciaire, ou bien il appliquera des procédures en vertu desquelles:

- a) les participants pourront être entendus avant qu'une opinion soit donnée ou une décision rendue;
- b) les participants pourront se faire représenter et accompagner;
- c) les participants auront accès à toute la procédure;

- d) la procédure pourra être publique;
- e) les opinions ou décisions seront rendues par écrit, avec un exposé indiquant leurs motifs;
- f) des témoins pourront être entendus;
- g) les documents seront communiqués à l'organe d'examen.

7. Les procédures de contestation prévoiront:

- a) des mesures transitoires rapides pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales. Cette action pourra entraîner la suspension du processus de passation du marché. Toutefois, les procédures pourront prévoir que des conséquences défavorables primordiales pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, pourront être prises en compte lorsqu'il faudra décider si de telles mesures devraient être appliquées. En pareil cas, tout défaut d'action sera motivé par écrit;
- b) une évaluation et une possibilité de décision concernant la justification de la contestation;
- c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation.

8. En vue de la protection des intérêts commerciaux et autres concernés, la procédure de contestation sera normalement achevée sans tarder.

91. Les accords **CE-Mexique** (article 30) et **AELE-Mexique** (article 62) reprennent les dispositions de l'article XX de l'AMP, si ce n'est que dans les deux cas ces articles contiennent une clause additionnelle:

"L'une des Parties peut exiger conformément à sa législation qu'une procédure soit engagée seulement après la publication de l'appel d'offres ou, si la publication n'a pas lieu, après que la documentation de soumission ait été mise à disposition. Si ladite Partie impose une telle exigence, la période de dix jours mentionnée au paragraphe 5 ne commencera pas avant la date de la publication de l'appel d'offres ou la date de la remise de la documentation de soumission. Rien dans cette disposition n'empêche les fournisseurs intéressés à utiliser la voie d'un recours judiciaire."

92. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.13) énonce également des règles détaillées concernant l'établissement d'autorités d'examen indépendantes. Si les termes utilisés ne sont pas les mêmes que ceux des accords auxquels il est fait référence plus haut, cet accord inclut, comme un élément clé, l'obligation d'établir une autorité indépendante chargée d'examiner les contestations, qui ait le pouvoir de prendre des mesures provisoires. Toutefois, cet accord ne contient aucune disposition spécifique concernant la compensation qui doit être versée pour les pertes ou dommages subis.

Accord États-Unis-Chili

Article 9.13: Examen national des contestations des fournisseurs

Autorités d'examen indépendantes

1. Chacune des Parties mettra en place ou désignera au moins une autorité administrative ou judiciaire impartiale et indépendante de ses entités dont le mandat sera de recevoir et d'examiner les contestations soumises par les fournisseurs concernant les mesures d'application du présent chapitre par rapport aux marchés visés par le présent chapitre et de faire des constatations et des recommandations. Si un organisme autre que l'autorité impartiale examine en premier lieu une contestation soumise par un fournisseur, la Partie veillera à ce que le fournisseur puisse interjeter appel de la décision initiale auprès d'une autorité administrative ou judiciaire impartiale et indépendante de l'entité visée par la contestation.
2. Chacune des Parties fera en sorte que l'autorité qu'elle met en place ou désigne en vertu du paragraphe 1 ait le pouvoir de prendre rapidement des mesures provisoires en attendant la décision touchant la contestation afin que le fournisseur ait toujours la possibilité de participer à l'appel d'offres et que la Partie se conforme aux dispositions du présent chapitre, notamment la suspension de l'attribution du marché ou de l'exécution d'un marché déjà attribué.
3. Chacune des Parties veillera à ce que sa procédure d'examen soit publiée et soit rapide, transparente, efficace et conforme aux principes d'application régulière de la loi.
4. Chacune des Parties fera en sorte que tous les documents relatifs à la contestation d'une attribution de marchés visée par le présent chapitre soient mis à la disposition de toute autorité qu'elle a mise en place ou désignée en vertu du paragraphe 1.
5. Nonobstant d'autres procédures d'examen fournies ou élaborées par chacune des Parties, chacune d'elles fera en sorte que toute autorité qu'elle met en place ou désigne en vertu du paragraphe 1 respecte au moins les règles suivantes:
 - a) le fournisseur aura la possibilité d'examiner les documents pertinents et d'être entendu par l'autorité en temps opportun;
 - b) un fournisseur disposera d'un délai suffisant pour préparer et présenter une contestation par écrit. Ce délai ne sera en aucun cas inférieur à dix jours à compter de la date à laquelle le fournisseur a pris ou aurait dû prendre raisonnablement connaissance de la cause de la plainte;
 - c) une entité devra répondre par écrit à la contestation du fournisseur;
 - d) le fournisseur aura la possibilité de répondre aux arguments de l'entité visée par la contestation; et
 - e) l'autorité livrera ses décisions par écrit concernant la contestation en expliquant les fondements de chaque décision.
6. Chacune des Parties fera en sorte qu'une contestation soumise par un fournisseur ne porte pas préjudice audit fournisseur quant à sa participation à de futurs appels d'offre.

93. L'ALENA (article 1017: "Contestation des offres") établit également des règles détaillées dans ce domaine (reproduit ci-après). L'article 1017 stipule que les parties doivent établir un organisme d'examen indépendant qui pourra demander à l'entité de réévaluer les offres, d'émettre un nouvel appel d'offres ou d'annuler le marché en question. Contrairement à l'AMP, qui prévoit expressément que l'organe d'examen des contestations ait le pouvoir de demander la correction des violations ou le versement d'une compensation, l'ALENA prévoit que les entités "devront en principe suivre les recommandations de l'organisme d'examen".

ALENA

Article 1017: Contestation des offres

1. Afin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, chacune des Parties adoptera et maintiendra des procédures de contestation des offres pour les marchés visés par le présent chapitre, en conformité avec les points suivants:

- a) chacune des Parties permettra aux fournisseurs de présenter des contestations des offres portant sur tout aspect du processus de passation des marchés, lequel, pour l'application du présent article, débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du marché;
- b) une Partie pourra encourager un fournisseur à régler sa plainte à l'amiable avec l'entité concernée avant d'amorcer une contestation des offres;
- c) chaque Partie fera en sorte que ses entités examinent de façon impartiale et en temps opportun toute plainte relative à un marché visé par le présent chapitre;
- d) qu'un fournisseur ait ou non cherché à régler sa plainte à l'amiable avec l'entité, ou que sa tentative se soit soldée par un échec, aucune des Parties ne pourra empêcher ledit fournisseur de présenter une contestation des offres ou d'utiliser toute autre voie de recours possible;
- e) une Partie pourra exiger d'un fournisseur qui engage une contestation qu'il en informe l'entité;
- f) une Partie pourra limiter le délai octroyé à un fournisseur pour engager une contestation. Cependant, ce délai ne pourra en aucun cas être inférieur à dix jours ouvrables à compter de la date à laquelle le motif de la plainte aura été connu ou aurait raisonnablement dû être connu du fournisseur;
- g) chacune des Parties établira ou désignera un organisme d'examen n'ayant aucun intérêt substantiel dans le résultat des appels d'offres, qui sera chargé de recevoir les contestations relatives aux offres, de les étudier et de faire des recommandations;
- h) dès réception d'une contestation d'offre, l'organisme d'examen examinera promptement la contestation;
- i) une Partie pourra demander à son organisme d'examen de limiter son étude à la contestation elle-même;
- j) pendant l'examen de la contestation, l'organisme d'examen pourra reporter l'adjudication du marché jusqu'au règlement de la contestation, sauf dans les cas d'urgence ou lorsque le report serait contraire à l'intérêt public;
- k) l'organisme d'examen recommandera un moyen de régler la contestation. Il pourra notamment demander à l'entité de réévaluer les offres, d'émettre un nouvel appel d'offres ou d'annuler le marché;
- l) les entités devront en principe suivre les recommandations de l'organisme d'examen;
- m) chacune des Parties devrait autoriser son organisme d'examen à formuler, après la conclusion de la procédure de contestation, d'autres recommandations écrites à une entité relativement à tout aspect du mécanisme de passation des marchés que, durant l'examen de la contestation, il aura jugé déficient et à recommander notamment des modifications à apporter aux procédures de passation des marchés afin de les rendre conformes au présent chapitre;
- n) l'organisme d'examen devra présenter par écrit et en temps opportun ses conclusions et ses recommandations aux Parties et aux personnes intéressées;
- o) chacune des Parties indiquera par écrit, et mettra à la disposition de tous les intéressés, toutes ses procédures de contestation des offres;

p) chacune des Parties fera en sorte que ses entités conservent des documents complets sur tous les marchés, y compris un registre de toutes les communications ayant influé sur chaque marché, pendant une période minimale de trois ans à compter de la date d'adjudication, afin qu'il soit possible de vérifier si le processus de passation des marchés aura été appliqué d'une manière conforme au présent chapitre.

2. Une Partie pourra exiger qu'une contestation des offres ne soit engagée qu'après la publication d'un avis ou, si un avis n'est pas publié, après que la documentation relative à l'appel d'offres aura été mise à la disposition des intéressés. Si tel est le cas, la période de dix jours ouvrables prévue à l'alinéa 1 f) commencera au plus tôt à la date de publication de l'avis ou à la date à laquelle la documentation relative à l'appel d'offres aura été mise à la disposition des intéressés.

94. Les CE ont également des règles détaillées en ce qui concerne les procédures de contestation, lesquelles règles figurent dans des directives distinctes.²³ Un candidat ou soumissionnaire écarté est autorisé à porter les procédures d'adjudication d'un marché devant les organes nationaux d'examen tels que des tribunaux ou des organes administratifs spécialisés. Avant la signature d'un contrat, les organes d'examen sont habilités, s'il y a lieu, à prendre des mesures provisoires, y compris la suspension des procédures d'adjudication. Lorsque le contrat a été signé, des dommages-intérêts peuvent être accordés aux soumissionnaires lésés.

Directive 89/665/CEE

Articles 1, 2 et 3

Article premier

1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des Directives 71/305/CEE et 77/62/CEE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2, paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.

²³ Les règles concernant les procédures de contestation dans le cadre de la passation des marchés publics figurent dans la Directive 89/665/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux; et dans la Directive 92/13/CEE, qui s'applique aux entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Par souci de brièveté, la présente note traite essentiellement des règles contenues dans la Directive 89/665/CEE, qui sont d'application plus générale.

Article 2

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1 prévoient les pouvoirs permettant:

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;
- c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Les procédures de recours ne doivent pas en elles-mêmes avoir nécessairement des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se réfèrent.

4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

5. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

7. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

8. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité CEE et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

Article 3

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue au présent article lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application des Directives 71/305/CEE et 77/62/CEE.
 2. La Commission notifie à l'État membre et au pouvoir adjudicateur concernés les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste a été commise et en demande la correction.
 3. Dans les 21 jours qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:
 - a) la confirmation que la violation a été corrigée; ou
 - b) une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été faite; ou
 - c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).
 4. Une conclusion motivée au sens du paragraphe 3, point b), peut notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours tel que visé à l'article 2, paragraphe 8. Dans ce cas, l'État membre informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.
 5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue dans les conditions prévues au paragraphe 3, point c), l'État membre notifie à la Commission la levée de la suspension ou le commencement d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification doit confirmer que la violation alléguée a été corrigée ou inclure une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été faite.
- [...]

95. D'autres accords sont moins détaillés. L'article 155 de l'accord **CE–Chili** (reproduit ci-après) prévoit que les contestations doivent être portées devant un organe d'examen impartial et indépendant, qui peut, s'il y a lieu, demander la correction d'une violation ou une compensation. L'article 15.13 des accords **Chili–Costa Rica** et **Chili–El Salvador** va dans le même sens, si ce n'est qu'il ne confère pas à l'organisme d'examen le pouvoir de prendre des mesures provisoires rapides pour corriger les violations de l'accord et préserver les opportunités commerciales. L'article 16.08 de ces accords stipule que chaque partie maintiendra ou établira des procédures administratives ou judiciaires permettant, sur demande, le prompt recours aux décisions administratives visant les marchés publics.

Accord CE-Chili
Article 155: Contestation des offres

1. Les entités examinent avec impartialité et en temps opportun les éventuelles plaintes de fournisseurs alléguant une violation du présent titre dans le cadre d'une procédure de passation de marché.
2. Chaque partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations du présent titre dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt.
3. Les contestations doivent être portées devant un organe d'examen impartial et indépendant. Un organe d'examen qui n'est pas un tribunal soit fait l'objet d'un examen judiciaire soit présente des garanties procédurales comparables à celles d'un tribunal.
4. Les procédures de contestation prévoient:
 - a) des mesures transitoires rapides pour remédier aux violations du présent titre et préserver les opportunités commerciales. Cette action peut entraîner la suspension du processus de passation du marché. Toutefois, les procédures peuvent prévoir la possibilité de prendre en compte des conséquences défavorables majeures pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, au moment de décider si de telles mesures devraient être appliquées; ainsi que
 - b) s'il y a lieu, la correction de la violation du présent titre ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui peut être limitée aux coûts de l'élaboration de la soumission ou de la contestation.

96. L'accord **Singapour-Australie** suit une approche encore plus générale. L'article 12 du chapitre 6 ("Examen du processus d'appel d'offres") stipule que les parties accorderont aux fournisseurs un accès non discriminatoire, rapide, transparent et efficace à un organe administratif ou judiciaire chargé d'examiner les violations prétendues.

Accord Singapour-Australie
Article 12: Examen du processus d'appel d'offres

1. En cas de plainte d'un fournisseur pour violation des lois, règlements, procédures ou pratiques de la Partie contractante en matière de marchés publics dans le cadre de la passation d'un marché dans lequel il a, ou a eu, un intérêt, chaque Partie encouragera ce fournisseur à chercher à régler la question en consultation avec l'entité contractante. En pareil cas, l'entité contractante examinera la plainte avec impartialité et rapidement.
2. Chaque Partie accordera aux fournisseurs de l'autre Partie un accès non discriminatoire, rapide, transparent et efficace à un organe administratif ou judiciaire compétent pour entendre ou examiner les plaintes pour violations prétendues des lois, règlements, procédures ou pratiques de la Partie contractante en matière de marchés publics dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt.
3. Chaque Partie rendra généralement accessibles des renseignements sur les mécanismes de plainte.

97. L'accord **Nouvelle-Zélande-Singapour** n'énonce pas de règles prévoyant l'établissement d'un organe d'examen des contestations. L'article 54 ("Différends entre un fournisseur et un organisme gouvernemental acheteur") prévoit que les plaintes des fournisseurs soient portées devant l'organe désigné sur le territoire duquel ils sont établis. L'organisme désigné qui reçoit la plainte peut ensuite en saisir officiellement l'organisme désigné de l'autre partie, pour qu'il enquête sur le présumé non-respect. L'accord **Australie-Nouvelle-Zélande** prévoit des procédures de contrôle similaires (Annexe 2 de l'Accord sur les marchés publics (révisé en 1997)).

M. AUTRES QUESTIONS FAISANT L'OBJET DE DISCIPLINES SPÉCIFIQUES

98. Cette note visant à permettre de faire le point sur les éléments clés des disciplines relatives aux marchés publics dans les accords d'intégration économique, il est nécessaire d'y faire une distinction entre les dispositions plus ou moins pertinentes. Certaines dispositions non évoquées dans les sections précédentes méritent néanmoins peut-être d'être mentionnées. Par exemple, de nombreux accords contiennent des dispositions relatives à la coopération entre les parties ou entités, ainsi qu'aux réexamens ultérieurs de l'accord. Bon nombre d'entre eux contiennent également un article concernant le refus d'accorder des avantages²⁴, ainsi que des dispositions relatives à la privatisation des entités ou à la réduction ou la suppression de la participation au capital des entités.²⁵ Ces dernières dispositions concernent le retrait des entités de la liste des engagements d'une partie lorsqu'un gouvernement décide de se dessaisir du contrôle d'une entité.

99. L'accord **États-Unis-Chili** (article 9.12, reproduit ci-après) comporte des dispositions spécifiques en matière de "bonne gouvernance". Il prévoit que chaque partie fera en sorte que certains actes, par exemple le fait pour les responsables des achats de solliciter de l'argent, soient qualifiés de criminels dans son droit interne.

Accord États-Unis-Chili

Article 9.12: Mesures assurant l'intégrité des pratiques relatives aux marchés

Chacune des Parties adoptera les mesures législatives ou autres mesures pour qualifier, dans son droit interne, de criminel les actes suivants:

- a) le fait, pour le responsable des achats de l'une des Parties, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, tout article ayant une valeur pécuniaire ou tout autre avantage, pour lui-même ou pour toute autre personne, en contrepartie de l'accomplissement ou de l'omission d'un acte quelconque dans l'exercice de ses fonctions d'achat;
- b) le fait, pour toute personne, de proposer ou d'accorder, directement ou indirectement, à un responsable des achats de cette Partie, tout article ayant une valeur pécuniaire ou tout autre avantage, pour lui-même ou pour une autre personne, en contrepartie de l'accomplissement ou de l'omission par ledit responsable d'un acte quelconque dans l'exercice de ses fonctions; et
- c) le fait, pour toute personne, de proposer, de promettre ou de donner intentionnellement à un responsable des achats étrangers, directement ou indirectement, tout avantage pécuniaire indu ou tout autre avantage, pour lui-même ou pour un tiers, en contrepartie de l'accomplissement ou de l'omission par ledit responsable d'un acte quelconque lié à une opération de passation de marché, en vue d'en tirer un avantage indu de nature commerciale ou autre.

100. La **Directive des CE** énonce des règles relatives à un "système d'acquisition dynamique", qui est un processus entièrement électronique pour des achats d'usage courant. L'article 33 établit des règles spécifiques pour la mise en place et l'exploitation d'un tel système électronique d'appel d'offres de façon à assurer un traitement juste à tout fournisseur souhaitant participer. En outre, l'article 54 (reproduit ci-après) de la Directive prévoit des règles pour l'utilisation d'enchères électroniques.²⁶ Ce

²⁴ ALENA, AELE-Mexique, Chili-Costa Rica et Chili-El Salvador.

²⁵ ALENA, CE-Mexique, AELE-Mexique, Chili-Costa Rica et Chili-El Salvador.

²⁶ Dans la Directive, une enchère électronique est définie comme "un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique".

processus permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix, revus à la baisse. Il peut être utilisé par les pouvoirs adjudicateurs avant l'adjudication d'un marché dans le cadre de procédures ouvertes, restreintes ou négociées, lorsque les spécifications du marché peuvent être déterminées avec précision.

Directive 2004/18/CE

Article 54: Utilisation d'enchères électroniques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des enchères électroniques.

2. Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point a), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise.

Dans les mêmes conditions, l'enchère électronique peut être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre visé à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret, et de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique visée à l'article 33.

L'enchère électronique porte:

- soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas,
- soit sur les prix et/ou sur les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui décident de recourir à une enchère électronique en font mention dans l'avis de marché. Le cahier des charges comporte, entre autres, les informations suivantes:

- a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages;
- b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent des spécifications de l'objet du marché;
- c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront, le cas échéant, mises à leur disposition;
- d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique;
- e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir;
- f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs effectuent une première évaluation complète des offres conformément au(x) critère(s) d'attribution et à leur pondération tels que fixés.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs; l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début de l'enchère électronique. L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. L'enchère électronique ne peut débiter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations.

5. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné, effectuée conformément à la pondération prévue à l'article 53, paragraphe 2, premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; à cette fin, les éventuelles fourchettes doivent être exprimées au préalable par une valeur déterminée.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

6. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Ils peuvent également communiquer d'autres informations concernant d'autres prix ou valeurs présentés à condition que cela soit indiqué dans le cahier de charges. Ils peuvent également, à tout moment, annoncer le nombre des participants à la phase de l'enchère. Cependant, en aucun cas, ils ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

7. Les pouvoirs adjudicateurs clôturent l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes:

- a) ils indiquent, dans l'invitation à participer à l'enchère, la date et l'heure fixées au préalable;
- b) lorsqu'ils ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'invitation à participer à l'enchère, le délai qu'ils observeront à partir de la réception de la dernière présentation avant de clôturer l'enchère électronique;
- c) lorsque le nombre de phases d'enchère, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont décidé de clôturer l'enchère électronique conformément au point c), le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au point b), l'invitation à participer à l'enchère indique les calendriers de chaque phase d'enchères.

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs attribuent le marché conformément à l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.
