

CHAPITRE 24

Transparence des marchés publics

Comme on l'a vu au chapitre 18, l'Accord sur les marchés publics (MP) négocié dans le Cycle d'Uruguay est un accord plurilatéral, c'est-à-dire que, contrairement aux autres Accords, qui sont contraignants pour tous les pays membres de l'OMC, il n'engage que les pays qui l'ont ratifié.

La plupart des pays développés sont membres de l'Accord sur les marchés publics mais seuls trois pays ou territoires en développement relativement avancés y ont accédé : Hong Kong (Chine), République de Corée et Singapour. Par conséquent, la plupart des pays en développement et en transition ne sont pas liés par les obligations de fond et de forme de cet accord, mais ils sont bien liés par le GATT de 1994.

L'application du traitement NPF et du traitement national ne concerne pas "l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce". Toutefois, même si les pays ne sont pas tenus de respecter intégralement le principe NPF, ils devront, lorsqu'ils achètent à d'autres pays, accorder aux fournisseurs de ces pays un traitement juste et équitable.

Dans le but d'assujettir les pratiques de tous les pays à la discipline internationale, la Conférence ministérielle de Singapour a décidé, en réponse à une initiative des États-Unis et des Communautés européennes, de créer à l'OMC un Groupe de travail de la transparence des marchés publics, chargé d'étudier la transparence des pratiques de passation des marchés publics et d'élaborer des éléments pouvant être inclus dans un accord approprié. Tous les Membres de l'OMC seraient obligés d'adhérer à cet accord, mais celui-ci n'exigerait pas que les entités acheteuses acceptent les obligations de fond concernant l'application du traitement NPF et du traitement national que l'Accord sur les marchés publics impose. D'après les partisans de cette proposition, le principal avantage d'un tel accord serait d'améliorer la transparence des marchés publics.

Le présent chapitre est divisé en deux sections; dans la première, nous examinerons brièvement les principales dispositions de l'Accord sur les marchés publics et exposerons les motifs pour lesquels les pays en développement sont réticents à y adhérer. La deuxième section est un compte rendu des débats du Groupe de travail en 1997 et 1998.

Accord sur les marchés publics

Champ d'application et obligations

L'Accord s'applique tant aux biens qu'aux services. Toutefois, il ne s'applique qu'aux marchés publics de biens et de services et aux entités acheteuses que chaque Membre a mentionnées sur sa liste annexée à l'appendice I de l'Accord. Ces annexes font partie intégrante de l'Accord.

Accord sur les marchés publics, article 1.4

On peut subdiviser les obligations découlant de l'Accord en deux grandes catégories : obligations de fond et obligations de forme.

Parmi les obligations de fond importantes figurent celles qui obligent les entités acheteuses à appliquer le traitement NPF et le traitement national aux marchés de biens et de services d'une valeur supérieure aux seuils mentionnés dans les annexes 1 à 3 de l'appendice 1 de l'Accord. En obligeant les entités acheteuses à appliquer le traitement national aux fournisseurs étrangers, l'Accord les empêche de faire bénéficier les fournisseurs nationaux de préférences fondées sur le prix ou sur d'autres critères.

Les obligations de forme visent à :

MP, articles VII-XVI

Garantir l'ouverture et la transparence des processus de passation des marchés (appels d'offres ouverts, sélectifs et marchés de gré à gré) et offrir à tous les fournisseurs étrangers intéressés la possibilité de soumissionner;

MP, article XVIII.1

Assurer la transparence de l'adjudication; et

MP, article XX

Offrir des voies de recours aux fournisseurs nationaux et étrangers n'ayant pas emporté le marché, ainsi qu'aux fournisseurs étrangers qui considèrent que le marché a été adjugé dans des conditions contraires à l'Accord.

Réticence des pays en développement à adhérer à l'Accord

Les pays en développement hésitent à adhérer à l'Accord pour de nombreuses raisons, dont notamment les trois suivantes.

Premièrement, à leur avis l'adhésion à l'Accord ne leur apportera que des gains minimes en matière d'exportation. Les principaux bénéficiaires seront les industries manufacturières et de services des pays développés qui pourront tirer parti de l'amélioration de l'accès aux marchés des pays en développement résultant de l'Accord.

Deuxièmement, il existe des possibilités de développement du commerce régional entre pays en développement dans le secteur des marchés publics, mais ce développement ne nécessite pas une adhésion à l'Accord puisque ces pays peuvent prendre des mesures de libéralisation au niveau régional.

Troisièmement, pour la plupart des pays en développement, l'application de l'Accord n'entraînerait probablement pas des gains d'efficacité notables pour les raisons suivantes :

- La plupart des marchés de marchandises sont déjà passés par appels d'offre;
- Dans les pays à faible revenu et les pays les moins avancés, dans lesquels une grande proportion des dépenses publiques sont financées par des institutions internationales et des pays donateurs, les marchés sont passés conformément aux règles de la Banque mondiale qui, à bien des égards, sont similaires à celles de l'Accord sur les marchés publics. De plus, l'Accord n'est pas applicable aux marchés liés, or une forte proportion de l'aide bilatérale est liée.

De plus, alors que l'adhésion à l'Accord n'entraînera pas nécessairement une augmentation des exportations ou des gains d'efficacité, elle obligera les pays en développement à renoncer aux dispositions obligeant les entités acheteuses à donner une préférence de prix aux fournisseurs nationaux, mesure qui vise notamment à encourager le développement des petites industries et des régions arriérées.

Groupe de travail de la transparence des marchés publics

En 1997 et 1998, le Groupe de travail a défini les éléments principaux d'un éventuel accord sur la transparence des marchés publics. Outre les dispositions

pertinentes de l'Accord sur les marchés publics, il a tenu compte des lignes directrices de la Banque mondiale sur les marchés publics, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et des lois nationales.

Eventuels éléments principaux d'un accord sur la transparence des marchés publics

Nous exposerons ci-après succinctement les principaux arguments formulés durant les débats du Groupe de travail en 1997 et 1998 sur les éventuels éléments d'un accord visant à assurer la transparence des marchés publics avant, pendant et après l'adjudication.

Il convient de souligner que le tableau d'ensemble donné ici n'entre pas dans le détail des vues très différentes exprimées tant en ce qui concerne l'opportunité de l'inclusion de tel ou tel élément que sa portée et sa teneur.

Éléments visant à assurer la transparence avant l'adjudication du marché

Champ d'application

Entités visées. Toutes les entités de tous les niveaux des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales et les entreprises appartenant à l'État ou influencées par l'État, peuvent être visées par un accord sur la transparence.

Produits visés. Le champ d'application d'un accord sur la transparence pourrait englober tous les biens et services et toute combinaison de biens et de services.

Seuils. En principe, l'application de l'accord sur la transparence ne devrait pas être limitée aux marchés supérieurs à un certain seuil, mais certaines dispositions pourraient être appliquées de façon plus souple aux petits marchés.

Transactions visées. Acquisition par tout moyen contractuel, y compris par exemple la location-vente ou la location.

Méthodes de passation des marchés

Les dispositions sur les méthodes de passation des marchés devraient être assez souples pour s'appliquer aux différentes méthodes employées par les différents pays et devraient permettre d'utiliser des méthodes autres que l'appel d'offres. Les méthodes employées par les pays membres de l'Accord sur les marchés publics se fondent généralement sur l'appel d'offres pour les marchés de montants importants (appels d'offres ouverts, sélectifs ou limités) mais englobent aussi d'autres méthodes (cartes d'achat, catalogues électroniques) pour les petits marchés.

Selon certains participants, parmi les principales méthodes de passation des marchés publics, la méthode la plus transparente est l'appel d'offres ouvert ou international sans limitation quant au nombre de soumissionnaires éventuels. Des procédures sélectives sont justifiées lorsqu'il n'est pas possible ou efficace d'examiner et d'évaluer un grand nombre de soumissions, tant que tous les fournisseurs éventuellement intéressés ont les mêmes possibilités d'accès aux renseignements sur le marché et peuvent demander à être invités à soumissionner.

Selon d'autres participants, il faut considérer que les appels d'offres sélectifs sont tout aussi transparents que les appels d'offres ouverts, à condition de respecter les principes appropriés. Les appels d'offres ouverts ne sont pas toujours la méthode la plus économique, en particulier pour les marchés complexes.

En ce qui concerne la troisième grande méthode de passation des marchés publics, c'est-à-dire l'appel d'offres limité (appel d'offres individuel ou marché

de gré à gré), il a été suggéré que, comme les informations et les critères de sélection ne sont pas accessibles au public, cette méthode ne devrait être employée que dans des cas où elle se justifie et à titre exceptionnel.

Les instruments internationaux et les pratiques nationales reconnaissent un ensemble commun de situations et de conditions dans lesquelles le recours à l'appel d'offres limité est justifié.

Qualification des fournisseurs

Les systèmes d'enregistrement et de qualification ont un rôle utile à jouer dans le processus de passation des marchés à condition d'être pleinement transparents. À cet égard, le principe de transparence essentiel est que les décisions d'enregistrement et de qualification des fournisseurs ne doivent être fondées que sur des critères définis au début du processus et communiqués aux fournisseurs suffisamment à l'avance. Toute modification des critères de qualifications doit être portée à la connaissance de tous les fournisseurs intéressés.

Publication des lois et règlements

La publication des lois et règlements nationaux permet non seulement aux fournisseurs éventuels de connaître la marche à suivre, mais aussi d'éviter l'arbitraire dans les procédures de passation des marchés. La certitude qui en résulte réduit le coût du processus.

Avis d'appel d'offres

Les renseignements sur les possibilités de marchés figurant dans les avis d'appel d'offres doivent être suffisants pour permettre aux fournisseurs éventuels de déterminer s'ils souhaitent participer à la procédure et se procurer les documents d'appel d'offres. Il existe de grandes différences entre les pratiques nationales en ce qui concerne l'importance des précisions à inclure dans les avis d'appel d'offres initiaux et les documents ultérieurs et il n'est peut-être pas nécessaire de définir des prescriptions minimales précisant le contenu de ces documents ou avis ou de rechercher une harmonisation sur ce plan. Il suffirait que l'accord contienne des principes généraux.

Information sur les possibilités de marchés

La question de l'information préalable sur les possibilités de marchés comporte deux aspects : l'endroit où cette information peut être trouvée et son contenu.

Publications. En ce qui concerne l'endroit où les fournisseurs éventuels peuvent trouver les informations, les arguments suivants ont été avancés :

- ❑ Il faudrait que les possibilités de marchés et les règles de procédure connexes soient connues et mises généralement à la disposition des parties intéressées par une source accessible;
- ❑ Les renseignements sur les possibilités de marchés devraient être publiés dans la presse écrite et/ou diffusés par des moyens électroniques. En ce qui concerne la presse écrite, la publication peut être un journal officiel ou un quotidien national de grande diffusion;
- ❑ Il convient de recourir à la publication électronique dans la mesure du possible, en tenant compte du niveau de développement des Membres de l'OMC. On pourrait publier l'adresse Internet des sites électroniques. Comme la publication électronique offre des avantages importants en termes de coûts et de délais, elle sera de plus en plus employée ces prochaines années.

Teneur de l'information. Les pratiques nationales divergent en ce qui concerne le degré de détail de l'information fournie, mais il faudrait que les renseignements sur les possibilités de marchés contenus dans les avis d'appel d'offres et les

documents d'appel d'offres soient suffisants pour permettre à tout fournisseur éventuel de déterminer s'il a intérêt à participer à l'appel d'offres ou au processus de qualification et de préparer une soumission ou une demande de qualifications bien étayée. Les Membres devraient avoir la possibilité de décider s'ils veulent diffuser l'information sur les possibilités de marchés uniquement au moyen d'avis d'appel d'offres ou si l'essentiel des renseignements devrait être contenu dans les documents d'appel d'offres ou être diffusé par d'autres moyens.

Information sur les préférences accordées aux fournisseurs nationaux. La transparence en ce qui concerne l'existence de préférences ou autres prescriptions discriminatoires permettrait aux soumissionnaires étrangers éventuels de déterminer s'ils ont intérêt à participer à un processus d'appel d'offres malgré l'existence d'une politique nationale discriminatoire. Les fournisseurs intéressés ne peuvent savoir si un marché est réservé à des fournisseurs nationaux ou s'il est ouvert à la concurrence internationale que s'ils disposent à l'avance de renseignements sur l'existence d'éventuelles politiques discriminatoires. La fourniture de renseignements sur les préférences en matière de prix ou les critères de qualification qui favorisent les fournisseurs nationaux permettraient aux fournisseurs de juger de l'intérêt du marché et d'apprécier leurs chances réelles de l'emporter.

Langues. La publication des avis d'appel d'offres ne devrait être obligatoire que dans une langue nationale officielle. L'obligation de traduire les appels d'offres dans une des langues de l'OMC serait trop contraignante.

Délais

En ce qui concerne les délais fixés aux fournisseurs intéressés pour s'acquitter des différentes obligations correspondant aux étapes du processus de passation du marché, il a été suggéré que, plutôt que de fixer des échéances précises dans un accord sur la transparence, le Groupe pourrait se mettre d'accord sur un principe général, comme celui qui figure dans la loi type de la CNUDCI ou à l'article XI:1 de l'Accord sur les marchés publics.

Éléments visant à assurer la transparence après l'adjudication du marché

Transparence des adjudications

Pour assurer la transparence du processus d'adjudication, il est essentiel que les décisions soient fondées strictement sur les critères d'évaluation (y compris les spécifications techniques) énoncés à l'avance dans les documents d'appel d'offres et sur les renseignements fournis quant aux modalités d'application de ces critères. De plus, pour qu'on puisse constater que les adjudications respectent ce principe, il faut que les critères soient formulés de façon à pouvoir être appliqués objectivement.

Il n'est peut-être pas nécessaire d'exiger l'ouverture publique des plis pour assurer la transparence, mais il convient que les entités acheteuses mettent en place des mécanismes garantissant l'impartialité du processus.

Information a posteriori à fournir aux soumissionnaires non retenus

En ce qui concerne l'objectif et le fonctionnement du processus d'information a posteriori, les considérations suivantes ont été faites :

- Ce genre d'information est mis à la disposition des soumissionnaires non retenus pour leur permettre de vérifier qu'ils ont été traités de façon équitable, conformément aux prescriptions et critères énoncés dans les documents d'appel d'offres, et que les règles et pratiques en vigueur ont été respectés dans le processus.

- Le choix de la façon de communiquer cette information doit être laissé aux Membres, mais les modalités doivent être portées à la connaissance des parties intéressées. À cet égard, certains participants ont dit qu'il serait trop contraignant d'informer individuellement les soumissionnaires non retenus de la réponse donnée à leur soumission et que cela demanderait trop de temps.

Procédures de révision interne

L'application de règles ne suffit pas à garantir la transparence des marchés publics. IL faut aussi mettre en place un mécanisme de révision interne visant à faire respecter les obligations redditionnelles et à faire en sorte que toutes les personnes qui interviennent dans la passation d'un marché se conforment aux règles. L'existence d'un mécanisme de révision des marchés est un élément essentiel de la transparence. Un mécanisme d'examen des plaintes formulées par les fournisseurs ou des contestations de l'adjudication garantit le respect des règles de droit et des obligations redditionnelles tout au long du processus de passation des marchés et la transparence de ce processus. L'existence d'un tel mécanisme pourrait sensibiliser les entités qui passent des marchés publics à la nécessité de veiller à ce que les procédures employées dans tel ou tel marché soient conformes aux lois et règlements en vigueur.

Ces mécanismes de révision ou de contestation pourraient être fondés sur ceux qui existent dans certains accords de l'OMC, comme l'Accord sur les pratiques antidumping, l'Accord sur l'évaluation en douane, l'Accord sur l'inspection avant expédition et l'Accord sur les ADPIC.

Selon d'autres participants, la question du réexamen des décisions allait au-delà de celle de la transparence et ne relevait donc pas du mandat du Groupe de travail. De plus, il était prématuré de l'aborder. En outre, l'existence dans un accord sur la transparence de dispositions relatives au réexamen des décisions pourrait susciter une multiplication des contestations inutiles, ce qui entraînerait des frais et retarderait l'adjudication des marchés.

Enfin, dans de nombreux pays les procédures internes prévoient un processus de contrôle visant à s'assurer que les marchés ont été passés conformément aux lois et règlements nationaux. Comme ces dispositions ont un champ d'application plus large que toute obligation pouvant être adoptée dans un accord sur la transparence, il ne serait peut-être pas possible de limiter l'application des procédures de réexamen aux obligations de transparence spécifiques d'un accord de l'OMC sur la transparence des marchés publics.

Application des mécanismes de règlement des différends de l'OMC

En ce qui concerne le règlement des différends entre gouvernements, l'avis général était qu'il serait prématuré d'examiner l'applicabilité des dispositions pertinentes avant que les éléments d'un accord sur la transparence aient été clairement définis. De plus, le Groupe était chargé d'examiner les éléments d'un accord sur la transparence qui pourraient prendre la forme soit d'un accord contraignant, soit d'un code se contentant d'exhorter les pays à faire de leur mieux pour respecter des lignes directrices; seul un accord comportant des obligations contraignantes pourrait faire l'objet d'une procédure de règlement des différends à l'OMC.

Coopération technique; traitement spécial et différencié des pays en développement

La coopération technique devra jouer un rôle important si l'on veut assurer l'efficacité de la mise en oeuvre d'un futur accord sur la transparence. En outre, elle pourrait aider les Membres à élaborer leur régime des marchés publics et à prendre des mesures pratiques pour en améliorer la transparence. On trouvera dans l'encadré 59 des suggestions plus précises concernant la nature de l'assistance technique qui pourrait être offerte.

Encadré 59**Formes d'assistance technique qui pourrait être fournie aux pays en développement dans le cadre d'un accord sur la transparence des marchés publics****Élaboration de lois et procédures nationales**

- ❑ Conseils juridiques et aide pour l'élaboration des lois nationales;
- ❑ Analyse des options administratives et politiques et conseils y relatifs;
- ❑ Définition des modalités de publication;
- ❑ Mise en place et fonctionnement d'un mécanisme de contestation des adjudications;
- ❑ Mesures pratiques visant à faciliter les soumissions, par exemple élaboration de formules types pour les avis d'appel d'offres et les réponses et mise au point d'un vocabulaire commun en matière de marchés publics.

Formation

- ❑ Formation de ceux qui seront appelés à appliquer, utiliser ou faire respecter les nouvelles lois, procédures et/ou pratiques;
- ❑ Formation du personnel judiciaire;
- ❑ Formation de formateurs appelés à gérer des programmes pédagogiques, par exemple ceux des écoles de commerce ou d'administration publique des pays bénéficiaires;
- ❑ Formation des acheteurs et des fournisseurs;
- ❑ Echanges de fonctionnaires.

Renforcement des institutions

- ❑ Coopération administrative pour renforcer les institutions et l'échange d'informations.

Accès des fournisseurs à l'information

- ❑ Organisation de séminaires et d'ateliers et production de guides pour les utilisateurs, y compris au moyen de sites Web, de moteurs de recherche et de bases de données, pour la communication de renseignements sur les possibilités de marchés publics dans le pays et à l'étranger et pour l'amélioration de l'accès à cette information. Cette aide pourrait être utile notamment aux petites et moyennes entreprises, en leur donnant confiance en elles et en leur permettant de s'attaquer plus efficacement aux marchés publics dans leurs pays et à l'étranger.

Utilisation des technologies de l'information

- ❑ Mise au point d'outils informatiques pour la diffusion de l'information sur les possibilités et pratiques concernant les marchés publics et/ou pour la mise en place d'un système intégralement informatisé de passation des marchés publics, ainsi que pour la collecte de données économiques et de statistiques;
- ❑ Fourniture de matériel de bureau, de matériel informatique et autres équipements nécessaires pour appliquer et faire respecter les lois, procédures et pratiques.

Travaux en cours

Le Groupe de travail poursuit ses travaux sur l'élaboration d'éléments pouvant figurer dans un accord sur la transparence des marchés publics. Il avait prévu trois réunions pour 1999. Les décisions relatives à la conduite des travaux futurs sur l'élaboration de l'accord et notamment la décision d'en faire un accord pleinement contraignant ou seulement un code impliquant une obligation de moyens devraient être prises à la troisième Conférence ministérielle prévue pour novembre 1999.