

8 mai 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Seizième session
New York, 26-29 mai 2009

Article 40 proposé: Négociations avec appel à la concurrence

Proposition soumise par l'Autriche, les États-Unis et le Royaume-Uni

1. Le présent document est soumis par les délégations de l'Autriche, des États-Unis et du Royaume-Uni pour servir de base aux discussions que le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendra à sa session de mai 2009 concernant le chapitre IV de la Loi type sur la passation de marchés, qui traite des négociations. La proposition tient compte des discussions qu'un certain nombre d'autres délégations ont eues pendant la période intersessions et de leurs commentaires.
2. À sa dernière session, le Groupe de travail a reporté son examen du chapitre IV, sur proposition du Secrétariat, afin d'y apporter des améliorations. Le Secrétariat a également noté qu'il serait difficile d'achever les recherches en cours ainsi que l'élaboration d'un nouveau texte d'ici à la session que le Groupe de travail envisage de tenir en mai 2009. En conséquence, une délégation a accepté de présenter un document de séance proposant une version révisée du chapitre IV¹.
3. La proposition qui figure dans le présent document se fonde sur une proposition faite à la dernière session du Groupe de travail visant à fusionner l'article 40 (Sollicitation de propositions) et l'article 41 (Négociation avec appel à la concurrence). Dans le projet de Loi type révisée, ces deux méthodes étaient présentées comme deux méthodes distinctes, alors que dans la pratique la sollicitation de propositions servait normalement à lancer les négociations avec appel à la concurrence².

¹ Voir le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), A/CN.9/668, par. 212 et 278.

² Ibid., par. 210 et 211.



4. Le document propose en outre de supprimer l'appel d'offres en deux étapes comme méthode de passation distincte dans le chapitre IV. Les délégations à l'origine du présent document sont d'avis que le projet d'article 39 sur l'appel d'offres en deux étapes (reprenant littéralement l'article 46 de la Loi type de 1994) devrait être transféré au chapitre III, mais que, si l'appel d'offres en deux étapes est conservé comme forme de passation de marché autorisée par la Loi type, le Groupe de travail devrait entreprendre un examen approfondi de la disposition. Elles estiment également qu'il sera nécessaire de procéder à une évaluation rigoureuse des différentes méthodes d'appel d'offres exposées au chapitre III à la prochaine session du Groupe de travail afin d'en réduire le nombre et de les simplifier.

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|--|
| <p>Article 40. Sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence</p> | <p>Le titre ne devrait pas prêter à controverse.</p> <p>Cet article 40 proposé serait l'unique article d'un chapitre IV révisé, si la proposition connexe de transférer les dispositions sur l'appel d'offres en deux étapes au chapitre III est adoptée.</p> <p>À des fins de rédaction et de discussion, il convient de noter que le texte définitif de la présente disposition doit incorporer, par référence ou autrement, d'autres règles de la Loi type (par exemple, sur la publication), de manière que l'article s'intègre pleinement à l'ensemble du texte.</p> |
| <p>1. [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence si elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché, ou des spécifications qu'il doit posséder, et que:</p> <p>a) En raison du caractère technique de l'objet du marché, elle doit inviter les vendeurs à faire plusieurs séries de propositions afin de négocier les prix ou des améliorations techniques;</p> <p>b) La nature ou l'état de développement du secteur auquel appartiennent les fournisseurs ou entrepreneurs est en grande partie inconnu ou tel que l'entité adjudicatrice devrait obtenir une grande quantité d'informations sur ce secteur avant d'être en mesure d'arrêter les spécifications ou la description de l'objet du marché;</p> <p>c) L'objet du marché ou la méthode de livraison choisi par l'entité adjudicatrice [est complexe et] comporte de nombreux aspects et devra probablement faire l'objet de nombreuses adaptations;</p> <p>d) Le caractère dynamique [et complexe] de l'objet du marché ainsi que la durée suffisamment longue du contrat font que les spécifications sont susceptibles de changer pendant la durée du contrat [pour tenir compte des avancées technologiques]; ou</p> | <p>Il a été suggéré que les conditions d'utilisation ne soient pas excessivement prescriptives. Elles devront être examinées plus avant par le Groupe de travail. Le texte suivant, inspiré de la réglementation des marchés d'un État des États-Unis, donne un exemple de déclaration de conditions d'utilisation:</p> <p>Les appels d'offres classiques ne peuvent pas toujours répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, en particulier lorsqu'il n'existe pas de spécifications génériques, ou qu'elles sont difficiles ou impossibles à rédiger, et qu'il est impossible de procéder aux évaluations usuelles sur la base de critères absolus. Par exemple, les produits de haute technologie et les services complexes ne se prêtent pas à ce type d'appels d'offres. La sollicitation de propositions est utilisée pour ce type de situations.</p> <p>Il a aussi été souligné que la durée, l'ampleur et la complexité des travaux envisagés étaient des éléments importants à prendre en compte pour les conditions d'utilisation. Ainsi, pour les marchés de grande envergure, les échanges inhérents au processus de sollicitation de propositions peuvent permettre à l'entité adjudicatrice de se faire une idée plus précise des exigences techniques et seront donc préférables aux appels d'offres classiques.</p> <p>Lorsqu'un consensus aura été obtenu au sein du Groupe de travail sur les conditions d'utilisation, il sera nécessaire de décider où placer le texte correspondant, dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation. Les conditions d'utilisation pourraient faire l'objet d'un article général dans le présent chapitre ou être insérées dans l'article consacré au processus de sollicitation de propositions. Enfin, on a indiqué qu'il pourrait être utile d'inclure les conditions d'utilisation dans le texte de la Loi plutôt que dans le Guide.</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|--|
| <p>e) Le secteur auquel les fournisseurs ou entrepreneurs appartiennent n'a pas d'approche [uniforme] [homogène] de la fixation des prix ou de la livraison de l'objet du marché.</p> | <p>Lors de l'examen des termes proposés pour les conditions d'utilisation, il a été noté que l'article XIV-2 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP) dispose: "Les négociations serviront principalement à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions." Il est donc possible que les négociations menées à d'autres fins soulèvent des questions ressortissant à l'AMP.</p> <p>Il a cependant été noté aussi que le texte provisoire de l'AMP (2006) ne contient plus cette disposition. Les négociations font l'objet de l'article XII du texte de 2006, que l'on peut consulter à l'adresse: www.wto.org.</p> |
| <p>2. Une entité adjudicatrice émet une demande de manifestation d'intérêt avant d'adresser une sollicitation de propositions aux fournisseurs et entrepreneurs, afin de déterminer le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle doit faire parvenir une telle sollicitation en conformité avec le paragraphe 3. Un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale³.</p> | <p>Comme il a été noté, le texte définitif de cette disposition doit incorporer, par référence ou autrement, d'autres exigences de la Loi type (par exemple, en matière de publication) afin que l'article s'intègre pleinement à l'ensemble du texte.</p> <p>Le texte de Loi type suggéré dans le présent document suit l'enchaînement suivant, fortement structuré, afin d'assurer une transparence prévisible:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Une demande obligatoire de manifestation d'intérêt; • L'envoi d'une sollicitation de propositions à ceux qui ont fait part de leur intérêt, et peut-être à d'autres vendeurs; • Une étape de sélection, décrite dans la sollicitation de propositions; • Les négociations elles-mêmes, conformément à la sollicitation de propositions. <p>On pourrait toutefois souligner qu'une approche aussi fortement structurée a un caractère quelque peu prescriptif; certaines entités adjudicatrices pourraient par exemple décider, finalement de ne pas prévoir d'étape distincte pour la sélection. Le Guide pour l'incorporation pourrait indiquer que ces étapes prescrites ne sont qu'une</p> |

³ Il a été noté que l'entité adjudicatrice doit dès le début, dans l'avis de marché, faire clairement connaître son intention d'avoir recours à la négociation avec appel à la concurrence. Ceci a l'avantage de la transparence; si, par exemple, les conditions de la négociation avec mise en concurrence ne sont pas remplies, l'avis de négociation avec appel à la concurrence ouvre la voie des recours. Une déclaration d'intention remplissant ces conditions permettrait d'harmoniser la disposition avec l'article XIV-1 a) de l'AMP ("Une Partie pourra prévoir que les entités procèdent à des négociations ... 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)...").

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--------------------------------|--|
| | <p>base de départ, un système évoluant vers une utilisation plus large des négociations avec appel à la concurrence.</p> <p>Il a également été noté que certains systèmes juridiques pourraient exiger que l'on donne la possibilité à <i>tous</i> les vendeurs de prendre part, y compris ceux qui n'ont pas répondu à la demande de manifestation d'intérêt initiale. Le texte de la Loi type proposé ici part du principe que seuls les vendeurs ayant manifesté leur intérêt seront admis aux étapes ultérieures du processus; c'est une question que le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder.</p> <p>Il a aussi été suggéré, comme autre <i>approche</i> possible, de faire précéder les négociations par différents moyens d'ouvrir la passation du marché – par exemple une étape de présélection. Afin de tenir compte de ces différentes options, une <i>variante</i> de ce paragraphe proposée au Groupe de travail pour examen a été formulée comme suit:</p> <p>2) Avant d'émettre une sollicitation de propositions, l'entité adjudicatrice peut chercher à obtenir des manifestations d'intérêt pour l'aider à identifier les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, ou décider de procéder à une présélection des fournisseurs ou entrepreneurs, ou faire les deux. La demande de manifestation d'intérêt ou l'avis de présélection est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale, et spécifie au moins:</p> <p>a) L'objet du marché exprimé en termes généraux;</p> <p>b) Que la procédure se déroulera (décrire ici les étapes prévues aboutissant aux négociations avec appel à la concurrence);</p> <p>c) Le mode d'obtention des documents de présélection ou des documents nécessaires pour manifester son intérêt, et le lieu où ils peuvent être obtenus;</p> <p>d) Les frais (éventuels) d'obtention de ces documents; et</p> <p>e) La date limite pour répondre à une demande de manifestation d'intérêt ou à un avis de présélection.</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|---|--|
| | <p>Indépendamment des phases prescrites par la Loi type, une position fermement défendue est que la première étape, quelle qu'elle soit, devrait faire l'objet d'une publication au niveau mondial afin de maximiser la concurrence et la transparence.</p> <p>Il a aussi été suggéré, comme autre méthode possible, de procéder à des publications postérieures, par exemple lorsque les spécifications ont été modifiées depuis le moment où la première demande de manifestation d'intérêt a été publiée. La proposition selon laquelle il faudrait une nouvelle publication toutes les fois que les conditions applicables ont été modifiées, afin que tous les vendeurs potentiels aient connaissance de cette nouvelle opportunité, a été fortement appuyée. La question des publications supplémentaires mérite une discussion plus approfondie car les frais de publication, par exemple d'un avis de modification d'une sollicitation de propositions, ont considérablement baissé du fait des progrès technologiques.</p> <p>Toute demande de manifestation d'intérêt doit décrire clairement le marché, en particulier si (comme on le verra dans les sections ultérieures) elle représente, en substance, le dernier avis public de la passation du marché.</p> <p>Pour aligner la présente disposition sur l'AMP, l'avis publié au niveau mondial, que ce soit pour susciter une manifestation d'intérêt ou solliciter des propositions, doit clairement indiquer l'intention de l'entité adjudicatrice de recourir aux négociations avec appel à la concurrence.</p> |
| <p>3. Les sollicitations de propositions doivent être envoyées au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, mais pas à moins de trois. Une entité adjudicatrice doit solliciter des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à une demande de manifestation d'intérêt antérieure, et peut solliciter autant de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle estime faisable, mais il faut au total qu'il y en ait au moins trois.</p> | <p>L'important est que la formulation assure, en fin de compte, qu'à un moment donné – lors de la demande de manifestation d'intérêt ou de la sollicitation de propositions – il y ait publication au niveau mondial.</p> <p>Comme il a été indiqué plus haut, une <i>autre</i> approche consiste à utiliser un avis de présélection. Si cette approche est adoptée, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la variante suivante pour le présent paragraphe:</p> <p>3) Les sollicitations de propositions doivent être envoyées au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou entrepreneurs, mais pas à moins de [trois] [cinq]. Si ces sollicitations n'ont pas été précédées d'une demande de manifestation d'intérêt ou d'avis de présélection, elles sont publiées dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|--|
| | <p>grande diffusion internationale. Si les sollicitations de propositions ont été précédées d'une demande de manifestation d'intérêt, mais non d'un avis de présélection, l'entité adjudicatrice les envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant fait connaître leur intérêt, et elle peut solliciter autant d'autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle juge faisable, mais il faut au total qu'il y en ait au moins [trois] [cinq]. Si les sollicitations ont été précédées d'un avis de présélection, elle les envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.</p> <p>Les délégations à l'origine du présent document estiment dans l'ensemble qu'exiger de solliciter cinq au lieu de trois fournisseurs ou entrepreneurs potentiels serait trop lourd. Logiquement, cela dépendrait des coûts relatifs de l'ajout de parties à la négociation; si les progrès des systèmes et des technologies font baisser le coût des négociations avec plus de fournisseurs ou d'entrepreneurs, le nombre minimum pourrait être augmenté.</p> <p>Le texte révisé introduit le concept de "sollicitations de propositions", une série de sollicitations qui ouvre concrètement le processus de négociations avec appel à la concurrence. On pourrait en donner la définition suivante, qu'il serait utile d'insérer dans le texte de la Loi type: "Le terme 'sollicitation de propositions' désigne tous les documents, qu'ils soient joints ou incorporés par référence, utilisés pour solliciter des propositions concurrentes, et est généralement employé pour l'acquisition de services ou les achats complexes." Le Groupe de travail devrait veiller à ce que cette définition fasse l'objet d'un consensus avant d'être insérée dans la section de la Loi type comprenant les définitions.</p> <p>Le Guide devrait noter que, si la passation du marché commence par une demande de manifestation d'intérêt (avant les sollicitations de propositions), les entités adjudicatrices devraient faire preuve d'indulgence et accepter les réponses tardives; le seul délai impératif devrait porter sur les réponses aux sollicitations de propositions elles-mêmes.</p> |
| <p>4. Une entité adjudicatrice sollicite des manifestations d'intérêt, comme il est indiqué au paragraphe 2, par la publication d'un avis spécifiant au moins:</p> <p>a) L'objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la</p> | <p>L'avis de marché doit être suffisamment détaillé pour attirer l'attention des vendeurs potentiels et assurer une participation au marché qui soit la plus large possible.</p> <p>Ici, comme ailleurs dans le présent article proposé, le libellé proposé doit être abandonné en faveur de toute formulation contraire figurant dans d'autres parties de la</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|---|---|
| <p>participation au marché du plus grand nombre faisable de vendeurs potentiels;</p> <p>b) Le déroulement de la procédure [décrire ici les étapes prévues aboutissant aux négociations avec appel à la concurrence];</p> <p>c) Le mode d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;</p> <p>d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et</p> <p>e) La date limite de dépôt des réponses.</p> | <p>Loi type, qui fait elle-même l'objet d'une révision plus générale. Ainsi, par exemple, les exigences du présent paragraphe en matière de publication doivent être liées à celles qui figurent ailleurs dans la Loi type.</p> <p>S'agissant du présent paragraphe, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la variante suivante:</p> <p>4) Une entité adjudicatrice est tenue de solliciter des propositions par la publication d'un avis ou l'envoi d'un avis aux fournisseurs ou entrepreneurs identifiés par elle, selon le cas, conformément au paragraphe 3. Cet avis doit spécifier au moins:</p> <p>a) L'objet du marché exprimé en termes généraux;</p> <p>b) Que la procédure comprendra des négociations avec appel à la concurrence;</p> <p>c) Le mode d'obtention du dossier de sollicitation, et le lieu où il peut être obtenu;</p> <p>d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et</p> <p>e) La date limite de dépôt des propositions.</p> |
| <p>5. Les sollicitations de propositions envoyées conformément au paragraphe 3 ci-dessus doivent comporter les renseignements suivants:</p> <p>a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;</p> <p>b) La date et l'heure à laquelle les propositions doivent être déposées, ainsi que le lieu ou l'adresse où elles doivent être envoyées;</p> <p>c) Une description de l'objet du marché donnant, au moins sous forme résumée, tous les renseignements dont l'entité adjudicatrice a connaissance au moment où elle envoie la sollicitation de propositions, et les attentes concernant la fourniture ou l'exécution de l'objet du marché;</p> <p>d) La forme sous laquelle les propositions doivent être déposées;</p> <p>e) S'il y a lieu, les critères de qualification et les coefficients de pondération qui seront utilisés pour sélectionner les</p> | <p>Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le niveau de détail des renseignements devant figurer dans la sollicitation de propositions. D'une part, l'entité adjudicatrice devrait fournir des informations détaillées sur le marché proposé afin d'assurer une participation maximale. D'autre part, lui demander de publier l'<i>ensemble</i> des informations dont elle dispose pourrait s'avérer par trop contraignant.</p> <p>Ici, comme ailleurs dans le présent article proposé, le libellé proposé doit être abandonné en faveur de toute formulation contraire figurant dans d'autres parties de la Loi type, qui fait elle-même l'objet d'une révision plus générale. Ainsi, il se peut que d'autres dispositions relatives au détail des renseignements devant figurer dans les sollicitations aient une incidence sur le présent paragraphe.</p> <p>Le texte de la Loi type proposé ici est relativement succinct. Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'inspirer du texte du Guide législatif de la Loi type de 1994 concernant la négociation avec appel à la concurrence (ancien article 49), qui encourage les entités</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|---|--|
| <p>fournisseurs ou entrepreneurs, comme il est indiqué plus en détail au paragraphe 7;</p> <p>f) Le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs seront invités à participer aux négociations, comme il est indiqué plus en détail au paragraphe 8; et</p> <p>g) Le processus que l'entité adjudicatrice utilisera pour mener les négociations avec appel à la concurrence et choisir le fournisseur ou entrepreneur à retenir, comme il est indiqué plus en détail au paragraphe 9.</p> | <p>adjudicatrices à élaborer leurs propres règles pour régir ces négociations:</p> <p>2) L'État adoptant la Loi type voudra peut-être disposer, dans la réglementation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit prendre par exemple les mesures suivantes: énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis, ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles désirées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin de l'aider à comparer ce qu'offrent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations.</p> <p>On trouve un exemple de règles et directives nationales pour les négociations avec appel à la concurrence dans les lignes directrices de 2006 sur le dialogue compétitif publiées par l'Office of Government Commerce du Royaume-Uni, qui se trouve à l'adresse: http://www.ogc.gov.uk/documents/guide_competitive_dialogue.pdf; et dans le Règlement sur les marchés fédéraux (Federal Acquisition Regulation) des États-Unis, partie 15, 48 C.F.R., qui peut être consulté à l'adresse: www.acquisition.gov/far.</p> |
| <p>6. L'entité adjudicatrice peut modifier le dossier de sollicitation, ou publier des précisions le concernant, avant la date limite de dépôt. Ces modifications ou précisions doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels un avis a été envoyé conformément au paragraphe 4 suffisamment de temps avant la date limite de dépôt pour leur permettre d'en tenir compte dans leurs propositions.</p> | <p>Il a été suggéré, pour améliorer l'enchaînement des articles, de transférer ce paragraphe à la suite de l'actuel paragraphe 9.</p> |
| <p>7. Si l'entité adjudicatrice cherche à sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs avant le début des négociations, la sollicitation de propositions doit énoncer les critères qui seront utilisés pour évaluer les propositions pendant l'étape de la sélection, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Les critères de</p> | <p>Certains ont insisté pour qu'aucune étape de sélection séparée ne soit exigée.</p> <p>Il a été noté qu'il n'était peut-être pas toujours approprié de procéder à des vérifications.</p> <p>Il a aussi été noté que lorsque les critères de qualification "ont trait" au marché, il s'agit d'énoncer les conditions minimales raisonnables; imposer des qualifications</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|---|---|
| <p>qualification doivent avoir trait à l'objet du marché, et devraient porter sur:</p> <p>a) L'expérience et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur;</p> <p>b) Les ressources financières du fournisseur ou entrepreneur;</p> <p>c) La qualité de la proposition déposée par le fournisseur ou entrepreneur; et</p> <p>d) Le cas échéant, le résultat des vérifications effectuées sur le fournisseur ou l'entrepreneur par l'entité adjudicatrice.</p> | <p>excessivement restrictives réduirait de façon indue la concurrence.</p> <p>Il a été suggéré que si la Loi type exige que les critères de qualification "aient trait" au marché, le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser jusqu'à quel point. Par exemple, doivent-ils avoir un lien direct avec les conditions à remplir par le marché?</p> <p>Ici, comme ailleurs dans le présent article proposé, le libellé proposé doit être en faveur de toute formulation contraire figurant dans d'autres parties de la Loi type; il se peut que d'autres dispositions concernant les critères de qualification doivent être prises en compte ici.</p> |
| <p>8. La sollicitation de propositions doit décrire le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d'être admis aux négociations avec appel à la concurrence. Lorsque ce nombre est suffisant, l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de ceux qu'elle entend inviter à participer aux négociations, à condition que le dossier de sollicitation spécifie:</p> <p>a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et</p> <p>b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.</p> | <p>Il convient de noter que ce paragraphe pourrait permettre de restreindre le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs pour deux motifs distincts: 1) parce qu'ils ne répondent pas aux critères de qualification, et 2) parce que l'entité adjudicatrice souhaite restreindre leur nombre pour des raisons d'efficacité des négociations.</p> <p>En dehors de la première phrase, la formulation de ce paragraphe s'inspire étroitement du libellé de l'article 18-12 de la réglementation britannique sur les marchés publics (<i>Public Contracts Regulations 2006</i>).</p> <p>Ici, comme ailleurs dans le présent article proposé, le libellé proposé doit être abandonné en faveur de toute formulation contraire figurant dans d'autres parties de la Loi type.</p> |
| <p>9. Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel l'entité adjudicatrice mènera les négociations avec appel à la concurrence et déterminera à quel fournisseur ou entrepreneur elle attribuera le marché. Le processus doit être conforme aux exigences de la présente Loi.</p> | <p>Il a été dit que ce paragraphe était maintenant redondant et pouvait être supprimé, puisqu'un paragraphe antérieur décrit déjà ce que doit contenir le dossier de sollicitation. Certains commentateurs estiment toutefois que ce paragraphe séparé devrait être conservé pour bien montrer que le processus des négociations avec appel à la concurrence doit être soigneusement expliqué aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels.</p> <p>La deuxième phrase de ce paragraphe mentionne le besoin de conformité avec les autres dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier cette</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|---|
| | <p>deuxième phrase pour citer spécifiquement d'autres dispositions de la Loi type révisée qui régissent les exigences de publication et les critères d'attribution.</p> <p>Une autre question découle de la formulation ayant trait à l'attribution. Il pourrait être indiqué dans le Guide pour l'incorporation que l'entité adjudicatrice pourrait aussi se contenter de <i>recommander</i> l'attribution au lieu d'annoncer à quel vendeur le marché sera attribué. Cela dépendra des processus de passation de marché dans l'État procédant à la passation.</p> |
| <p>10. Les négociations avec appel à la concurrence doivent être menées de façon concomitante (c'est-à-dire séparément mais plus ou moins simultanément avec chaque fournisseur ou entrepreneur admis à participer aux négociations après l'étape de la présélection).</p> | <p>Ce paragraphe reste controversé. Le texte proposé demande des négociations concomitantes, et non consécutives (c'est-à-dire engagées et conclues avec le fournisseur ou entrepreneur le mieux classé à l'issue de la présélection; si ces négociations échouent, des négociations sont engagées, par ordre de classement, avec les autres fournisseurs ou entrepreneurs admis aux négociations avec appel à la concurrence). Cette approche en faveur de négociations concomitantes a été adoptée en raison des préoccupations ci-après suscitées par les négociations consécutives:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Il n'est pas certain que l'égalité de traitement puisse être assurée si les négociations sont consécutives; • Axer les négociations uniquement sur le fournisseur ou entrepreneur le mieux classé donne à celui-ci une indication quant aux résultats de l'évaluation technique alors que cette information est censée rester secrète; • Commencer par axer les négociations sur un seul fournisseur ou entrepreneur pourrait nuire au pouvoir de négociation de l'entité adjudicatrice; le fournisseur ou entrepreneur sachant qu'il est le premier sera peu enclin à faire des concessions pendant les négociations; • L'entité adjudicatrice ne peut pas profiter des leçons qu'elle pourrait tirer des négociations concomitantes avec d'autres fournisseurs ou entrepreneurs; • Les négociations consécutives ont pour seul avantage apparent d'alléger la charge pesant sur l'équipe menant les négociations; il se peut toutefois que cette équipe sous-estime parfois les avantages plus vastes des négociations concomitantes. <p>Quelle que soit la formulation retenue, il a été suggéré que le texte définitif insiste sur le principe d'égalité de</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|---|
| | traitement des fournisseurs ou entrepreneurs, en particulier lors des négociations concomitantes. Comme il a été indiqué, cette égalité risque d'être difficile à assurer dans la pratique lors de négociations consécutives. |
| <p>11. L'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés pour participer aux négociations avec appel à la concurrence de communiquer par écrit des informations ou des documents au cours des négociations. L'entité adjudicatrice doit préserver la confidentialité de toutes les soumissions, informations et de tous les documents qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur ou qu'elle obtient pendant le processus de passation, à moins que le fournisseur ou entrepreneur consente à leur divulgation, qu'ils se trouvent dans le domaine public ou que la loi exige leur divulgation.</p> | <p>Le paragraphe 15 ci-dessous indique que le Groupe de travail souhaitera peut-être préciser que l'entité adjudicatrice <i>ne peut</i> demander aux fournisseurs ou entrepreneurs prenant part aux négociations de soumettre plusieurs meilleures offres définitives. Les préoccupations auxquelles répond ce paragraphe – le souci de préserver les informations confidentielles des fournisseurs ou entrepreneurs – expliquent en partie l'interdiction des sollicitations multiples. On craint qu'en sollicitant plusieurs séries d'offres, l'entité adjudicatrice ne dévoile, directement ou indirectement, les informations confidentielles des vendeurs.</p> |
| <p>12. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs à l'objet du marché qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur durant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participant aux négociations. Pendant toute la durée des négociations, les entités adjudicatrices se doivent de traiter les fournisseurs ou entrepreneurs participants sur un pied d'égalité. En particulier, elles doivent faire en sorte que les informations ne soient pas communiquées d'une façon discriminatoire, ou autre, susceptibles de donner à certains</p> | <p>Il a été suggéré que cette formulation soit alignée sur l'AMP. L'article XIV-4 de l'AMP actuel figure dans la note ci-dessous; le texte provisoire de l'AMP (2006) devrait également être consulté. Comme il a été noté, il se pourrait que le principe de l'égalité de traitement exigé par l'AMP soit difficile à respecter dans des négociations consécutives.</p> |

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|--|--|
| fournisseurs ou entrepreneurs un avantage indu sur d'autres ⁴ . | |
| 13. Les négociations avec appel à la concurrence peuvent être utilisées pour déterminer le fournisseur ou l'entrepreneur auquel le marché sera attribué, pour réduire le nombre d'options ou pour choisir une option unique que l'entité adjudicatrice est disposée à examiner pour l'objet du marché. | <p>Il a été suggéré d'expliquer dans le Guide que cette formulation permet à l'entité adjudicatrice d'arrêter le processus à l'étape des propositions initiales sans passer par des meilleures offres définitives.</p> <p>Il a aussi été suggéré que si le processus peut être arrêté à la première étape, sans recours aux meilleures offres définitives, l'étape suivante (par exemple, l'avis d'attribution du marché) devrait aussi être transparente et ouverte à tous les fournisseurs ou entrepreneurs pour éviter les discriminations. Là encore, d'autres dispositions de la Loi type (par exemple, celles relatives à la transparence et à l'attribution) devraient être consultées et faire l'objet de renvois.</p> |
| 14. Lorsque les négociations avec appel à la concurrence sont utilisées pour déterminer le fournisseur ou l'entrepreneur auquel le marché sera attribué, l'attribution se fait à celui que le processus exposé dans le dossier de sollicitation aura permis d'identifier [comme offrant [l'option la plus avantageuse] [l'option ayant le meilleur rapport qualité-prix]]. | <p>Il a été suggéré d'insérer le paragraphe suivant dans le Guide pour l'incorporation afin d'adopter la préférence de certaines institutions de financement pour des critères d'évaluation exprimés e termes objectifs et monétaires:</p> <p style="padding-left: 40px;">Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés, dans la mesure du faisable, en termes pécuniaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères, et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition.</p> |
| 15. Lorsque des négociations avec appel à la concurrence sont utilisées pour réduire le nombre d'options ou pour identifier une option unique que l'entité adjudicatrice souhaite examiner pour l'objet de la passation, une fois les négociations terminées l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle a mené des négociations de soumettre une meilleure offre | <p>Le Guide devrait indiquer clairement que cette étape (sollicitation des meilleures offres définitives) intervient uniquement lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déjà attribué le marché sur la base des propositions initiales.</p> <p>Le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier le Guide pour préciser que l'entité adjudicatrice peut, dans son avis de sollicitation des meilleures offres définitives, se contenter de renvoyer aux critères d'attribution</p> |

⁴ L'article XIV-4 de l'AMP exprime le principe important selon lequel les négociations ne devraient pas être utilisées pour faire des discriminations entre fournisseurs:
 "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".

| TEXTE PROPOSÉ POUR LA LOI TYPE | COMMENTAIRES |
|---|---|
| <p>définitive ayant trait aux options ou à l'option retenues grâce au processus de négociation. La demande doit se faire par écrit, préciser la date et l'heure à laquelle les offres doivent être déposées, énoncer les critères d'évaluation, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun des critères et la façon dont ces derniers seront appliqués pour évaluer les meilleures offres définitives. Les critères d'évaluation doivent se rapporter aux options ou à l'option retenues et en préciser le prix. Le coefficient de pondération dont chacun des critères est affecté doit, autant que cela est faisable, être objectif [et quantifié ou exprimé en termes monétaires]. L'entité adjudicatrice doit déterminer [le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle recommande d'attribuer] [le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle attribuera] le marché sur la base des meilleures offres définitives.</p> | <p>contenus dans la sollicitation de propositions initiale. Le texte de la Loi type proposé ici permettrait essentiellement à l'entité adjudicatrice de déplacer les critères d'évaluation pour l'attribution vers l'étape finale de la passation de marché négociée.</p> <p>Le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier le Guide pour expliquer que, si à cette étape avancée, des changements sont apportés aux critères d'évaluation contenus dans la sollicitation de propositions, il ne peut s'agir que de changements <i>mineurs</i>. Si l'entité adjudicatrice souhaite apporter des changements <i>majeurs</i>, elle devra recommencer le processus depuis le début, avec la publication d'une demande de manifestation d'intérêt, afin que le processus soit juste et aussi inclusif que possible.</p> <p>Le Groupe de travail souhaitera peut-être indiquer clairement dans le Guide pour l'incorporation que, une fois les meilleures offres définitives soumises, l'entité adjudicatrice peut demander des précisions aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents, mais elle ne peut leur demander de soumettre une nouvelle série de meilleures offres définitives.</p> <p>Là encore, comme noté précédemment, il a été souligné que si le marché est attribué sur la base des propositions initiales, l'étape suivante (par exemple, l'avis d'attribution du marché) devrait rester transparente et ouverte à tous les fournisseurs ou entrepreneurs pour éviter les discriminations.</p> |