

LES APPELS D'OFFRES INTERNATIONAUX DANS LE CADRE DE LA NOUVELLE LOI

La nouvelle loi sur les appels d'offres, bien que présentant plusieurs nouveautés, n'est pas disruptive, puisqu'elle n'a pas remplacé complètement ce qui était décrit dans la loi n° 8.666/1993. La nouvelle loi vient améliorer l'ancien texte, en unifiant plusieurs règles juridiques et infra-légales sur les appels d'offres et les contrats, en légitimant la position de la Cour des Comptes Fédérale et en acceptant la doctrine actuelle.

La loi 8666/93 et la loi des séances de négociation (« pregão »), ainsi que la loi RDC (loi instituant un régime différencié des marchés publics) restent en vigueur pour les deux prochaines années, donnant au gestionnaire public la possibilité d'opter pour l'ancien régime ou pour le régime actuel défini par la loi 14.333/2021.

Nous nous concentrons ici sur les appels d'offres internationaux. Comprendre quels sont les principaux changements apportés par la nouvelle loi. Ce que l'on observait auparavant dans l'ancienne loi était un concept d'appel d'offres international confus et imprécis, amenant de nombreuses questions, du fait qu'il n'y avait pas de définition explicite du concept d'appel d'offres international.

La nouvelle loi définit clairement ce qu'est un appel d'offres international, notamment à l'article 6 de ladite loi, qui va à l'encontre des notions erronées prévues dans l'ancienne loi 8666/93. Par conséquent, il n'existe plus qu'une seule conceptualisation d'appel d'offres internationale, qui est définie comme la procédure d'offre qui a lieu sur le territoire national, dans laquelle la participation de soumissionnaires étrangers est autorisée. Les participants étrangers peuvent coter en monnaie étrangère, mais le paiement, par force loi, doit être effectué en monnaie brésilienne. Il s'ensuit également la définition de l'appel d'offres international comme étant celui dont l'objet contractuel peut ou doit être exécuté en tout ou en partie en territoire étranger.

Comme indiqué ci-dessus, les participants étrangers peuvent participer à tout processus d'appel d'offres au Brésil, qu'elle soit nationale ou internationale. Il s'agit d'une avancée majeure de la nouvelle loi, qui vise à aligner le pays sur les normes contractuelles requises par l'OMC, qui est un modèle pour les pays de l'OCDE.

Il y a la question de l'autorisation pour les entreprises étrangères d'opérer au Brésil, qui n'est même pas abordée dans cette nouvelle loi. Toutefois, selon les articles 1134 à 1143 du code civil, toute société doit être autorisée à opérer au Brésil, qu'elle soit étrangère ou brésilienne. Ce qui facilite la tâche du soumissionnaire étranger, c'est qu'il n'a pas besoin de présenter cette autorisation pour participer à l'appel d'offres, mais, comme toute entreprise au Brésil, il doit présenter cette autorisation pour démarrer les opérations.

Ensuite, j'analyserai certaines systématisations et les bases normatives de la nouvelle loi sur les appels d'offres à financement étranger :

LES APPELS D'OFFRES INTERNATIONAUX DANS LE CADRE DE LA NOUVELLE LOI

Les accords internationaux, et ce naturellement par la force de la loi, doivent être soumis au contrôle préalable de constitutionnalité.

Les principales organisations internationales participent activement à toutes les phases du processus, définissant les règles et validant les prêts en cas de financement par ces organisations internationales, comme la Banque Mondiale ou la Banque Interaméricaine de Développement (BID).

La nouvelle loi stipule que pour qu'une offre soit valablement exécutée, sur la base des règles de l'organisme international, les exigences suivantes doivent être respectées :

Tout d'abord, il doit y avoir une imposition par l'organisme international afin que ses règles soient obligatoires pour le prêt ou le don.

La deuxième condition est l'origine étrangère des ressources. Ce point n'est pas abordé par la nouvelle loi, mais il est admis et normalement, les règles de l'organisation internationale sont utilisées même lorsqu'il y a cofinancement, c'est-à-dire un investissement réparti entre l'organisation internationale et l'administration publique.

La troisième exigence concerne les règles des organisations internationales qui ne peuvent entrer en conflit avec les principes constitutionnels en vigueur. Le financement par une organisation internationale implique le plus souvent un prêt et doit donc être traité avec tout le sérieux requis.

La quatrième condition est que le contrat de prêt ou de don indique les règles de l'organisation internationale. Cette disposition ne figurait pas dans l'ancienne loi, mais elle est désormais explicitement énoncée dans la nouvelle loi 14.133, qui offre une plus grande sécurité aux participant.

La cinquième exigence est qu'il y ait un avis favorable de l'organe juridique contractant le financement, avant l'exécution du contrat. Cela ne figurait pas non plus dans la loi précédente.

Dans les appels d'offres avec financement étranger, les activités de l'organisme international sont généralement beaucoup plus actives, depuis l'approbation de l'avis public, l'examen des phases des actes accomplis, l'inspection de l'utilisation des ressources, en tenant dûment compte de la légitimité procédurale.

Notez que s'il y a des contestations judiciaires des actes qui ont été pratiqués, dans certaines situations, non seulement l'administration publique peut être mise en cause, mais aussi l'organisation internationale. La jurisprudence a déjà établi la capacité juridique de l'organisation internationale à participer aux discussions juridiques sur les appels d'offres internationaux.

LES APPELS D'OFFRES INTERNATIONAUX DANS LE CADRE DE LA NOUVELLE LOI

Comme curiosité procédurale, lorsqu'il y a un litige ou une question, le Tribunal fédéral est compétent et s'il y a un appel, il sera directement adressé au STJ (Supérieur Tribunal de Justice). En cas de participation d'un organisme international, en vertu d'une disposition constitutionnelle, la compétence d'appel appartient au STJ.

Cette loi apporte explicitement l'isonomie entre les Brésiliens et les étrangers, qui était déjà garantie par la Constitution fédérale. La seule exception légale possible est donc lorsqu'il s'agit d'une question de développement national, de sécurité nationale, comme le secteur de la défense.

La participation d'une société étrangère à un consortium demeure, comme dans la loi précédente, mais la nouvelle loi prévoit qu'une société étrangère peut être le chef de file de ce consortium, mettant fin à la règle de l'ancienne loi qui était clairement inconstitutionnelle et illogique. Si une entreprise étrangère peut participer seule à une offre, pourquoi, lorsqu'il s'agit d'un consortium, cette entreprise étrangère ne peut-elle pas être le leader du consortium ? Il serait illogique d'autoriser un pouvoir supérieur et de restreindre un pouvoir inférieur.

Auteur: Me. Rodrigo Loureiro

Avocat - Associé responsable de **Desk France** à São Paulo et bureau à Paris



Les informations contenues dans cet article n'engagent que ses auteurs. Le rôle du COMJUR se limite à la divulgation des productions intellectuelles de ses membres, n'exerçant aucun contrôle sur le fond du sujet.