

21 janvier 2009  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Quinzième session  
New York, 2-6 février 2009

## **Évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales**

### **I. Introduction**

1. Chargé notamment d'examiner l'"utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales", le Groupe de travail a abordé ce thème à sa sixième session dans le cadre de l'évaluation et de la comparaison des offres (le terme "offres" désigne ici l'ensemble des soumissions). La présente note ne traite pas du champ d'application de la Loi type en tant que tel, même lorsque ce dernier pourrait être déterminé en ce qui concerne d'autres politiques économiques. Les articles premier et 8 du texte de 1994 visent à garantir que la Loi type soit appliquée largement et fondée sur le principe de la participation internationale (ainsi que de la concurrence pleine et ouverte, à moins que des exceptions ne se justifient). Le Guide pour l'incorporation explique que "[l]'approche retenue consiste à prévoir qu'en principe tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type, mais, dans le même temps, à reconnaître que l'État adoptant la Loi type pourra souhaiter exclure certains types de marchés" et qu'"[i]l est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible" (commentaire de l'article premier, par. 1 et 2). La présente note traite par conséquent des exceptions au principe général de la concurrence pleine et internationale fondées sur des objectifs sociaux et économiques sans rapport avec la passation de marché elle-même<sup>1</sup>. Dans la Loi type, il s'agit en l'occurrence non pas d'exceptions générales accordées par la loi ou la réglementation des marchés (si l'on compare à la situation des marchés de la défense dans l'article premier du texte

---

<sup>1</sup> Voir également, dans le Guide pour l'incorporation, le commentaire intitulé "F. Dispositions sur la participation internationale à la procédure de passation des marchés", par. 24 à 27.



de 1994)<sup>2</sup>, mais d'exceptions autorisées pour une passation particulière en vertu des articles 27 e), 34-4, 38 m) et 39 du texte de 1994<sup>3</sup>.

2. La Loi type traite de ces exceptions dans le cadre de l'évaluation et de la comparaison des soumissions. Elle définit les critères d'évaluation qui peuvent être utilisés pour identifier l'offre offrant le prix le plus bas, l'offre la plus basse selon l'évaluation ou la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice. Dans ces deux derniers cas, ces critères "permettent d'utiliser la passation de marchés dans le but de faciliter la réalisation d'objectifs industriels, sociaux ou environnementaux, tels que la promotion du développement industriel national (par l'exclusion des fournisseurs étrangers, l'octroi de préférences et la sollicitation d'une source unique dans certains cas précis). Ils permettent également de prendre en compte les incidences en matière de change. Des mécanismes de contrôle sont expressément prévus pour que les critères d'attribution soient objectifs, quantifiables et communiqués à l'avance aux fournisseurs<sup>4</sup>."

3. Comme il est noté dans le Guide pour l'incorporation à propos de l'article 34-4 c) iii): "Le sous-alinéa iii), qui fait référence aux objectifs du développement économique, a été inclus parce que, dans certains pays, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est dans une phase de transition, il est important que les entités adjudicatrices puissent se fonder sur des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres dans le contexte des objectifs de développement économique. Il est envisagé dans la Loi type que certains États souhaiteront énoncer des critères additionnels. Toutefois, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on souhaite élargir la liste des critères autres que le prix figurant à l'alinéa iii), car ces autres critères risquent d'entraver les objectifs de la passation des marchés. Des critères de ce type sont en effet parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux qui sont visés aux sous-alinéas i) et ii) du paragraphe 4 c) et le recours à ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et de réduire la confiance en cette procédure."

4. Comme il a ensuite été noté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.32, paragraphe 53, "certains observateurs ont estimé que ces pratiques pouvaient avoir un effet négatif à la fois sur l'efficacité et sur l'économie dans la passation des marchés, mais qu'elles jouaient un rôle important dans les politiques intérieures des États adoptants. Il a en outre été noté que la notion d'objectifs régionaux et nationaux faisait actuellement l'objet de discussions. Il a donc été proposé que la Loi type soit améliorée de manière à assurer un meilleur équilibre entre l'objectif d'économie et d'efficacité maximales dans la passation des marchés et d'autres grands objectifs."

---

<sup>2</sup> Ou d'autres catégories de marchés exclues par les règlements relatifs aux marchés conformément à l'article 1-2 b).

<sup>3</sup> Toutefois, en ce qui concerne l'utilisation des marges de préférence, l'article 34-4 d) de la Loi type autorise l'entité adjudicatrice à accorder une telle marge aux offres nationales, sous réserve que les règles pour la calculer soient énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés.

<sup>4</sup> A/CN.9/WG.I/WP.32, par. 52.

## II. Examen du Groupe de travail à sa sixième session et propositions pour examen à sa quinzième session

5. Dans le cadre de la possible révision du rôle des objectifs sociaux et économiques dans la passation des marchés publics, le Groupe de travail a noté à sa sixième session que, “en dépit d’éventuelles objections de principe contre l’utilisation de la passation de marchés publics pour promouvoir la réalisation d’objectifs autres que la seule recherche du meilleur rapport “qualité-prix”, il a été admis que, dans la pratique, les États se servaient souvent des marchés publics pour atteindre ces autres objectifs. De plus, il a été estimé que, dans certains cas, il était approprié et important de mettre la passation de marchés au service de la réalisation de ces objectifs, à condition que cette pratique ne soit pas contraire aux principaux buts de la procédure de passation, comme l’économie, l’efficacité, la transparence, la concurrence et le traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. De l’avis général, toutefois, la préoccupation de la Loi type devrait demeurer la passation de marchés et non la promotion d’autres objectifs<sup>5</sup>.” Le Groupe de travail s’est aussi demandé “s’il conviendrait, afin d’accroître la transparence, de limiter le recours à certaines pratiques, telles que la fixation de taux de change de référence et la prise en compte des arrangements d’échanges compensés (toutes deux autorisées par le paragraphe 4 d) de l’article 34 de la Loi type)<sup>6</sup>.”

6. À cette session, le Groupe de travail a conclu à titre préliminaire:

a) Que “les dispositions existantes de la Loi type établissaient un équilibre suffisant entre la nécessité d’économie et d’efficacité et la possibilité pour un État adoptant de réaliser d’autres objectifs grâce à la passation de marchés”, mais que “certains de ces autres objectifs énumérés dans la Loi type semblaient dépassés”<sup>7</sup>;

b) Qu’il devrait examiner plus avant s’il fallait conserver “[l]es taux de change virtuels et [l]es arrangements d’échanges compensés parmi les facteurs à prendre en compte” dans l’évaluation des soumissions<sup>8</sup>; et

c) Que le Guide pour l’incorporation devrait être actualisé et donner des orientations plus détaillées sur des critères supplémentaires concernant les préférences que les États adoptants pourraient prévoir ainsi que sur les situations dans lesquelles la passation de marchés pourrait être utilisée pour promouvoir d’autres objectifs et sur la manière de faire en sorte que cette utilisation soit transparente<sup>9</sup>.

7. En dépit des débats approfondis de sa sixième session, le Groupe de travail n’a pas tranché définitivement les questions suivantes:

a) Si la loi devrait exiger de faire figurer dans les spécifications, le cas échéant, la promotion des autres objectifs que le Groupe de travail pourrait souhaiter prévoir dans la Loi type révisée<sup>10</sup>;

<sup>5</sup> A/CN.9/568, par. 96.

<sup>6</sup> A/CN.9/WG.I/WP.32, par. 54.

<sup>7</sup> A/CN.9/568, par. 101.

<sup>8</sup> A/CN.9/568, par. 99.

<sup>9</sup> A/CN.9/568, par. 98 et 101.

<sup>10</sup> A/CN.9/568, par. 97.

b) Si l'exigence de l'article 34-4 b) ii) de la Loi type de 1994, selon laquelle tout objectif de ce genre doit être un critère d'évaluation quantifiable et être stipulé au stade de la sollicitation, devrait être maintenue<sup>11</sup>;

c) Si la Loi type révisée devrait soumettre l'utilisation de ces autres objectifs à des conditions supplémentaires (en exigeant, par exemple, que les objectifs soient liés à l'objet de la passation de marchés; que leur évaluation ne soit pas laissée à la seule discrétion de l'entité adjudicatrice; que leur utilisation comme critères d'évaluation respecte les principes fondamentaux de la bonne pratique de passation de marchés, tels que le traitement égal des fournisseurs et la nécessité de promouvoir la concurrence; et que tout abus puisse être contesté par l'intermédiaire des mécanismes de recours)<sup>12</sup>;

d) Si "la Loi type devrait prévoir une préférence maximale (exprimée en termes monétaires, sous forme de critères d'admission ou de rejet ou d'une autre manière) ou si le Guide pour l'incorporation devrait donner des orientations sur ce point."<sup>13</sup>;

e) Si les dispositions de l'article 34 de la Loi type qui autorisent l'octroi de préférences aux fournisseurs locaux (nationaux) devraient être étendues aux fournisseurs régionaux<sup>14</sup>;

f) Comment, si tant est que cela soit nécessaire, régler le problème du chevauchement entre les dispositions de deux alinéas de l'article 34-4 de la Loi type de 1994 (chevauchement qui tient au fait que tous deux visent à promouvoir l'économie nationale): l'alinéa c) iii), qui traite des facteurs non objectifs pouvant être pris en compte pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation et l'alinéa d) qui traite de l'octroi d'une marge de préférence pour les besoins nationaux<sup>15</sup>.

8. À sa sixième session, le Groupe de travail s'est en outre demandé si la Loi type devrait prévoir des dispositions permettant la participation des usagers (ou participation communautaire) à la passation des marchés, qui, de l'avis de certains observateurs, présenterait des avantages, par exemple lors de l'exécution des marchés<sup>16</sup>. Prenant acte de ses avantages, mais aussi du fait qu'elle "comporte un degré inacceptable de subjectivité, ce qui peut donner lieu à des abus"<sup>17</sup>, le Groupe de travail a examiné si la "participation des usagers peut être l'un des critères retenus pour la sélection de la méthode de passation des marchés ou pour l'attribution d'un marché, mais d'autres formules sont possibles: les soumissionnaires peuvent proposer leurs meilleures solutions – y compris la participation des usagers si c'est leur choix –, qui pourront alors être comparées; les conditions d'exécution peuvent prévoir l'emploi d'une main-d'œuvre ou de matériaux locaux; une partie du budget du projet peut être réservée pour la participation des usagers"<sup>18</sup>. Le Groupe de travail a conclu que "la plupart des

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> A/CN.9/WG.I/WP.32, par. 54.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> A/CN.9/568, par. 95.

<sup>16</sup> A/CN.9/WG.I/WP.32, par. 62 à 64.

<sup>17</sup> A/CN.9/WG.I/WP.32, par. 64.

<sup>18</sup> A/CN.9/568, par. 121.

questions que soulevait la participation des usagers avaient surtout trait à la planification et à l'exécution d'un projet plutôt qu'à la phase de passation du marché. Cette participation en tant que telle n'était pas une question facile à traiter dans la Loi type. Conscient toutefois de son importance croissante et de l'éventuelle nécessité de prévoir une législation l'autorisant dans de nombreux pays, il est convenu de revoir les dispositions de la Loi type afin de veiller à ce qu'elles ne fassent pas obstacle à l'imposition de cette participation dans une passation de marché pour un projet."<sup>19</sup>

9. Des propositions de révision de la Loi type concernant le choix de la méthode de passation sont exposées aux paragraphes 65 à 70 d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66). En l'état actuel, elles ne prévoient pas la possibilité de choisir la méthode de passation en fonction de raisons socioéconomiques. Cette position est celle du texte de la Loi type de 1994, sauf en ce qui concerne a) la procédure de sollicitation d'une source unique (dans l'article 22-2 du texte de 1994), comme expliqué plus en détail aux paragraphes 45 à 48 de la même note, et b) les marchés de la défense, ou les marchés faisant intervenir des considérations de sécurité nationale, dans lesquels l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas appliquer l'exception générale prévue par l'article 1-2 de la Loi type, et de choisir une méthode de passation (y compris la sollicitation d'une source unique) pour le marché concerné.

10. De même, dans le paragraphe 26 de cette note, le Secrétariat a émis l'idée que, en matière d'évaluation et de comparaison des offres, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de formuler un ensemble unique de conditions en ce qui concerne les critères d'évaluation, en se fondant sur les dispositions des articles 27 e), 34-4, 38 m) et 39 du texte de 1994 de la Loi type. Un projet de disposition est présenté à cet effet au Groupe de travail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 pour qu'il l'examine en tant que projet d'article 12. Cette disposition prévoit notamment que les critères d'évaluation doivent se rapporter à l'objet du marché. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette limitation risque d'empêcher l'utilisation d'objectifs sociaux et économiques dans l'évaluation des soumissions en vertu de la Loi type, voire de faire obstacle au recours à la participation des usagers dans la passation des marchés.

### **III. Dispositions traitant des objectifs sociaux et économiques dans d'autres textes internationaux sur la passation de marchés**

11. Étant donné que la Loi type est expressément soumise aux obligations internationales de l'État adoptant, et dans l'optique plus générale d'harmoniser la réglementation des marchés, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte des dispositions traitant des objectifs sociaux et économiques dans d'autres textes internationaux sur la passation de marchés. Par exemple, l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son projet de révision de 2006 (AMP 2006) prévoient des régimes de traitement spécial et différencié spécifiquement destinés aux pays en développement. Ces régimes font

<sup>19</sup> A/CN.9/568, par. 122.

l'objet d'un examen annuel (AMP) ou sont des "mesures transitoires" soumises à un calendrier (AMP 2006). Dans l'AMP, les mesures elles-mêmes portent principalement sur le champ d'application. Ce texte permet aux États d'exclure certaines entités adjudicatrices du "champ d'application", mais cherche d'une manière générale à ce que les listes d'entités et de services visés des pays en développement et des pays développés soient aussi favorables que possible aux intérêts des pays en développement en matière de finances, de commerce et de développement. Dans son article V intitulé "Traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement", il prévoit également une série de mesures relatives notamment au champ d'application, aux exceptions convenues, au traitement spécial en faveur des pays les moins avancés et aux opérations de compensation. Dans l'AMP 2006, une attention spéciale est accordée aux besoins du développement, des finances et du commerce des pays en développement et des pays les moins avancés lors des négociations en vue de leur accession à l'Accord, et ces pays se voient offrir un plus grand nombre d'options comme l'utilisation de mesures transitoires (par exemple, un programme de préférences en matière de prix) et la possibilité de différer l'application d'une obligation spécifique énoncée dans l'Accord pendant qu'ils achèvent de la mettre en œuvre. Ainsi, dans l'AMP et l'AMP 2006, les exceptions sont accordées d'une façon générale, qui se veut temporaire, et non pour tel ou tel marché<sup>20</sup>.

12. Dans l'Union européenne<sup>21</sup>, les Directives donnent la *possibilité* aux États membres de se servir de leur politique en matière de passation de marchés pour atteindre des buts socioéconomiques plus vastes. Les dispositions pertinentes figurent dans les considérants.

13. Ainsi, le considérant 29 de la Directive 2004/18/CE prévoit ce qui suit (extrait):

"... Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent définir des besoins environnementaux dans les spécifications techniques d'un marché donné peuvent prescrire les caractéristiques environnementales, telles qu'une méthode de production déterminée, et/ou les effets environnementaux spécifiques de groupes de produits ou de services..." (on trouve la même disposition dans le considérant 42 de la Directive 2004/17/CE).

14. Le considérant 33 de la Directive 2004/18/CE dispose ce qui suit:

"Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la présente Directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou

---

<sup>20</sup> En outre, l'article XXIII-2 de l'AMP et l'article III-2 a) à d) de l'AMP 2006 prévoient (pour l'essentiel) que les parties peuvent créer des exceptions en vue (entre autres) de protéger la moralité publique, l'ordre public ou la sécurité publique, ou de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou de préserver des végétaux, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié, soit une restriction déguisée au commerce international. Ces dispositions sont reprises, en substance, dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

<sup>21</sup> Voir Directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, à l'adresse [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. À titre d'exemple, on peut citer, entre autres, les obligations – applicables à l'exécution du marché – de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale" (on trouve la même disposition dans le considérant 44 de la Directive 2004/17/CE).

15. Dans leur premier considérant, les deux Directives se réfèrent aussi de façon plus générale aux "possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2." Elles ne fournissent toutefois pas plus de détails quant à l'application de ces principes dans la passation elle-même.

#### IV. Conclusions

16. Au vu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions suivantes:

a) S'il faut continuer à permettre l'utilisation d'objectifs sociaux et économiques dans la passation de marchés dans le cadre de la Loi type et, dans l'affirmative, s'il faut conserver certains, ou l'ensemble, des objectifs actuels autorisés et admettre d'autres objectifs éventuels (par exemple, prendre expressément en compte les obligations relatives au droit du travail ou les considérations environnementales);

b) Dans l'hypothèse où de tels objectifs seraient inscrits dans la Loi type, s'ils peuvent être utilisés pour justifier le choix d'une méthode de passation particulière, s'ils devraient servir de critères d'évaluation ou, de critères de qualification selon le cas; et

c) Quel devrait être le contenu du commentaire sur la question qui sera inclus dans le Guide pour l'incorporation.