

19 juin 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-deuxième session
Vienne, 29 juin-17 juillet 2009

Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Propositions concernant le chapitre IV révisé et disposition supplémentaire pour le chapitre premier

1. Introduction

1. À sa seizième session, le Groupe de travail I a chargé le Secrétariat de revoir une proposition pour le projet d'article 40 (Dialogue compétitif) devant être placé au chapitre IV de la Loi type révisée (ci-après "la Proposition") et d'y apporter les changements nécessaires afin d'en aligner le libellé sur les autres dispositions du projet de loi type révisée figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69 et ses additifs (A/CN.9/672, par. 13). Le projet de loi type révisée est présenté à la Commission à sa quarante-deuxième session. Le texte de la Proposition et les modifications dont il a fait l'objet figurent dans la section 2 ci-dessous. Le maintien de l'appel d'offres en deux étapes (article 46 de la Loi type de 1994) en tant que méthode de passation distincte dans la Loi type révisée ayant été fermement appuyé au sein du Groupe de travail, ce dernier a supposé que le chapitre IV contiendrait les dispositions régissant cette méthode ainsi que l'article 40 sur le dialogue compétitif (A/CN.9/672, par. 48 et 66). La Commission voudra peut-être noter que les dispositions de la Loi type de 1994 sur l'appel d'offres en deux étapes sont reproduites au projet d'article 38 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3.

2. À cette même session, le Groupe de travail I a chargé le Secrétariat d'élaborer, pour examen ultérieur, des projets de dispositions sur les questions suivantes: a) la publication d'une demande de manifestation d'intérêt pour étudier le marché avant d'engager une procédure de passation et éventuellement à d'autres fins; et b) l'annulation de la passation avant le délai de présentation des soumissions. Il est convenu que les dispositions sur ces questions seraient insérées au chapitre premier de la Loi type révisée (dans les projets d'articles 6 et 16 révisés, respectivement), car elles étaient d'application générale (A/CN.9/672, par. 13). On trouvera dans la



section 3 ci-dessous le texte sur la question des demandes de manifestation d'intérêt qu'il est proposé d'insérer au projet d'article 6 révisé. Le projet d'article 16 révisé apparaissant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2 mentionne l'annulation de la passation de marché.

3. Le Groupe de travail I a également prié le Secrétariat de modifier certaines dispositions du chapitre premier du projet de loi type révisée, concernant notamment les critères d'évaluation (projet d'article 12), la publication des avis d'attribution de marché (projet d'article 20), la confidentialité (projet d'article 21) et le procès-verbal de la procédure de passation des marchés (projet d'article 22), ainsi que les dispositions du chapitre II sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation (projet d'article 28), en tenant compte des dispositions sur le dialogue compétitif (A/CN.9/672, par. 13) une fois celles-ci finalisées.

4. Il a par ailleurs été proposé, au sein du Groupe de travail I, que la sollicitation de propositions sans négociations et la négociation avec appel à la concurrence, telle que cette dernière était envisagée à l'article 49 de la Loi type de 1994, soient maintenues dans la Loi type révisée en tant que méthodes de passation distinctes (A/CN.9/672, par. 49 et 61). Le Groupe de travail a également pris note de la crainte exprimée par l'observateur de la Banque mondiale que les négociations concomitantes (simultanées dans la Loi type de 1994) ne conviennent pas à certains types de services, pour lesquels il faudrait plutôt recourir à des négociations consécutives, portant éventuellement sur le seul prix, comme l'envisageait l'article 44 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/672, par. 67 et 123). Le Groupe ne s'est pas prononcé sur ces points. La Commission notera peut-être que les dispositions de la Loi type de 1994 sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence sont reproduites dans les projets d'articles 39 et 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3. Aucune disposition sur les négociations consécutives n'a été incluse dans le projet de loi type révisée en attendant que le Groupe de travail ou la Commission examine la question.

2. Dispositions du chapitre IV: projet d'article 40

5. On trouvera ci-après chaque paragraphe (ou groupe de paragraphes, selon le cas) de la Proposition telle qu'elle a été formulée à la seizième session du Groupe de travail I. Chaque paragraphe ou groupe de paragraphes est suivi, si nécessaire, des modifications qui, selon ce que croit comprendre le Secrétariat, devraient être apportées au texte pour l'aligner sur les autres dispositions du projet de loi type révisée. Pour faciliter la lecture du texte, chaque étape de la procédure est précédée d'un intitulé, qui conformément à la présentation normalement suivie pour les textes de la CNUDCI ne figurera pas dans la Loi type révisée elle-même.

a) Conditions d'utilisation

Paragraphe 1 de la Proposition:

“[Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut désigner 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 dialogue compétitif si elle est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.”

Paragraphe modifié pour être aligné sur le projet de loi type révisée:

“1. [Sous réserve d’approbation par ... (l’État adoptant la Loi type spécifie l’organe habilité à donner ladite approbation)], l’entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec dialogue compétitif si elle est dans l’impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin [de chercher différentes possibilités de répondre à ses besoins [et]] de trouver la solution la mieux adaptée [à ceux-ci] [à ses besoins en matière de passation de marché].”¹

b) Préqualification ou présélection

Paragraphe 2 de la Proposition:

“À titre facultatif, l’entité adjudicatrice peut présélectionner des fournisseurs ou des entrepreneurs avant d’engager le dialogue conformément aux articles 10 et 15 relatifs à la présélection.”

Paragraphe modifié pour être aligné sur le projet de loi type révisée:

“2. ²[À titre facultatif] [Lorsqu’elle entend limiter le nombre de fournisseurs ou d’entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des propositions],³ l’entité adjudicatrice [peut ouvrir] [ouvre] une procédure de préqualification conformément à l’[aux]article[s 10 et] 15 de la présente Loi ou [peut ouvrir] [ouvre] une procédure de présélection conformément au présent paragraphe. Dans le second cas:

a) Les dispositions de l’article 15, à l’exception de ses paragraphes 8 à 10, s’appliquent à cette procédure de présélection;

b) L’invitation à présenter une demande de préqualification et la documentation de préqualification mentionnent, outre les renseignements énumérés [aux paragraphes 3 et 5 de l’article 15], [ceux énumérés au

¹ Cette disposition sera accompagnée, dans le Guide pour l’incorporation, d’un commentaire concernant l’exigence d’approbation, la nature du dialogue (à savoir que celui-ci ne vise pas à obtenir des améliorations techniques ni des réductions de prix) et les situations qui se prêtent à cette méthode (A/CN.9/672, par. 33 b) et d), 35 et 36). Le Groupe de travail I a décidé d’examiner à un stade ultérieur le problème du recoupement entre les conditions d’utilisation de cette méthode et celles de l’appel d’offres en deux étapes (A/CN.9/672, par. 37).

² Le Groupe de travail I a demandé que le paragraphe 2 de la Proposition relatif aux demandes de manifestation d’intérêt, dont il était saisi à sa seizième session, soit placé dans le chapitre premier de la Loi type (A/CN.9/672, par. 73). Voir sur ce point le paragraphe 6 ci-après. Le Groupe de travail a également décidé que les dispositions sur la limitation du nombre de participants grâce à une procédure de présélection devraient être alignées sur celles des instruments de la CNUDCI relatifs aux projets d’infrastructures à financement privé (A/CN.9/672, par. 55). Le présent paragraphe (qui ne figurait pas dans la Proposition soumise au Groupe de travail à sa seizième session) prévoit donc une telle procédure en s’inspirant desdits instruments, comme l’option 3 du projet d’article 34 (voir A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3).

³ La Commission pourrait considérer que la procédure de préqualification ne garantit pas que le nombre de participants sera limité, contrairement à la procédure de présélection. Si elle souhaite que l’objet de la procédure soit clair, elle pourrait vouloir conserver le texte figurant dans la deuxième série de crochets.

paragraphe 3 c) et d) du présent article,]⁴ ainsi que l'intention de l'entité adjudicatrice, une fois la procédure de présélection terminée, d'adresser une sollicitation de propositions à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de préqualification;

c) L'invitation à présenter une demande de préqualification et la documentation de préqualification indiquent, en outre, le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés [auprès desquels les propositions seront sollicitées] [qui seront présélectionnés pour participer à la suite de la procédure], ce nombre devant être au moins de [trois], et la manière dont ils seront sélectionnés;

d) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de préqualification en se fondant sur les critères [objectifs]⁵ appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste de ceux [qui ont été présélectionnés pour participer à la suite de la procédure] [auprès desquels les propositions seront sollicitées]. En établissant la liste, elle applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à présenter une demande de préqualification et dans la documentation de préqualification. Elle [sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des propositions de manière non discriminatoire et elle] retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Elle communique, sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet.”⁶

⁴ Les informations visées au paragraphe 3 c) et d) du présent article ne figurent pas à l'article 15. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il faut modifier l'article 15 afin que toutes les informations pertinentes y soient mentionnées, de manière à éviter si possible les renvois à des dispositions autres que cet article.

⁵ Dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, la disposition type 7 prévoit ce qui suit “Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.”

La Commission voudra peut-être examiner si la question des critères objectifs et non discriminatoires appelle d'autres précisions dans le texte, semblables à celles figurant ci-dessus, ou si un commentaire plus détaillé dans le Guide serait suffisant.

⁶ La Commission souhaitera peut-être examiner si la présélection devrait s'appliquer à une autre méthode de passation, tel l'appel d'offres restreint (comme cela est proposé dans l'Option 3 du

c) Premier avis concernant le marché en l'absence de préqualification ou de présélection

Paragraphe 3 de la Proposition:

“L’entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale le premier avis sollicitant la participation à la procédure de passation. Cet avis doit spécifier au moins:

- a) L’objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs potentiels;
- b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues qui se concluront par un dialogue compétitif et, si l’entité adjudicatrice souhaite limiter le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet];
- c) Les modalités d’obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- d) Les frais (éventuels) d’obtention du dossier de sollicitation; et
- e) La date limite de soumission des réponses.”

Paragraphe modifié pour être aligné sur le projet de loi type révisée:

“3. Lorsqu’elle n’ouvre pas de procédure de préqualification conformément à l’article 15 de la présente Loi ou de procédure de présélection conformément au paragraphe 2 du présent article,⁷ l’entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale l’avis sollicitant la participation à la procédure de passation. L’avis doit contenir, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l’adresse de l’entité adjudicatrice;⁸
- b) Pour autant qu’elle soit connue, la description de l’objet du marché ainsi que le moment et le lieu où sa fourniture est souhaitée ou requise [de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs ou d’entrepreneurs];⁹

projet d’article 34 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3) et, dans ce cas, si une procédure de présélection devrait figurer dans la Loi type révisée en tant que procédure générale (dans le chapitre premier).

⁷ Ce membre de phrase liminaire est nouveau et la Commission souhaitera peut-être envisager de l’insérer pour compléter le projet de paragraphe 2 plus haut.

⁸ Cet alinéa est nouveau. Il a été inséré pour aligner le texte sur les autres dispositions de la Loi type.

⁹ Cet alinéa développe le paragraphe 3 a) de la Proposition et permet ainsi d’aligner le texte sur les autres dispositions de la Loi type (telles que les articles 37 et 38 g) du texte de 1994). La Commission souhaitera peut-être examiner si les mots entre crochets auraient davantage leur place dans le Guide pour l’incorporation, avec un commentaire plus détaillé si nécessaire.

c) [[Une mention précisant que] [Si] l'entité adjudicatrice sollicite des propositions concernant divers moyens possibles de répondre à ses besoins;]¹⁰

d) Les étapes prévues de la procédure aboutissant au dialogue compétitif;¹¹

e) Les critères et procédures à appliquer pour s'assurer des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [10-2] et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

f) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, indiquant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration indiquant que la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article [9-1], selon le cas;

g) Les moyens, le mode et les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions;^{12, 13}

h) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la sollicitation de propositions;

i) Sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de

¹⁰ Comme dans la note 8 ci-dessus. La Commission voudra peut-être examiner si la sollicitation de propositions aux fins décrites dans l'alinéa constitue la base même de la méthode de passation, et non pas une simple option. Il s'agirait là d'une des principales distinctions entre le dialogue compétitif et l'appel d'offres en deux étapes (dans lequel l'entité recherche en définitive une seule solution technique).

¹¹ La référence, dans le paragraphe 3 b) de la Proposition, à la limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs a été supprimée du présent projet de disposition, car l'entité limitera ce nombre à ce stade de la procédure en recourant à la préqualification ou à la présélection (voir le projet d'article 15 et le projet de paragraphe 2 ci-dessus, ce dernier ayant été rédigé compte tenu des commentaires du Groupe de travail I dans le document A/CN.9/672, par. 75 à 77). La Commission souhaitera peut-être examiner a) si l'avis devrait mentionner que le nombre des participants pourra de nouveau être limité à une étape ultérieure, soit par qualification soit par élimination de solutions, le cas échéant; et b) dans l'affirmative, si les critères applicables devraient être énoncés de sorte que les dispositions soient conformes aux obligations de transparence prévues dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et l'Accord sur les marchés publics. L'élimination pourrait se faire après qualification, après examen des propositions et rejet des solutions non conformes ou si les propositions initiales n'atteignent pas un certain seuil concernant les aspects qualitatifs et techniques (en application des principes des articles 38 l), 41, 42 et 44 du texte de 1994).

¹² Dans la Proposition, le terme "dossier de sollicitation" est employé. Bien que ce terme, tel qu'il est défini à l'article 2, englobe la sollicitation de propositions, la Commission pourrait juger préférable d'employer le terme "sollicitation de propositions" dans le contexte de cette méthode de passation.

¹³ La Commission souhaitera peut-être inclure une disposition expresse pour exiger la publication de la sollicitation de propositions à ce stade de la procédure ou indiquer dans le Guide pour l'incorporation qu'un lien vers le site Web contenant la sollicitation de propositions ou un équivalent papier devrait être fourni. L'objectif serait d'assurer la publication intégrale de la sollicitation même si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à présenter des propositions sera finalement limité. Le libellé de l'alinéa a été aligné sur le texte de dispositions similaires convenues par le Groupe de travail I à sa quinzième session.

l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, la monnaie et les modalités de paiement de la sollicitation de propositions;

j) Sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi, la ou les langues dans lesquelles la sollicitation de propositions est disponible et dans lesquelles se déroulera le dialogue compétitif;

k) Le mode, les modalités et le délai de soumission des propositions. Le délai de soumission des propositions consiste en une date et heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs propositions, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice."¹⁴

d) Sollicitation de propositions

Paragraphe 4 de la Proposition:

“[Le dossier de sollicitation] [La sollicitation de propositions] doit être envoyée au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, mais pas à moins de trois si possible.”

Paragraphe 5 de la Proposition:

“Le dossier de sollicitation [La sollicitation de propositions] doit décrire le processus par lequel les fournisseurs ou entrepreneurs passeront à la phase du dialogue compétitif. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs remplissant les critères pour être admis aux négociations est plus que 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:

a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et

b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.”

Paragraphe 6 de la Proposition:

“La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis;

¹⁴ Les alinéas e) à k) se fondent sur des dispositions similaires apparaissant dans d'autres articles du projet de loi type révisée.

c) Les critères d'évaluation de la proposition conformément à l'article 12, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères, et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d'exécution éventuels."

Paragraphes modifiés pour être alignés sur le projet de Loi type révisée:

"4.¹⁵ La sollicitation de propositions est émise comme suit:

a) Lorsqu'elle a procédé à une préqualification conformément à l'article 15 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice adresse une sollicitation de propositions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés conformément à l'invitation à présenter une demande de préqualification qui, le cas échéant, en acquittent le prix;

b) Lorsqu'elle a suivi la procédure de présélection prévue au paragraphe 2 du présent article, l'entité adjudicatrice adresse une sollicitation de propositions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés conformément à l'invitation à présenter une demande de préqualification qui, le cas échéant, en acquittent le prix;

c) Lorsqu'elle engage la procédure en publiant l'avis mentionné au paragraphe 3 du présent article, l'entité adjudicatrice adresse une sollicitation de propositions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui en font la demande conformément à l'avis sollicitant la participation à la procédure de passation et qui, le cas échéant, en acquittent le prix."¹⁶

"5.¹⁷ La sollicitation de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants:¹⁸

¹⁵ Le paragraphe 4 de la Proposition dont le Groupe de travail I était saisi à sa seizième session, libellé comme suit "À titre facultatif, l'entité adjudicatrice peut présélectionner des fournisseurs ou des entrepreneurs avant d'engager le dialogue conformément aux articles 10 et 15 relatifs à la présélection", a été supprimé de cette partie du projet de texte compte tenu des paragraphes 2 à 4 plus haut.

¹⁶ Le paragraphe 5 de la Proposition, libellé comme suit: "Le dossier de sollicitation doit être envoyé au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, mais pas à moins de trois si possible," a été supprimé de cette partie du projet de texte du fait de l'introduction de la procédure de présélection pour limiter le nombre de participants. Si la Commission estime qu'il faudrait autoriser une nouvelle réduction du nombre des participants à ce stade, une disposition supplémentaire sur les critères à appliquer à cet effet serait nécessaire (de sorte à respecter les obligations de transparence de la Convention des Nations Unies contre la corruption et de l'Accord sur les marchés publics). La Commission voudra peut-être examiner si une procédure autre qu'une nouvelle présélection serait possible à ce stade puisque seules auraient été reçues la documentation de préqualification ou une manifestation d'intérêt.

¹⁷ Le début du paragraphe 5 de la Proposition, libellé comme suit: "Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs passeront à la phase du dialogue compétitif", a été supprimé du présent projet de disposition; la limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est désormais traitée plus loin dans le présent paragraphe.

¹⁸ La Commission souhaitera peut-être examiner le présent projet de texte en le comparant à cet égard avec les dispositions bien plus détaillées de l'article 38 du texte de 1994 et déterminer si le projet devrait être développé en conséquence. Si tel est le cas, elle souhaitera peut-être suivre

a)¹⁹ Pour autant qu'elle soit connue, la description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l'emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis;

b) Les critères d'évaluation des propositions, exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la façon dont ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions;²⁰; et

c)²¹ Lorsque l'entité adjudicatrice entend limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue compétitif:

i) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter ainsi le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs;²² et

ii) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.

[L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer au dialogue soit suffisant pour assurer une véritable concurrence;]²³

la structure des projets de chapitre II (appel d'offres), de chapitre V (enchères électroniques inversées) ou encore de chapitre VI (accords-cadres), dans lesquels les dispositions sur une méthode/technique de passation sont présentées dans des articles séparés. Si cette solution est retenue, le chapitre IV serait divisé en plusieurs sections, dont une consacrée spécifiquement à la méthode de passation proposée.

¹⁹ Le passage faisant référence au nom et à l'adresse de l'entité adjudicatrice au paragraphe 7 a) de la Proposition a été supprimé du présent projet de disposition car cette information aura été fournie à un stade antérieur de la procédure.

²⁰ La Commission souhaitera peut-être examiner si tous les aspects de cette disposition, qui reflètent les règles générales posées à l'article 12 concernant les critères d'évaluation (y compris l'utilisation de sous-critères), peuvent être appliqués dans le cadre du dialogue compétitif et s'il est nécessaire de modifier en conséquence le présent paragraphe (ou l'article 12). La Commission souhaitera peut-être aussi supprimer cette paraphrase des dispositions de l'article 12 afin d'éviter les répétitions inutiles (comme en a décidé à sa seizième session le Groupe de travail I à propos de la question de la confidentialité) et éviter toute incohérence et toute confusion qui pourraient découler du fait que la question est mise en exergue uniquement dans la présente méthode de passation.

²¹ La présente disposition reprend les termes du paragraphe 5 de la Proposition (à l'exception de la partie liminaire dont il est question dans la note 17 plus haut). Ceux-ci ont toutefois été modifiés de manière à être exprimés sous la forme d'éléments devant figurer dans la sollicitation.

²² La Commission souhaitera peut-être examiner sur quelle(s) base(s) l'entité pourrait procéder à une nouvelle limitation ou élimination des fournisseurs ou entrepreneurs ou solutions après la soumission des propositions initiales, par exemple en demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de confirmer leurs qualifications comme le prévoit l'article 10-8 (en cas notamment de faillite soudaine), ou sur la base de la conformité comme cela est décrit dans la note 11 plus haut. Dans l'un ou l'autre cas, il sera peut-être jugé nécessaire, dans un souci de transparence, que la sollicitation de propositions spécifie le processus et les critères et qu'il soit fait expressément référence à la confirmation des qualifications, à la conformité ou aux critères d'évaluation, selon le cas.

d) Des instructions pour l'établissement et la soumission des propositions;

e) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché;

g) [Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission de la sollicitation de propositions et la procédure de passation du marché.]²⁴ [La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les échéanciers éventuellement applicables concernant le processus de passation.]²⁵

e) Modifications et clarifications avant le dialogue

Paragraphe 7 de la Proposition:

“Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe (...) du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Ces modifications ou clarifications doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée conformément au paragraphe (...) suffisamment de temps avant la date limite de soumission pour leur permettre d'en tenir compte dans leurs propositions.”

²³ La Commission souhaitera peut-être prévoir que l'entité adjudicatrice pourra limiter encore le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs invités à participer à la suite de la procédure à condition de veiller à ce que ce nombre soit suffisant pour assurer une véritable concurrence (en reprenant le principe de l'article 44-6 révisé (sur les enchères électroniques inversées)). Elle souhaitera peut-être également faire figurer cette disposition dans un paragraphe distinct car il ne s'agit pas d'un élément d'information à porter dans la sollicitation de propositions mais d'une règle matérielle.

²⁴ Le texte proposé reprend d'autres dispositions similaires de la Loi type (texte de 1994, qui a été conservé dans le projet de texte révisé). La notion d'échéancier dans le texte soumis au Groupe de travail I à sa seizième session est nouvelle dans la Loi type et la Commission souhaitera peut-être examiner si de plus amples éclaircissements seraient nécessaires. Par exemple, le texte de 1994 prévoyait que l'entité adjudicatrice devait spécifier le délai de soumission des propositions ou autres offres, sans obligation d'accomplir telle ou telle étape du processus de passation dans un délai déterminé. Les seuls autres délais imposés à l'entité concernent la procédure de recours. La Commission voudra peut-être examiner si l'obligation pour l'entité adjudicatrice de fixer à l'avance l'échéancier de l'ensemble du processus de passation de sorte que celui-ci ne puisse être ensuite modifié risque d'être trop stricte pour ce type de procédure.

²⁵ La Commission voudra peut-être examiner si la Loi devrait exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle spécifie dans la sollicitation de propositions tous les aspects de la passation du marché qu'elle considère comme non négociables, pour aider les fournisseurs ou entrepreneurs à décider s'ils souhaitent ou non participer à la passation et à établir des propositions initiales.

Paragraphe modifié pour être aligné sur le projet de loi type révisée:

“6. À tout moment avant la date limite de soumission des propositions, l’entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, de sa propre initiative ou suite à une demande d’éclaircissements émanant d’un fournisseur ou entrepreneur, modifier la sollicitation de propositions, y compris la description de l’objet du marché ou les critères d’évaluation, en publiant un additif, à condition que cette modification ne constitue pas une modification substantielle de la sollicitation.²⁶ Cette modification ou clarification est communiquée promptement et simultanément par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée et s’impose à eux.”²⁷

f) Procédure de dialogue

Paragraphe 8 de la Proposition:

“L’entité adjudicatrice engage un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que la possibilité de participer au dialogue soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions et participant encore au processus de dialogue.”

Paragraphe modifié pour être aligné sur le projet de loi type révisée:

“7. L’entité adjudicatrice engage un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions. La possibilité de participer au dialogue est donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui y ont été invités et qui y participent encore[, conformément à la procédure et aux critères spécifiés dans la sollicitation de propositions].”²⁸

Paragraphe 9 de la Proposition:

“Le dialogue entre l’entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentiel comme le prévoit l’article [21].”

Paragraphe 10 de la Proposition:

“Le dialogue compétitif est [mené par les mêmes représentants de l’entité adjudicatrice et est] concomitant.”²⁹

²⁶ A/CN.9/672, par. 99.

²⁷ Le libellé du paragraphe 8 de la Proposition a été aligné sur les autres dispositions de la Loi type. La Commission voudra peut-être examiner si la modification devrait être publiée comme la sollicitation initiale (A/CN.9/672, par. 98), par exemple sur le site Web où la sollicitation a été initialement publiée (voir par. 3 g) et note 10 plus haut). Elle souhaitera peut-être aussi appliquer la même règle à toutes les modifications visées dans la Loi type.

²⁸ Le présent paragraphe suit les instructions du Groupe de travail I concernant la limitation du nombre de participants après soumission des propositions initiales (A/CN.9/672, par. 75 à 77 et 86). Le libellé a été aligné sur les termes employés dans le texte de 1994 de la Loi type.

²⁹ A/CN.9/672, par. 108 à 110. Les paragraphes 9 et 10 de la Proposition n’ont pas besoin d’être alignés sur le texte de la Loi type.

g) Modifications durant la procédure de dialogue

Paragraphe 11 de la Proposition:

“Une fois les propositions initiales soumises, les critères d’évaluation ne peuvent plus être modifiés. Toute autre modification devra entrer dans la portée indiquée de la passation. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d’information relatifs au dialogue qui sont communiqués par l’entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur [mais qui ne s’appliquent pas en particulier ou exclusivement à ce fournisseur ou à cet entrepreneur] sont communiqués également en même temps à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants.”

Paragraphes modifiés pour être alignés sur le projet de loi type révisée:

“10. Pendant le déroulement du dialogue, l’entité adjudicatrice ne modifie [pas la description de l’objet du marché] aucun critère de qualification ou d’évaluation[, aucun élément de la passation qui ne fait pas l’objet du dialogue tel que notifié dans la sollicitation de propositions] [ni aucun critère utilisé pour définir le groupe compétitif] et n’apporte pas de modification substantielle [à la description de l’objet ni] à aucune autre condition du marché.³⁰

11. Sous réserve des règles de confidentialité de l’article [21], les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d’information générés durant le dialogue qui sont communiqués par l’entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur [mais qui ne s’appliquent pas en particulier ou exclusivement à ce fournisseur ou à cet entrepreneur] sont communiqués également en même temps à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants.”

h) Meilleures offres définitives et attribution du marché

Paragraphe 12 de la Proposition:

“À l’issue du dialogue, l’entité adjudicatrice doit demander [demande] à chaque fournisseur ou entrepreneur restant de soumettre sa meilleure offre définitive ayant trait aux solutions ou à la solution dégagée durant le processus de dialogue. La demande est écrite et précise la date et l’heure à laquelle les offres doivent être soumises. L’entité adjudicatrice attribue le marché [sur la base des meilleures offres définitives correspondantes] au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s’est avérée, sur la base des critères d’évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d’application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.”

³⁰ A/CN.9/672, par. 114. La Commission voudra peut-être aligner le passage se référant dans le présent paragraphe aux critères non susceptibles de modification sur ceux utilisés pour limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs prenant part au dialogue (que ce soit par préqualification, présélection, qualification ou examen des propositions, (voir note 11 plus haut)), au lieu de se référer au “groupe compétitif”, ou insérer plus haut dans le texte une définition de ce dernier terme. La Commission souhaitera peut-être aussi examiner s’il faudrait autoriser la modification des aspects non négociables du marché pendant le dialogue.

Paragraphes modifiés pour être alignés sur le projet de loi type révisée:

“12. À l’issue du dialogue, l’entité adjudicatrice demande à chaque fournisseur ou entrepreneur restant de soumettre sa meilleure offre définitive concernant tous les aspects de sa proposition.³¹ La demande est écrite et précise la date et l’heure à laquelle les offres doivent être soumises.

13. L’offre à retenir est celle qui, sur la base des critères d’évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions ainsi que des coefficients de pondération et des modalités d’application de ces critères spécifiés dans la sollicitation, s’est avérée être celle qui répond le mieux aux besoins de l’entité adjudicatrice.”³²

3. Nouvelles dispositions pour le chapitre premier: projet d’article 6-2

6. Demande de manifestation d’intérêt

“2. L’entité adjudicatrice peut publier une demande de manifestation d’intérêt avant d’engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi. [Cette demande est publiée dans ... (l’État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel la demande est publiée). La demande est également publiée, dans une langue d’usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale[, sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l’article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi.] Ni la demande ni une réponse ne confèrent de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu’une soumission soit évaluée; l’avis n’oblige pas non plus l’entité adjudicatrice à émettre une sollicitation.”³³

³¹ Le libellé du paragraphe 13 de la Proposition a été aligné sur les dispositions similaires de la Loi type.

³² La Commission voudra peut-être examiner si le présent paragraphe est nécessaire compte tenu des projets de dispositions régissant l’attribution du marché au fournisseur ayant présenté la soumission à retenir (projets d’article 12 (détermination de la soumission à retenir) et d’article 19 (acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché)). Le projet d’article 19 est formulé de sorte que seule une référence à la soumission à retenir est nécessaire dans les différentes méthodes de passation.

³³ La Commission souhaitera peut-être examiner si une publication nationale devrait être prévue, et si le paragraphe devrait préciser où doit paraître l’avis. Cette précision est apportée pour les publications obligatoires prévues par exemple dans le projet d’article 5 (Publication de textes juridiques), mais non pour les publications facultatives prévues dans le projet d’article 6 (Informations sur les projets de marché prévus).