

Orientations sur les règlements en matière de passation des marchés à promulguer conformément à l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

I. Introduction

1. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics¹ (article 4) envisage que les États adoptants promulguent des règlements en matière de passation des marchés pour atteindre les objectifs de la Loi type et appliquer ses dispositions. L'objet de ces règlements est de compléter le cadre législatif du système de passation des marchés, à la fois pour préciser en détail les procédures autorisées par la Loi type et pour tenir compte de la situation particulière de chaque État adoptant, susceptible d'évoluer.

2. Diverses dispositions de la Loi type indiquent expressément qu'elles doivent être complétées par des règlements en matière de passation des marchés. En outre, l'État adoptant peut décider d'en compléter d'autres, même s'il n'y est pas fait expressément référence à de tels règlements. Dans les deux cas, ces règlements ne devront pas être contraires à la Loi type ni compromettre l'efficacité de ses dispositions.

3. Les principales procédures pour lesquelles il peut être utile d'élaborer des règles plus détaillées dans les règlements en matière de passation des marchés sont par exemple les suivantes: mode de publication de divers types d'information (articles 5, 6, 18-2, 23, 33-1 et 34-5); mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations communiquées pendant la procédure de passation de marché (article 7-5); motifs de limitation de la participation à une passation de marché (article 8); calcul de marges de préférence et application de politiques socioéconomiques lors de l'évaluation des soumissions (article 11); estimation de la valeur du marché (article 12); exigences concernant la durée d'un délai d'attente (article 22-2 c)); exigences concernant le procès-verbal et les dossiers de la passation de marché (article 25-1 w) et 5); durée maximale d'un accord-cadre fermé (article 59-1 a)); code de conduite (article 26) et limitation du volume d'un marché passé en cas d'urgence par négociations avec appel à la concurrence ou sollicitation d'une source unique (c'est-à-dire, limitation aux volumes nécessaires pour faire face à la situation d'urgence) (voir le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 30-4 et 5 dans le Guide).

4. Le recours à des règlements n'est pas seulement une question de meilleure pratique: ne pas promulguer des règlements en matière de passation des marchés comme le prévoit la Loi type peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre des mesures dans des cas tels que la limitation de la participation à une procédure de passation de marché (article 8), le pouvoir d'appliquer une marge de préférence en faveur des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux et ses modalités d'application (article 11) et le recours à la procédure de demande de prix, qui ne peut être

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), annexe I.*

appliquée qu'aux marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans ces règlements (article 29-2).

5. Comme il est noté dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, adopté par la Commission à sa quarante-cinquième session, en 2012², l'expression "règlements en matière de passation des marchés" doit être interprétée conformément à la tradition juridique de l'État adoptant; elle peut désigner tout outil utilisé dans l'État adoptant pour appliquer sa législation. Ces traditions juridiques peuvent aussi faire ressortir des questions plus communément traitées au moyen d'orientations³. Le présent document ne prétend pas traiter de ces questions. Il rassemble l'ensemble des dispositions de la Loi type et du Guide traitant des principales questions à envisager dans les règlements en matière de passation des marchés afin de réaliser les objectifs de la Loi type et d'en appliquer les dispositions.

6. Les dispositions pertinentes sont regroupées par sujet. En premier lieu viennent des sujets généraux intéressant plusieurs articles de la Loi type (tels que politiques socioéconomiques et informations classifiées). Viennent ensuite des sujets intéressant des articles précis du chapitre I de la Loi type, dans l'ordre des articles de ce chapitre. Suivent les questions intéressant diverses méthodes et techniques de passation des marchés, regroupées par méthode et par technique. Viennent enfin les questions intéressant les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements applicables dans le contexte des procédures de contestation.

7. Le présent document ne traite que des principales questions. Il ne prétend pas couvrir l'ensemble des questions à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés. En particulier, conformément au champ d'application de la Loi type et du Guide pour l'incorporation, il ne traite pas de questions de planification ni d'administration des marchés autres que celles qui intéressent directement les dispositions pertinentes de la Loi type. Il peut être utile de prévoir dans les règlements en matière de passation des marchés une réglementation détaillée de ces phases du cycle de la passation.

8. En outre, comme il est noté dans le Guide⁴, la Loi type et les règlements en matière de passation des marchés à promulguer conformément à l'article 4 de la Loi type ne suffisent pas à eux seuls pour assurer le bon fonctionnement du système de passation des marchés de l'État adoptant. Certaines mesures doivent être prises dans d'autres branches du droit, d'autres ayant un caractère institutionnel ou administratif. Il est noté dans le Guide que des mesures doivent être prises hors du cadre de la législation sur la passation des marchés pour assurer l'application effective de la Loi type⁵. Ces mesures ne sont pas examinées dans le présent document.

² Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*, par. 46. Le texte du Guide est disponible (en anglais) à la date du présent document à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html.

³ Par. 2 du commentaire de l'article 4.

⁴ Par. 58 à 81 de la partie I.

⁵ Ibid.

II. Sujets généraux

A. Politiques socioéconomiques et passation des marchés

9. Les politiques socioéconomiques pouvant ou devant être menées au moyen de la passation des marchés doivent être mentionnées dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (voir article 2 o) de la Loi type [*hyperlien*] et, dans le Guide, commentaire de l'introduction du chapitre I et commentaire des articles 2 o) et 8 à 11).

10. Si elles doivent être énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, ces dispositions doivent traiter entre autres, le cas échéant:

a) Des situations où l'entité adjudicatrice peut ou doit limiter la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation des marchés (par exemple en déclarant qu'il s'agit d'un marché uniquement national) (voir article 8 et commentaire pertinent);

b) De toute marge de préférence pouvant être accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement ou toute autre préférence appliquée à l'évaluation des soumissions, et sa méthode de calcul et d'application (voir article 11 et commentaire pertinent);

c) De toutes politiques socioéconomiques pouvant ou devant être incluses dans les exigences concernant la qualification (par exemple, normes environnementales, déontologiques et autres), dans la description de l'objet du marché et dans la conception des critères d'évaluation (par exemple pour tenir compte du respect de politiques socioéconomiques au-delà d'un seuil requis) (voir articles 9 à 11 et commentaire pertinent);

d) De toute politique socioéconomique justifiant le recours à la sollicitation d'une source unique (voir article 30-5 e) et commentaire pertinent);

e) Des limites imposées aux entités adjudicatrices, en particulier l'interdiction d'adopter à leur gré des politiques au coup par coup.

11. Si ces politiques ne sont pas énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, celles-ci doivent au moins renvoyer à d'autres lois et règlements pertinents, de sorte que les entités adjudicatrices soient informées de tout critère socioéconomique obligatoire et de la latitude dont elles disposent pour en appliquer d'autres, et que les fournisseurs ou entrepreneurs aient l'assurance que les politiques socioéconomiques sont appliquées à la passation de marchés de l'État adoptant de manière transparente et objective.

12. Le Guide appelle l'attention des États adoptants sur les incidences de politiques socioéconomiques dans la passation de marchés et les met en garde pour ce qui est d'établir une liste élargie de critères socioéconomiques et de circonstances dans lesquelles une marge de préférence peut être appliquée⁶.

⁶ Par. 9 à 27 de la partie I, par. 26 à 33 de l'introduction du chapitre I et par. 7 à 13 du commentaire de l'article 11.

B. Informations classifiées

13. Le pouvoir qu'ont les entités adjudicatrices de prendre des mesures spéciales et d'imposer des exigences particulières pour protéger des informations classifiées, notamment en dérogeant à l'obligation d'information du public, ne s'applique que dans la mesure permise par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant (voir article 2-1 et commentaire pertinent).

14. Si les règlements en matière de passation des marchés traitent de ces questions, ils doivent préciser les types de passation de marchés pour lesquels l'entité adjudicatrice peut ou doit prendre des mesures et imposer des exigences pour la protection d'informations classifiées. En outre, les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter, entre autres:

a) Des mesures pouvant être prises. Il peut s'agir par exemple de protéger contre la divulgation certaines parties du dossier, de déroger à l'obligation de publier l'avis préalable de passation de marché et l'avis d'attribution du marché, et de recourir à la sollicitation directe (voir articles 7-3 b), 24, 25-4 et 35-2 et commentaire pertinent; et

b) Des exigences pouvant être imposées aux fournisseurs ou entrepreneurs et sous-traitants pour protéger des informations classifiées, telles que l'utilisation de certaines méthodes ou de certains outils de transmission de l'information (par exemple le codage) (voir articles 7-3 b) et 24-4 et commentaire pertinent).

C. Marché de faible valeur

15. L'article 22-3 b) dispense les marchés de faible valeur de l'application obligatoire d'un délai d'attente et l'article 23-2 de l'obligation de publication d'un avis d'attribution du marché. (Le chapitre II fixe également un plafond pour l'utilisation de la demande de prix en application de l'article 29-2.) Dans tous ces cas, la Loi type laisse aux règlements en matière de passation des marchés le soin de préciser la limite à appliquer. La raison en est que la Loi type ne peut fixer pour la passation de marchés de faible valeur une valeur maximum unique convenant à tous les États adoptants, et que les maxima convenant à chaque État peuvent varier en fonction de l'inflation et de l'évolution d'autres facteurs économiques. Il appartient à l'instance qui promulgue les règlements en matière de passation des marchés de déterminer la ou les valeurs convenant pour l'ensemble de ces maxima.

16. Dans d'autres cas où il est fait référence aux marchés de faible valeur, la Loi type n'exige pas de limite expresse dans les règlements en matière de passation de marchés. Par exemple, les invitations à participer à une procédure de préqualification ou d'appel d'offres ne doivent pas être publiées internationalement si l'entité adjudicatrice estime que compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux seront intéressés à présenter des soumissions (articles 18-2 et 33-4). De plus, un des motifs justifiant d'utiliser un type d'appel d'offres restreint et la sollicitation directe dans des procédures de demande de propositions est que le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre de soumissions seraient disproportionnés par

rapport à la valeur de l'objet du marché (voir articles 29-1 b) et 35-2 b) et commentaire pertinent).

17. L'organisme ou instance promulguant les règlements en matière de passation des marchés devrait définir la meilleure façon de procéder quant à savoir ce qui est considéré comme marché "de faible valeur", et notamment s'il pourrait ou devrait y avoir un seuil en-deçà duquel un marché est considéré comme tel. Par exemple, si les règlements en matière de passation de marchés doivent fixer un seuil pour tous les cas où la législation sur la passation des marchés le mentionne (y compris un plafond pour le recours à la demande de prix), si cette valeur doit s'appliquer à tous les cas de "marché de faible valeur" visés dans la législation (même ceux qui ne renvoient pas expressément à un seuil, comme expliqué plus haut) ou si les circonstances doivent indiquer que différents seuils et montants sont appropriés.

D. Frais de participation à la procédure de passation de marché

18. Comme il est noté dans le Guide⁷, idéalement, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes de communication de l'entité adjudicatrice et leur utilisation. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc décourager de facturer la participation à une procédure de passation de marché, afin d'éviter un effet dissuasif contraire aux principes et objectifs de la Loi type. S'il est décidé de percevoir des frais d'utilisation du système de communication, les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que ceux-ci soient transparents, justifiés, raisonnables et proportionnés, et n'entraînent aucune discrimination ni restriction en ce qui concerne l'accès à la procédure de passation de marché. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger que soient publiés le montant des frais à payer et les motifs les justifiant, et préciser qu'il s'agit d'une mesure provisoire (par exemple jusqu'au recouvrement du coût de l'introduction d'un nouveau système de communication).

19. Il peut également être question de faire payer les dossiers de préqualification ou de sollicitation. Si tel est le cas, les règlements en matière de passation des marchés doivent contenir des dispositions empêchant l'entité adjudicatrice d'appliquer un tarif trop élevé. Ils peuvent notamment exiger que le prix à payer pour le dossier permette juste à l'entité adjudicatrice de recouvrer les coûts de la mise à disposition de ces documents, par exemple les frais d'impression et d'envoi. Les règlements en matière de passation de marchés devraient donner des exemples de frais que l'entité adjudicatrice ne devrait pas chercher à recouvrer en faisant payer pour les dossiers, tels que les coûts de développement (notamment les frais de consultant et de publicité).

E. Questions touchant l'externalisation et la centralisation des achats

20. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter des aspects de la conception et de l'utilisation du système de passation des marchés pouvant avoir un effet discriminatoire ou d'autres conséquences non souhaitables. La façon de concevoir et d'utiliser le système, notamment toute intervention de tiers dans sa conception et l'utilisation de systèmes exclusifs, aura une incidence directe

⁷ Par. 12 du commentaire de l'article 7.

sur la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché. Elle influera aussi sur des décisions touchant l'ensemble du système de passation des marchés, telles que l'application de frais d'utilisation, ainsi que sur les décisions des entités adjudicatrices concernant leurs stratégies de passation de marchés en général ou une passation de marché en particulier.

21. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter spécifiquement des questions d'externalisation des fonctions de passation des marchés, en particulier des risques de conflits d'intérêts organisationnels si des tiers prestataires de services, notamment informatiques, sont rémunérés sur la base du nombre d'utilisations pour maintenir et faire fonctionner les plates-formes d'achat en ligne, dans le cas d'enchères électroniques inversées ou d'accords-cadres ouverts, de l'influence de personnes extérieures sur les stratégies de passation des marchés et des difficultés à former et à retenir dans l'entité adjudicatrice des personnes suffisamment qualifiées, notamment pour superviser les activités de tels tiers prestataires de services.

22. Si des centrales d'achat agissent pour une ou plusieurs entités adjudicatrices et si la centralisation des achats est encouragée pour permettre des économies d'échelle, les règlements en matière de passation des marchés doivent veiller à ce que de tels arrangements puissent fonctionner de manière transparente et efficace. Ils devraient prévoir des mesures d'évaluation des avantages relatifs des achats centralisés, de la normalisation et de la prise en compte de besoins différents pour une passation de marché donnée et dans différents secteurs de l'ensemble des marchés publics. Ils devraient traiter des questions de conflits d'intérêts organisationnels (les centrales d'achats peuvent avoir intérêt à augmenter leur rémunération en maintenant des prix élevés et en encourageant des achats dépassant les besoins de l'entité adjudicatrice). Si la centrale d'achat se charge de planifier les marchés futurs, les règlements en matière de passation des marchés doivent appeler à une interaction renforcée entre la centrale et les utilisateurs finaux probables avant le début de la procédure pour permettre une meilleure décision concernant le niveau de normalisation approprié et la prise en compte de besoins divers (la qualité des informations fournies par les utilisateurs finaux sera primordiale. Les besoins de chaque ministère ou organisme peuvent ne pas être identiques, de sorte que certains obtiendront un meilleur rapport qualité-prix que d'autres si ces besoins sont normalisés sans une analyse suffisante).

III. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation de marchés dans le contexte d'articles précis du chapitre I de la Loi type (Dispositions générales), dans l'ordre des articles

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser comment et dans quel média seront publiés les textes juridiques visés au paragraphe 1 de l'article 5 ou renvoyer aux sources juridiques traitant de la publicité des lois, règlements et autres actes publics. Ils doivent donc aussi:

a) Prévoir une publication centralisée dans un média commun aisément et largement accessible (“journal officiel” ou équivalent);

b) Préciser que les informations publiées dans ce média centralisé doivent être authentiques, faire foi et primer les informations pouvant apparaître dans d’autres médias. Elles doivent aussi pouvoir être lues, comprises, interprétées et retenues aisément;

c) Établir des règles définissant les relations entre ce média centralisé et d’autres médias où peuvent apparaître ces informations et prévoir des règles pour la publication dans d’autres médias officiels (par exemple, interdiction de publier dans d’autres médias des informations non encore publiées dans le média centralisé, exigence d’identité des données des informations publiées dans les différents médias);

d) Traiter de la question des frais (comme il est dit plus haut à la section II.D, l’accès aux lois, règlements et autres textes juridiques d’application générale ayant trait à la passation de marchés régie par la législation en la matière, ainsi qu’à toutes les modifications dont ils font l’objet, ne doit idéalement pas être payant).

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent également préciser le sens des obligations de veiller à ce que les textes soient rapidement “accessibles” et “systématiquement tenus à jour”. Concrètement, l’exigence d’accessibilité signifie qu’il doit être possible d’y accéder et de les lire sans avoir à demander l’accès. Cela suppose que les autorités publiques désignées prévoient des mesures (telles que la publication dans un média officiel) pour que les informations voulues parviennent au public. L’exigence de tenue à jour systématique signifie que l’autorité publique désignée doit veiller à ce que les informations soient effectivement à jour et donc fiables: la manière de satisfaire à cette obligation devrait être énoncée par écrit, de sorte qu’il soit possible de vérifier si elle est respectée.

3. Si l’État adoptant souhaite encourager la publication d’autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs (tels que des guides, manuels ou autres documents sur la passation des marchés, fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures de passation des marchés nationaux et pouvant avoir une incidence sur les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs), les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser quels sont ces textes et quelles conditions de publication s’y appliquent.

4. À moins que d’autres dispositions de la législation de l’État adoptant ne le fassent déjà, les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser quels organismes publics sont chargés de satisfaire aux obligations visées dans cet article.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter du contenu que devraient avoir les informations à publier en vertu de cet article. Le Guide note à cet égard que la mise à disposition d’informations abondantes, inutiles ou trompeuses au lieu d’informations soigneusement planifiées, utiles et pertinentes

peut aller à l'encontre du but recherché⁸. À titre d'exemple, les informations à inclure pourraient être les suivantes: un calendrier des informations concernant les passations de marchés prévues, pouvant porter sur six mois, un an ou une autre période; le contenu d'un avis préalable sur les possibilités de marchés à venir; et la différence entre ce type d'avis et d'autres types d'avis préalables concernant la passation de marchés, tels que l'avis invitant à soumettre une manifestation d'intérêt, généralement publié dans le cadre d'une procédure de demande de propositions, ou l'avis préalable de passation de marché exigé dans la plupart des cas de sollicitation directe en vertu des articles 34 et 35 de la Loi type.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient également traiter d'autres aspects de la publication des informations, tels que le lieu et les moyens de publication, compte tenus des questions soulignées plus haut en ce qui concerne l'article 5.

3. Conformément à ce qui est dit dans le Guide sur ce point⁹, les règlements en matière de passation des marchés devraient éviter d'imposer une obligation de publier ce type d'informations. Ils devraient plutôt préciser que la règle par défaut pour la publication de ce type d'informations, sauf considérations contraires, est de laisser à l'entité adjudicatrice le soin de décider au cas par cas s'il convient de publier.

4. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir des incitations à publier de telles informations, telles que la possibilité de réduire le délai de présentation des soumissions pour les marchés ayant fait l'objet d'une annonce préalable. Ils peuvent aussi mentionner les cas où la publication de ces informations serait particulièrement souhaitable, comme lorsque des marchés de travaux complexes sont prévus ou lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil.

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer les expressions "couramment utilisés" et "pleinement et en direct" utilisées dans cet article, signifiant que les moyens de communication doivent être utilisés par l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs concernés (et par exemple permettre une connectivité et une interopérabilité efficaces et à leur portée) et que ceux utilisés lors des réunions doivent en outre leur permettre une participation totale et en direct, c'est-à-dire de suivre l'ensemble des procédures et d'interagir avec les autres participants le cas échéant (voir article 7-4)). Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter des caractéristiques des moyens de communication que l'entité adjudicatrice peut utiliser dans des types particuliers de passation des marchés pour satisfaire ces exigences. Ils peuvent aussi montrer par des exemples et des références pratiques quelles solutions techniques existant dans l'État adoptant à un moment donné répondraient à ces exigences et comment. Une autre façon de procéder serait d'exiger dans les règlements en matière de passation des marchés, si l'entité adjudicatrice décide d'utiliser des moyens de communication sans papier, l'utilisation de moyens de communication spécifiques

⁸ Par. 2 du commentaire de l'article 6.

⁹ Par. 7 du commentaire de l'article 6.

répondant à ces exigences de la Loi type, compte tenu de la situation de l'État adoptant au moment considéré.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient établir des règles claires pour les exigences concernant "l'écrit", la "signature", l'"authenticité", la "sécurité", l'"intégrité" et la "confidentialité" des soumissions et, le cas échéant, des équivalents fonctionnels pour une communication sans papier. Ils devraient aussi traiter des solutions juridiques propres à assurer l'utilisabilité, la fiabilité, la traçabilité et la vérification des informations générées au cours de la procédure de passation de marché, ainsi que leur authenticité, leur intégrité et leur confidentialité le cas échéant. Il convient de se garder de lier des exigences juridiques à un stade déterminé de développement technologique et d'imposer des mesures de sécurité plus strictes que dans un environnement papier, de telles mesures pouvant décourager les fournisseurs ou entrepreneurs de participer à une passation de marché sans papier.

3. D'autres questions spécifiques à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés sont: a) la portée des exceptions à la condition de forme prévues au paragraphe 2 de cet article et l'application pratique des dispositions; et b) les questions que pose l'utilisation de plusieurs formes et moyens de communication dans une procédure de passation de marché donnée.

4. Comme il est noté dans le Guide¹⁰, d'autres aspects et branches du droit sont pertinentes en ce qui concerne l'article 7, en particulier ceux touchant le commerce électronique, la gestion des dossiers, la procédure judiciaire, la concurrence, la protection des données et la confidentialité, la propriété intellectuelle et les droits d'auteur. En outre, la fiabilité de la procédure de passation de marché devrait être abordée dans un cadre général de bonne gouvernance traitant des questions de personnel, de gestion et d'administration dans l'entité adjudicatrice et dans l'ensemble du secteur public.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant doivent énoncer les conditions exceptionnelles auxquelles l'entité adjudicatrice peut limiter à certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs la participation à une procédure de passation de marché.

2. Comme il est noté dans le Guide¹¹, une décision de limiter la participation à une procédure de passation de marché peut être prise dans diverses situations. Cela peut se produire en raison de politiques socioéconomiques de l'État (par exemple, programme spécial pour petites et moyennes entreprises (PME) ou entités de zones défavorisées), comme il est noté plus haut à la section II.A. D'autres questions intéressant l'État, telles que la sûreté et la sécurité, peuvent justifier de limiter la participation, par exemple pour appliquer des régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. L'application de cet article n'entraînera donc pas nécessairement la limitation de la participation sur la base de la nationalité (telle que la passation d'un marché national). Les règlements en matière de passation des marchés

¹⁰ Par. 13 du commentaire de l'article 7.

¹¹ Par. 2 du commentaire de l'article 8.

devraient traiter de l'ensemble des situations censées tomber sous le coup de cet article, comme l'explique le Guide.

3. Comme il est également noté dans le Guide¹², l'État adoptant qui formule des politiques comprenant des mesures exceptionnelles au titre de l'article 8 doit envisager leurs conséquences à la lumière de ses obligations internationales, étant donné que toute restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché risque d'enfreindre ses engagements de libre-échange au titre des instruments internationaux pertinents, tels que l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (l'AMP de l'OMC)¹³.

4. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir un exemple de déclaration à délivrer par l'entité adjudicatrice au titre du paragraphe 3 de cet article. Ils peuvent aussi préciser les délais dans lesquels elle doit fournir à une personne qui en fait la demande les motifs d'une limitation de la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché, comme l'exige le paragraphe 5 de cet article.

5. Dans le contexte des paragraphes 4 et 5 de cet article, les règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer à l'entité adjudicatrice d'étayer les raisons et circonstances de sa décision par des motifs juridiques.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. À moins que d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant ne le fassent déjà, les règlements en matière de passation des marchés doivent énoncer les normes déontologiques et autres qu'il convient de respecter dans les diverses situations de passation de marchés (voir paragraphe 2 b) de l'article et commentaire s'y rapportant).

2. Ils doivent aussi préciser quels pièces et autres renseignements pertinents l'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs et entrepreneurs pour s'assurer de leurs qualifications (voir paragraphe 3 de l'article et commentaire s'y rapportant). Il peut s'agir de rapports annuels vérifiés (attestant de ressources financières), d'inventaires d'équipements et autres moyens matériels, d'autorisations d'entreprendre certains types d'activités ou de certificats de conformité aux normes applicables, confirmant leur capacité juridique.

3. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent aussi autoriser spécifiquement les fournisseurs et entrepreneurs à déclarer eux-mêmes qu'ils sont qualifiés pour participer à la procédure de passation de marché. Si c'est le cas, ils doivent préciser dans quelles situations une telle déclaration suffira. Elle peut suffire par exemple à l'ouverture d'une enchère électronique inversée en tant que

¹² Par. 7 du commentaire de l'article 8.

¹³ Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP), instrument plurilatéral négocié en parallèle avec le Cycle d'Uruguay en 1994 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Le 15 décembre 2011, les négociateurs ont conclu un accord sur les résultats de la renégociation de l'AMP. Cette décision politique a été confirmée le 30 mars 2012 par l'adoption formelle de la décision sur les résultats des négociations au titre de l'article XXIV:7 de l'Accord sur les marchés publics (GPA/113). Les deux textes sont disponibles à l'adresse www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

procédure autonome s'il est prévu que les qualifications du fournisseur retenu seront dûment vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère.

4. Dans certains pays, des conditions de qualification standard figurent dans les règlements en matière de passation des marchés et les dossiers de préqualification, de présélection ou de sollicitation peuvent simplement renvoyer à ces règlements. Aux fins de la transparence et d'un traitement juste, égal et équitable, la Loi type exige que toutes les exigences soient énoncées dans les documents pertinents (voir paragraphe 4 de l'article et commentaire s'y rapportant); ceux-ci peuvent toutefois satisfaire aux objectifs de politique générale du paragraphe 4 en renvoyant aux conditions de qualification figurant dans des textes juridiques transparents et aisément disponibles (par exemple au moyen d'hyperliens). Les règlements en matière de passation de marchés doivent autoriser cette façon de procéder si elle convient dans l'État adoptant.

5. Les règlements en matière de passation des marchés doivent autoriser ou exiger l'utilisation de critères, exigences ou procédures de qualification non objectivement justifiables ou entraînant une discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs pour que l'entité adjudicatrice puisse utiliser de tels critères, exigences ou procédures pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs (voir paragraphe 6 de l'article, lu avec l'article 8 (voir plus haut concernant ce dernier), et commentaire s'y rapportant). Ils pourraient aussi donner des exemples d'autres exigences imposées en pratique par l'entité adjudicatrice, qui pourraient, intentionnellement ou non, fausser ou restreindre la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché et doivent donc être évitées.

6. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fournir des exemples d'informations présentant des erreurs ou omissions substantielles qui permettraient à l'entité adjudicatrice de disqualifier le fournisseur ou l'entrepreneur les soumettant (voir paragraphe 8 b) de l'article et commentaire s'y rapportant).

7. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent restreindre l'application du paragraphe 8 d) en précisant que dans la plupart des passations de marchés (à l'exception peut-être des procédures complexes et longues à plusieurs phases), la confirmation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés à un stade ultérieur de la procédure ne devrait concerner que le fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été retenue (voir paragraphe 8 d) de l'article et commentaire s'y rapportant).

8. D'autres branches du droit peuvent être pertinentes en ce qui concerne l'application de l'article 9, en particulier celles liées à l'insolvabilité, l'imposition, l'authentification, le droit des sociétés et le droit pénal. Les autres normes à respecter dans un État adoptant, évoquées au paragraphe 2 b) de l'article, peuvent concerner des habilitations de sécurité, des considérations environnementales, le droit international du travail, les normes internationales en matière de droits de l'homme et des questions de durabilité ne relevant pas de la législation sur la passation des marchés. Il convient donc de veiller à la cohérence entre les règlements en matière de passation des marchés et ceux pouvant exister dans d'autres branches du droit.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser dans quelles situations il n'est pas possible de formuler une description détaillée de l'objet du marché au début de la procédure de passation, l'entité adjudicatrice étant alors autorisée à ne formuler que des exigences minimum (par exemple, dans le cas des procédures de demande de propositions avec dialogue et d'accord-cadre) (voir paragraphe 1 b) et commentaire s'y rapportant).

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent autoriser ou exiger l'utilisation de critères, exigences ou procédures pouvant restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché pour que l'entité adjudicatrice puisse utiliser de tels critères, exigences ou procédures dans la description de l'objet du marché ou l'examen des soumissions (voir paragraphe 2 de l'article, lu avec l'article 8 (voir plus haut concernant ce dernier), et commentaire s'y rapportant). Ils pourraient aussi donner des exemples d'autres exigences imposées en pratique par l'entité adjudicatrice, qui pourraient, intentionnellement ou non, fausser ou restreindre la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, et doivent donc être évitées.

3. Il serait bon que les règlements en matière de passation des marchés déterminent dans quelle mesure l'entité adjudicatrice peut utiliser dans la description de l'objet du marché une marque de fabrique ou de commerce, un nom commercial, un brevet, un dessin ou un modèle, une origine ou un producteur déterminé (voir paragraphe 4 de l'article et commentaire s'y rapportant). Ils devraient: a) traiter des circonstances très limitées, décrites au paragraphe 4 de l'article, où cette utilisation est autorisée (s'il n'y a pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché); b) insister en règle générale sur une description fonctionnelle, ou axée sur les résultats; c) souligner la nécessité de décrire les caractéristiques notables de l'objet recherché lorsqu'il faut recourir à une description technique; et d) exiger la mention "ou équivalent" dans la description de l'objet du marché s'il est inévitable ou souhaitable de mentionner une marque de fabrique ou de commerce, un nom commercial, un brevet, un dessin ou un modèle, une origine ou un producteur déterminé pour mieux faire comprendre aux fournisseurs ou entrepreneurs les besoins de l'entité adjudicatrice. Comme il est noté dans le Guide, lorsqu'il existe une norme sectorielle répandue (pouvant être énoncée en termes commerciaux normalisés), autoriser l'utilisation de marques de fabrique ou de commerce au lieu d'une très longue description technique peut permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de mieux comprendre les besoins de l'entité adjudicatrice. Dans de tels cas, il faudra toutefois s'assurer que l'entité adjudicatrice est disposée à accepter des équivalents, et prévoir des orientations sur la manière dont les fournisseurs ou entrepreneurs doivent démontrer l'équivalence, et l'objectivité à cet égard¹⁴. Les règlements en matière de passation des marchés doivent donc traiter des moyens de démontrer et d'évaluer l'équivalence et exiger que l'entité adjudicatrice accepte les équivalents.

4. Les règlements en matière de passation des marchés énonceront les caractéristiques, exigences, symboles et termes normalisés que l'entité adjudicatrice

¹⁴ Par. 5 du commentaire de l'article 10.

devra utiliser pour décrire l'objet du marché, ou mentionner la source où peuvent se trouver ces caractéristiques, exigences, symboles et termes normalisés. Il en va de même pour les termes commerciaux normalisés et conditions normalisées, que l'entité adjudicatrice devra utiliser pour formuler les conditions de la passation de marché et du marché ou de l'accord-cadre, ainsi que d'autres aspects pertinents de divers documents de la passation de marché: ils doivent être énoncés dans les règlements en matière de passation des marchés, ou leur source doit y être mentionnée (voir paragraphe 5 de l'article et commentaire s'y rapportant).

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

1. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent étoffer ou préciser la liste indicative de critères d'évaluation figurant au paragraphe 2 de cet article. Ils éviteront toutefois de dresser une liste exhaustive des critères d'évaluation ou d'exiger l'utilisation d'un critère ou de certains critères, à l'exception du prix, puisque tous les critères d'évaluation ne pourront s'appliquer à l'ensemble des situations et qu'il serait impossible de prévoir une liste exhaustive des critères d'évaluation pour tous les types de passation des marchés, aussi générale soit leur formulation. L'approche de la Loi type, comme le dit le Guide, est que l'entité adjudicatrice peut appliquer des critères d'évaluation ne relevant pas des grandes catégories énumérées au paragraphe 2 de cet article pour autant qu'ils répondent à l'exigence formulée au paragraphe 1: avoir un lien avec l'objet du marché¹⁵. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent toutefois enjoindre aux autorités désignées de publier des règles ou des orientations qui aideront les entités adjudicatrices à concevoir des critères d'évaluation appropriés et pertinents.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter des situations où il importe d'évaluer l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et managériales du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel devant participer à la fourniture de l'objet du marché (voir paragraphe 2 c) de l'article et commentaire s'y rapportant). Ce sera généralement le cas dans une procédure de demande de propositions, utilisée traditionnellement pour acquérir des "services de type intellectuel" (notamment dans le domaine de l'architecture, du droit, de la médecine ou du génie civil). Dans ce type de passation de marchés, le coût n'est pas un critère d'évaluation important. L'accent sera plutôt mis sur l'expérience du prestataire de services et sa fiabilité pour la tâche concernée, la bonne compréhension de cette tâche et de la méthodologie proposée, les qualifications et compétences professionnelles et managériales des principaux agents fournissant le service, le transfert de connaissances, si un tel transfert doit intervenir dans la passation de marché ou constitue une partie spécifique des conditions de celle-ci et, le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux en tant qu'agents principaux fournissant les services.

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser que ces critères d'évaluation peuvent s'ajouter à une exigence minimale de compétences et d'expérience, exprimée comme critère de qualification en vertu de l'article 9. Alors qu'en vertu de l'article 9, l'entité adjudicatrice rejettera les propositions de fournisseurs ou d'entrepreneurs ne répondant pas à une exigence minimale de

¹⁵ Par. 3 du commentaire de l'article 11.

compétences et d'expérience, elle évaluera les compétences et l'expérience des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés admis à participer au dialogue: elle pourra, par exemple, comparer l'expérience d'un prestataire de services à celle d'autres prestataires et le juger ainsi plus ou moins capable qu'un autre de mettre en œuvre le projet. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc expliquer que ces critères constituent des normes minimales pour la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs en vertu de l'article 9 de la Loi type mais que leur utilisation par exemple au titre des articles 11 et 49 amènera l'entité adjudicatrice à les évaluer en situation de mise en concurrence.

4. À moins que d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant ne le fassent, les règlements en matière de passation des marchés doivent énoncer tout critère exceptionnel que l'entité adjudicatrice peut ou doit prendre en compte pour évaluer les soumissions, qui sera généralement sans lien avec l'objet du marché et ne sera donc probablement pas admis comme critère d'évaluation au sens du paragraphe 2 de cet article (voir paragraphe 3 a) de l'article et commentaire s'y rapportant. Voir également, plus haut, la section II.A, "Politiques socioéconomiques et passation des marchés"). En énonçant ces critères, il convient de se garder de renvoyer à des catégories trop larges telles que les considérations environnementales, pour éviter un double emploi avec les critères visés au paragraphe 2. Par exemple, les exigences environnementales concernant la production de l'objet du marché ont un lien avec ce dernier et peuvent donc constituer un critère d'évaluation au sens du paragraphe 2: aucune autorisation des règlements en matière de passation des marchés ou d'autres lois n'est requise. Certaines autres considérations environnementales ne présentant pas un tel lien peuvent devoir être prises en compte si la législation de l'État adoptant l'exige ou l'autorise.

5. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi préciser comment les critères visés au paragraphe 3 a) peuvent être appliqués dans une passation donnée pour que cette application se fasse de manière objective et transparente. Les normes environnementales en particulier pouvant avoir pour effet d'exclure des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers (si, par exemple, elles sont plus strictes que celles en vigueur dans d'autres États), les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter de l'application de ces normes afin que les entités adjudicatrices puissent les appliquer sans s'exposer à de perturbatrices procédures de recours, ou demander la publication d'orientations spécifiques en ce sens.

6. À moins que d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant ne le fassent, les règlements en matière de passation de marchés doivent autoriser ou exiger l'utilisation de toute marge de préférence pouvant être accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement ou toute autre préférence appliquée à l'évaluation des soumissions (voir paragraphe 3 b) de cet article et commentaire pertinent. Voir également, plus haut, la section II.A "Politiques socioéconomiques et passation des marchés"). Les règlements en matière de passation des marchés devraient établir des critères permettant de déterminer quels entrepreneurs ou fournisseurs sont "nationaux" et quels biens sont "produits localement" (par exemple, sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locale minimale). À cet égard, les dispositions de l'AMP de l'OMC sur les opérations de compensation et les programmes de préférence en matière de prix,

accessibles aux pays en développement en tant que mesures transitoires négociées, peuvent aider les États à comprendre comment les notions de fournisseurs ou entrepreneurs “nationaux” et de “contenu local” sont appliquées dans la pratique.

7. En outre, les règlements en matière de passation des marchés devraient fixer le montant de la marge de préférence, qui peut différer selon la nature de l’objet du marché (biens, travaux ou services). Ils doivent aussi prévoir une méthode et des règles de calcul et d’application de la marge de préférence. (On trouve dans plusieurs sources accessibles publiquement, notamment de la Banque mondiale, des exemples d’application de marges de préférence dans la pratique.) La méthode de calcul et d’application peut consister à appliquer une marge de préférence au prix ou aux facteurs de qualité seulement ou au classement général de la soumission, le cas échéant; l’État adoptant voudra certainement décider comment trouver un juste équilibre entre les aspects qualitatifs et la mise en œuvre de politiques socioéconomiques. Comme il est noté dans le Guide¹⁶, il convient d’examiner avec soin les effets cumulatifs de l’application de critères socioéconomiques et de marges de préférence et les risques de chevauchement involontaire.

8. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir une liste indicative de situations où il ne serait pas réaliste ni approprié d’exprimer en termes pécuniaires l’ensemble des critères d’évaluation autres que le prix, telles que la demande de propositions avec dialogue (article 49 de la Loi type). Ils doivent aussi préciser comment les critères d’évaluation autres que le prix peuvent être exprimés en termes pécuniaires lorsque cela est faisable (voir paragraphe 4 de l’article et commentaire s’y rapportant). Ils doivent aussi traiter des situations où l’entité adjudicatrice peut énumérer les critères d’évaluation par ordre décroissant d’importance (voir paragraphe 5 c) de l’article et commentaire s’y rapportant), telles que la procédure de demande de propositions avec dialogue visée à l’article 49 de la Loi type.

Article 12. Règles concernant l’estimation de la valeur d’un marché

Les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser les règles concernant l’estimation de la valeur d’un marché. Ils devraient en particulier préciser comment plusieurs passations de marchés de faible valeur sur une période donnée devraient être regroupées aux fins des seuils applicables. Ils devraient aussi prévoir des garanties essentielles contre le fractionnement artificiel de l’objet du marché aux fins par exemple de justifier le recours à l’appel d’offres restreint pour les motifs visés à l’article 29-1 b), c’est-à-dire que le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d’offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l’objet du marché.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont généralement publiés dans plusieurs langues, les règlements en matière de passation des marchés devraient, à moins que la législation de l’État adoptant en la matière ne le fasse déjà, comporter une règle disposant qu’un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l’une ou l’autre version linguistique. L’entité adjudicatrice peut

¹⁶ Par. 9 du commentaire de l’article 11.

aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids, ou laquelle prime en cas de divergence.

2. Si le texte entre crochets au premier paragraphe de l'article est conservé, les règlements en matière de passation des marchés devraient énoncer les dérogations à la règle générale selon laquelle les documents établis par l'entité adjudicatrice au cours de la procédure de passation de marché doivent être publiés dans une langue d'usage courant dans le commerce international. Ces dérogations recouvrent les circonstances visées à l'article 33-4: passation d'un marché national (voir commentaire de l'article 8) et marchés de faible valeur où, de l'avis de l'entité adjudicatrice, il est probable que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs locaux seront intéressés à présenter des soumissions. (Voir à la section II.C du présent document l'examen des questions à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des marchés de faible valeur.)

Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions

1. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent traiter des conséquences juridiques du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions (par exemple, l'obligation de renvoyer une soumission tardive ou non conforme aux conditions applicables (voir, par exemple, article 40-3 et commentaire s'y rapportant)).

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que l'entité adjudicatrice veille à ce que toute modification des informations visées dans cet article soit portée à l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels des dossiers de préqualification, de présélection ou de sollicitation ont été fournis à l'origine (voir paragraphe 5 de l'article, articles 15-2 et 18-6 et commentaire s'y rapportant). Si ces documents ont été mis à la disposition d'un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple en téléchargement sur un site Web), les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que toute modification soit au minimum signalée là où on pouvait se les procurer.

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient établir les délais minimum que l'entité adjudicatrice doit laisser aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer leurs demandes ou soumissions (en particulier si ses engagements internationaux le lui imposent). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation, des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international de la passation de marché. Le délai doit être suffisamment long dans les passations de marchés internationales et complexes pour que les fournisseurs ou entrepreneurs aient le temps de préparer leurs demandes ou soumissions. La fixation de ce délai dans le contexte d'une passation de marché donnée revient *in fine* à l'entité adjudicatrice, qui tient compte des circonstances de la passation de marché, telles que sa complexité, la part de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumission.

4. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter des situations où la prorogation du délai d'origine est imposée par la législation, où elle est autorisée et où elle serait souhaitable. La Loi type impose à l'entité adjudicatrice

de reporter la date limite: a) si des éclaircissements, des modifications ou le procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs sont communiqués peu avant la date limite de soumission; et b) si une modification des informations publiées au début de la passation de marché les rend substantiellement inexacts (voir article 15-3 et commentaire s'y rapportant). Dans les autres cas, la prorogation du délai est facultative. Pour réduire les risques d'abus par l'entité adjudicatrice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les règlements en matière de passation des marchés doivent établir des mesures de contrôle. Par exemple, dans le contexte du paragraphe 4 de cet article, ils pourraient traiter des "circonstances indépendantes de la volonté [du fournisseur ou de l'entrepreneur]" qui empêcheraient un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs de présenter à temps leurs demandes ou soumissions, de la manière dont ces circonstances pourraient être démontrées et de la réaction que l'entité adjudicatrice devrait en principe avoir dans de telles situations. Même s'il convient de préserver de la souplesse, de telles mesures minimales de contrôle contribueraient à réduire les risques de favoritisme.

5. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent préciser que le report de la date limite est souhaitable dans des situations où ne pas le faire exposerait l'entité adjudicatrice à de nombreuses contestations, par exemple, en cas de défaillance de son système de communication. Les règlements en matière de passation des marchés devraient régir d'autres aspects des défaillances des systèmes de communication et l'attribution des risques.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter de l'application de cet article dans les situations où le dossier de sollicitation a été mis à la disposition d'un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple en téléchargement sur un site Web public). Ils devraient préciser que l'entité adjudicatrice n'est tenue d'informer chaque fournisseur ou entrepreneur de l'ensemble des éclaircissements et modifications apportés au dossier de sollicitation que dans la mesure où elle a connaissance de leur identité. Si ce n'est pas le cas, les éclaircissements et modifications doivent au moins apparaître là où les documents d'origine pouvaient être téléchargés. Les règlements en matière de passation des marchés doivent donc indiquer clairement qu'une démarche active est exigée de l'entité adjudicatrice – permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'avoir accès aux éclaircissements et modifications sur demande ne conviendrait pas, puisqu'ils n'auraient aucun moyen de savoir qu'il y a eu éclaircissement ou modification.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent enjoindre à l'entité adjudicatrice d'agir rapidement au titre de cet article, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent tenir compte des éclaircissements et modifications en temps utile avant la date limite de présentation des soumissions.

3. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi traiter de la notion d'informations devenant "substantiellement inexacts" au paragraphe 3 de l'article, en précisant qu'elle diffère de celle de "modification substantielle" survenant dans la passation de marché. La première nécessite de publier les informations modifiées là où les informations originales sont parues et de reporter la date limite de présentation des soumissions, alors que la seconde entraîne l'abandon de la procédure et l'ouverture d'une nouvelle passation de marché. Dans les deux cas intervient la notion de seuil. Si par suite de modifications les informations sont

devenues inexactes au point de compromettre l'intégrité de la concurrence et du processus de passation de marché, on peut dire qu'elles sont devenues substantiellement inexactes. Si la modification a une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, s'il s'agit de soumettre des documents non plus sur papier mais par voie électronique dans une société où les moyens de communication électroniques ne sont pas répandus), on peut estimer qu'il y a eu "modification substantielle" de la passation de marché. Il est également très probable qu'une "modification substantielle" se produise si, à la suite de clarifications ou de modifications du dossier de sollicitation original, l'objet du marché a changé au point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une juste idée des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

4. Dans le contexte du paragraphe 4 de cet article, les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser que les dispositions n'empêchent pas l'entité adjudicatrice de rendre compte à la réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs des demandes d'éclaircissements reçues avant celle-ci ou au cours de celle-ci et d'y répondre. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique à l'ensemble de ces demandes.

Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent établir une différence entre cet article et le précédent: les éclaircissements visés par l'article précédent sont à l'initiative des fournisseurs ou entrepreneurs et ceux visés par cet article sont demandés par l'entité adjudicatrice. Ils doivent aussi préciser en quoi une procédure de clarification au titre de cet article diffère des négociations (l'article interdit expressément les négociations entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur sur les informations de qualification ou les soumissions, sauf pour les propositions soumises en application des articles 49, 50, 51 et 52 de la Loi type (voir par. 4 et 5 de l'article)).

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter des moments où les informations concernant les qualifications ou les soumissions peuvent devoir être clarifiées dans les diverses méthodes de passation de marchés. Ils devraient aussi indiquer à quelles méthodes de passation de marchés certaines dispositions de cet article ne s'appliqueront pas. Par exemple, le paragraphe 2 impose à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques relevées durant l'examen des soumissions. Il ne s'applique toutefois pas à certaines méthodes de passation, telles que la demande de prix, où l'article 46-2 interdit la correction des erreurs arithmétiques, ni à la demande de propositions avec négociations consécutives, où les aspects financiers des propositions se précisent au cours des négociations. Il ne s'applique pas non plus à l'enchère électronique inversée, où les erreurs purement arithmétiques peuvent entraîner le rejet automatique de l'offre erronée par le système ou la suspension ou la fin de l'enchère en application de l'article 56-5.

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des exemples d'éclaircissements autorisés en vertu de cet article. En particulier, ils devraient traiter des risques de modifications de fond, interdites en vertu de cet article, pouvant résulter d'une demande d'éclaircissements ou d'une correction

d'erreurs arithmétiques. Fournir une liste indicative des modifications interdites serait souhaitable (l'article renvoie dans ce contexte aux modifications à la suite desquelles un fournisseur ou entrepreneur non qualifié deviendrait qualifié ou une soumission non conforme deviendrait conforme, et aux modifications de prix).

4. Les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des garanties procédurales pour réduire les risques de pratiques discriminatoires, par exemple en imposant à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la passation de marché toute erreur arithmétique relevée lors du processus d'examen et d'évaluation et les mesures prises à leur sujet.

5. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer comment demander des éclaircissements au titre de cet article, en faisant fond sur la procédure d'enquête concernant les soumissions anormalement basses visée à l'article 20. Une procédure écrite peut être exigée en application de l'article 7 de la Loi type.

Article 17. Garanties de soumission

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser dans quels cas il est justifié de demander des garanties de soumission et dans quels cas une garantie de soumission pourrait être jugée superflue par l'entité adjudicatrice¹⁷. Ils devraient expliquer que dans certaines passations de marchés, les circonstances suffisent à apporter à l'entité adjudicatrice la garantie requise, comme dans le cas des enchères électroniques inversées. La valeur relative de la passation de marché peut aussi indiquer qu'il est plus approprié d'encourager d'autres mesures pour obtenir la discipline voulue. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fournir des exemples de cas où il convient d'envisager d'autres solutions, telles qu'une déclaration de garantie¹⁸, et où les avantages d'une garantie de soumission peuvent être illusoire, par exemple dans une demande de propositions avec dialogue ou des enchères électroniques inversées où les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent être contraints de poursuivre le processus de dialogue ou d'enchère (par exemple, dans les enchères électroniques inversées, les enchérisseurs ne peuvent être contraints de modifier aucun aspect de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir), de sorte que la garantie de soumission peut s'avérer inutile ou, au mieux, d'une piètre efficacité au regard du coût.

2. S'il peut se justifier d'exiger des garanties de soumissions, les règlements en matière de passation des marchés devraient déterminer comment ces exigences fonctionneront dans la pratique et leurs incidences sur le processus d'enchère, en particulier sur le prix soumis. Ils devraient aussi expliquer que dans certaines méthodes de passation des marchés, il pourrait y avoir un moment convenant mieux pour demander des garanties de soumission, par exemple, dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes, lors de la présentation des offres définitives et non des offres initiales.

3. Le cas échéant, les règlements en matière de passation des marchés doivent renvoyer à tout texte législatif de l'État adoptant interdisant à l'entité adjudicatrice

¹⁷ Pour des indications sur ce point, voir par. 4 et 5 du commentaire de l'article 17 dans le Guide.

¹⁸ Voir par. 12 du commentaire de l'article 17 dans le Guide.

d'accepter une garantie de soumission n'émanant pas d'un émetteur de cet État. Ils doivent enjoindre à l'entité adjudicatrice d'agir rapidement au titre de cet article.

Article 18. Procédure de préqualification

Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser où doit être publiée l'invitation à participer à une procédure de préqualification (journal officiel ou site Web). Comme il est expliqué plus haut à la section II. C dans le contexte des marchés de faible valeur, les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser comment interpréter l'expression "faible valeur" aux fins de déroger à l'obligation de publication internationale de l'invitation à participer à une procédure de préqualification. Les règlements en matière de passation des marchés doivent également expliquer dans ce contexte que la faible valeur du marché ne justifie pas à elle seule d'exclure la participation internationale de fournisseurs ou d'entrepreneurs (contrairement aux marchés nationaux visés à l'article 8): des fournisseurs ou entrepreneurs internationaux peuvent donc décider de participer à une procédure n'ayant pas été annoncée internationalement, par exemple en répondant à un avis national ou publié sur Internet¹⁹.

Article 19. Abandon de la passation de marché

Les règlements en matière de passation des marchés devraient fournir aux entités adjudicatrices des orientations détaillées sur l'étendue de leur pouvoir d'abandonner la procédure de passation de marché et sur leur responsabilité éventuelle en vertu de la législation sur les marchés publics et de toute autre disposition de la législation de l'État adoptant prévoyant la responsabilité du fait des actes administratifs.

Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent renvoyer à la législation applicable pouvant imposer à l'entité adjudicatrice de rejeter la soumission, par exemple, en cas d'infraction (telle que le blanchiment d'argent) ou de pratiques illicites (telles que le non-respect des obligations touchant le salaire minimum ou la sécurité sociale), et établir ainsi une distinction entre ces situations et celles visées par cet article. Ils devraient aussi expliquer la notion de soumission anormalement basse, en particulier dans le contexte d'un appel d'offres international.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi préciser quel type d'informations l'entité adjudicatrice peut demander dans la procédure d'explication du prix visée dans cet article et aux paragraphes 4 à 8 du commentaire de l'article dans le Guide. Ils peuvent préserver la latitude de rejeter ou d'accepter la soumission anormalement basse, reconnaissant que l'évaluation du risque lié à l'exécution est par nature très subjective, ou décider de limiter cette latitude.

Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à déterminer si des faits justifient d'exclure un fournisseur ou

¹⁹ Dans ce contexte, voir par. 5 et 6 du commentaire de l'article 18 dans le Guide.

entrepreneur de la passation de marché en raison d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou de conflits d'intérêts, de manière à éviter toute application abusive de cet article.

2. La Loi type n'exige pas de définir les notions visées par cet article. Si un État adoptant décide de le faire, il voudra peut-être tenir compte des considérations émises dans le commentaire de cet article dans le Guide. S'il existe des définitions juridiques pertinentes de ces notions dans un État adoptant, les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir leur diffusion en tant que textes juridiques régissant la passation des marchés conformément à l'article 5 de la Loi type. S'il n'en existe pas, les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des exemples de cas constituant et ne constituant pas des pratiques visées par cet article. Par exemple, ils devraient interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation de marché pour laquelle ce dossier est utilisé. Ils devraient aussi régir la participation de filiales à une même procédure de passation de marché. Dans certains pays, la pratique est de définir une incitation par référence à un seuil minimum; les États adoptants souhaitant suivre cette approche sont invités à veiller à ce que ce seuil soit adapté aux circonstances.

3. Les règlements en matière de passation des marchés devront en outre probablement renvoyer à d'autres branches du droit de l'État adoptant, telles que la législation antimonopole, pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de l'État en question.

Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fixer la durée minimale du délai d'attente. Plusieurs points doivent être pris en considération à cette fin, notamment l'incidence qu'elle aura sur les objectifs généraux de la Loi type. L'incidence d'un long délai d'attente sur les coûts sera certes prise en compte par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer à une passation de marché, mais le délai devrait être suffisamment long pour permettre de contester la procédure. Les États adoptants voudront peut-être fixer plusieurs délais d'attente pour différents types de passation de marchés, compte tenu de la difficulté à déterminer si les règles et procédures applicables ont été suivies, mais ils doivent noter que des délais trop longs peuvent ne pas convenir dans le cas des enchères électroniques inversées et des accords-cadres ouverts, qui supposent une attribution rapide et où le nombre et la complexité des questions susceptibles de recours sont limités. En revanche, une passation de marché portant sur des infrastructures peut nécessiter une période d'examen plus longue. La durée du délai d'attente peut être exprimée en jours ouvrables ou calendaires, selon la durée et le nombre de jours non ouvrables pouvant entrer en ligne de compte. Il convient de garder à l'esprit que le but premier du délai d'attente est de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs le temps de décider s'ils contestent la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Le délai d'attente est donc censé être aussi bref que les circonstances le permettent, de manière à ne pas perturber indûment la passation de marché elle-même. En cas de contestation, les dispositions du chapitre VIII de la Loi type traitent de la suspension de la procédure de passation de marché et d'autres mesures appropriées.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des exemples de considérations urgentes d'intérêt général pouvant justifier de ne pas appliquer de délai d'attente et veiller à ce que celles-ci soient compatibles avec les motifs justifiant la levée d'une interdiction d'entrée en vigueur du marché en vertu de l'article 65 ou la levée de la suspension automatique en vertu de l'article 67 (voir à la section X ci-après l'examen de ces questions). Comme il est noté plus haut à la section II.C en ce qui concerne les marchés de faible valeur, il faut envisager, dans les règlements en matière de passation des marchés, d'aligner le seuil en deçà duquel un tel marché serait exempt de l'application du délai d'attente en vertu du paragraphe 3 b) de l'article 22 sur d'autres seuils, tels que ceux justifiant une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (visé à l'article 23-2) ou le recours à une procédure de demande de prix (visé à l'article 29-2).

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser dans quelles circonstances un contrat écrit peut être exigé, compte tenu du fait qu'une telle exigence peut être particulièrement lourde pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, et si l'État adoptant impose des mesures de vérification de l'authenticité de la signature. De même, ils devraient préciser dans quelles circonstances le marché doit être approuvé par une autre autorité avant d'entrer en vigueur (par exemple, seulement si le marché dépasse une certaine valeur).

4. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des orientations sur ce qu'il convient de faire si le fournisseur ou entrepreneur retenu ne conclut pas de marché le moment venu et sur la manière d'éviter tout abus du pouvoir discrétionnaire qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché ou d'attribuer le marché à la soumission suivante. Les considérations émises ci-après dans un contexte semblable à propos des articles 43 et 57 s'appliquent ici.

5. Il serait bon que les règlements en matière de passation des marchés traitent des questions de retour d'information. Celui-ci restera une possibilité pour l'entité adjudicatrice mais les règlements en matière de passation des marchés peuvent souligner son utilité en particulier dans le contexte des accords-cadres, où des achats récurrents bénéficieront d'une amélioration des soumissions. Ils devraient prévoir des garanties minimales de régularité de la procédure et de transparence et traiter de ces garanties en particulier dans le contexte de la nécessité de préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles lors du retour d'information²⁰.

Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser les modalités de publication des informations visées dans cet article²¹ et régir en détail celles de la publication périodique des avis d'attribution relevant d'un accord-cadre.

2. Les règlements en matière de passation des marchés fixeront un montant minimum en-deçà duquel l'obligation de publication ne s'appliquera pas. Ce faisant, comme il est noté plus haut à la section II.C, ils doivent veiller au traitement cohérent des marchés de faible valeur dans l'État adoptant. Il serait bon dans ce

²⁰ Pour des indications sur ce point, voir par. 23 à 27 du commentaire de l'article 22 dans le Guide.

²¹ Pour les normes minimales concernant la publication de ce type d'informations, voir le commentaire de l'article 5 dans le Guide.

contexte de préciser dans les règlements en matière de passation des marchés que la dérogation à l'obligation de publication visée au paragraphe 2 concerne les marchés de faible valeur attribués au titre d'un accord-cadre, mais probablement pas les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés attribués au titre d'un accord-cadre dépassera probablement le seuil fixé.

Article 24. Confidentialité

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir, sinon une liste exhaustive des informations visées au paragraphe 1 de cet article, au moins leurs sources juridiques, en particulier pour ce qui est des informations dont la non-divulgence est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant ou dont la divulgation "nuirait à la concurrence loyale". Si elles ne sont pas réglementées, ces notions pourraient être interprétées au sens très large par l'entité adjudicatrice pour soustraire certaines informations à l'obligation de divulgation au nom de la confidentialité. D'autres branches du droit peuvent considérer certaines informations comme classifiées et les règlements en matière de passation des marchés peuvent y renvoyer; dans d'autres cas, ils devraient eux-mêmes limiter clairement la portée des notions pertinentes visées au paragraphe 1 de cet article.

2. Comme il est noté plus haut à la section II.B, les règlements en matière de passation des marchés peuvent traiter des mesures que l'entité adjudicatrice peut prendre à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs et de leurs sous-traitants pour protéger des informations classifiées dans le contexte d'un marché précis, en plus de la protection juridique générale visée au paragraphe 1. Ils devraient aussi expliquer dans quelles situations ces mesures peuvent se justifier ou être exigées par la législation en raison du caractère sensible de l'objet du marché ou de l'existence d'informations classifiées même si celui-ci n'est pas sensible (par exemple, s'il faut préserver la confidentialité des informations concernant le moment ou le lieu de la livraison), ou les deux. Les règlements en matière de passation des marchés devront peut-être renvoyer à d'autres branches du droit.

Article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des conditions strictes concernant le dossier de la passation de marché, propres à en assurer l'exactitude et l'exhaustivité, de sorte qu'il puisse être utilisé efficacement par des fournisseurs ou entrepreneurs lésés et par d'autres organes compétents aux fins de contestation, d'audit, de contrôle et de supervision. Ils doivent traiter de questions telles que la forme et les modalités de la tenue du dossier, le moment où les informations et les documents sont versés au dossier et l'ampleur de la divulgation des informations pertinentes du dossier à divers groupes de personnes intéressées à y avoir accès.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice accorde aux personnes autorisées un accès rapide aux parties pertinentes du dossier, puisque retarder la divulgation, par exemple, jusque l'entrée en vigueur du marché pourrait priver les fournisseurs ou entrepreneurs d'un recours réel. Puisque la divulgation de certaines informations (par exemple, des informations plus détaillées sur la conduite de la procédure de passation de marché) peut être contestée par les fournisseurs ou entrepreneurs au motif qu'elle nuit à la

concurrence loyale et à leurs intérêts commerciaux légitimes, les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger que l'entité adjudicatrice, dans certains marchés particulièrement sensibles, annonce aux fournisseurs ou entrepreneurs dans le dossier de sollicitation son intention de divulguer des parties du dossier concernant la conduite de la procédure de passation de marché les intéressant.

3. Comme il a été dit plus haut dans le contexte de l'article 24, les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir, sinon une liste exhaustive des informations visées au paragraphe 4 de cet article, au moins leurs sources juridiques, en particulier pour ce qui est des informations dont la non-divulgaration est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant ou dont la divulgation "nuirait à la concurrence loyale". Ces informations pourraient être interprétées au sens très large par l'entité adjudicatrice pour ne pas divulguer certaines informations du dossier au nom de la confidentialité. D'autres branches du droit peuvent considérer certaines informations comme classifiées et les règlements en matière de passation des marchés peuvent y renvoyer; dans d'autres cas, ils devraient eux-mêmes limiter clairement la portée des notions pertinentes visées au paragraphe 4 de cet article.

4. Les règlements en matière de passation des marchés doivent énoncer toutes les informations à verser au dossier de la passation de marché en plus de celles expressément visées dans la loi même (voir dans ce contexte l'article 25-1 w)). Par exemple, les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger d'y consigner la soumission d'offres tardives ou d'y mentionner tous les écarts mineurs et erreurs ou omissions mineures relevés lors de l'examen et de l'évaluation des offres et les mesures prises à leur égard.

5. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et le dossier de la passation de marché, les règlements en matière de passation des marchés ou les orientations émanant de l'organisme public de passation des marchés ou d'un autre organisme peuvent l'exiger.

Article 26. Code de conduite

1. Selon la tradition juridique des États adoptants, un code de conduite destiné spécifiquement au personnel intervenant dans la passation des marchés peut être incorporé au droit administratif de l'État concerné, au niveau des règlements en matière de passation des marchés et en tant que partie de ceux-ci.

2. Le cas échéant, si ce code de conduite est adopté séparément des règlements en matière de passation des marchés, ceux-ci doivent préciser comment il sera rapidement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour²².

²² Voir dans ce contexte le commentaire du Guide sur l'article 5-1 de la Loi type, où une exigence similaire s'applique aux textes juridiques d'application générale.

IV. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des questions générales soulevées par les dispositions du chapitre II de la Loi type (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marché)

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent indiquer dans quelle publication doivent paraître l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions, ou encore un avis préalable de passation de marché. Ils doivent aussi préciser les moyens et les modalités de publication de ces invitations et avis. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou les deux, comme indiqué dans le commentaire de l'article 5 dans le Guide.
2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent établir des règles de publication de l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions au plan international, c'est-à-dire dans les médias à diffusion internationale, de telle manière qu'elle soit diffusée auprès d'une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs, dans une langue qu'ils comprennent.
3. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent en outre exiger que les entités adjudicatrices publient l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions par des moyens supplémentaires permettant au plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation de marché. Il peut s'agir par exemple d'afficher l'invitation sur des panneaux officiels, de l'insérer dans un bulletin des marchés ou de l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères présentes dans le pays et aux missions commerciales de celui-ci à l'étranger. Si l'entité adjudicatrice utilise des moyens électroniques de publicité et de communication, les règlements en matière de passation des marchés peuvent lui permettre d'inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation.
4. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter en détail des exceptions à la règle générale de publication internationale de l'invitation – passation de marché national ou marché dont l'entité adjudicatrice estime que, du fait de sa faible valeur, il n'intéressera probablement pas de fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Les questions à traiter dans le contexte des marchés de faible valeur sont examinées plus haut à la section II.C. Comme cela y est indiqué, les règlements en matière de passation des marchés doivent définir de façon cohérente ce qu'est un marché de faible valeur aux fins de l'application des dérogations pertinentes de la Loi type. Il importe à cet égard d'expliquer dans les règlements en matière de passation des marchés que dans les deux cas où s'applique la dérogation à l'obligation de publication internationale, l'entité adjudicatrice peut toujours recourir à la sollicitation internationale; si elle ne le fait pas mais que des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers souhaitent participer (par exemple s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés.
5. Comme il est noté plus haut dans le contexte de l'article 8, les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser les motifs du recours à la

passation de marché national; si ces motifs sont énoncés dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, les règlements en matière de passation des marchés doivent y renvoyer.

V. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte de certains articles du chapitre III de la Loi type (Appel d'offres ouvert), dans l'ordre des articles

Article 38. Communication du dossier de sollicitation

Les considérations exprimées plus haut à la section II.D concernant le prix qui peut être demandé pour le dossier de sollicitation valent pour cet article.

Article 39. Teneur du dossier de sollicitation

1. Si le dossier de sollicitation doit comporter au moins des renseignements s'ajoutant à ceux énumérés dans la loi, les règlements en matière de passation des marchés doivent le préciser ou renvoyer à d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant donnant la liste de ces renseignements.

2. Dans le contexte du paragraphe g) de l'article, si la promotion des petites et moyennes entreprises est un élément de la politique socioéconomique du gouvernement concerné, les règlements en matière de passation des marchés peuvent encourager les entités adjudicatrices à envisager d'autoriser dans le dossier de sollicitation les soumissions partielles.

Article 40. Présentation des offres

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient contenir ou demander que soient publiées des orientations sur divers aspects de la soumission des offres dans un environnement sans papier. Ils doivent exiger que le système de l'entité adjudicatrice garantisse au moins que nul ne puisse avoir accès à la teneur des offres entre leur réception par l'entité adjudicatrice et le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit aussi garantir que seules les personnes autorisées, clairement identifiées auprès de lui, auront le droit d'ouvrir les offres au moment de l'ouverture officielle et auront accès à leur contenu aux stades ultérieurs de la procédure de passation de marché. Le système doit aussi être configuré de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations concernant les offres présentées, notamment l'heure et la date exactes de leur réception, la vérification de l'identité des personnes qui y ont eu accès et du moment où elles y ont eu accès, et si des offres censées être inaccessibles ont été compromises ou altérées. Des mesures appropriées devraient permettre d'assurer que des offres ne seront pas supprimées, endommagées ni altérées par d'autres moyens non autorisés lors de leur ouverture et de leur utilisation ultérieure. Les normes et méthodes utilisées devraient être à la mesure du risque. Un niveau élevé d'authentification et de sécurité peut être obtenu au moyen de diverses technologies commerciales disponibles à tout moment mais ne

convenant pas dans le cas de marchés de faible valeur et à faible risque. Le choix doit donc se faire sur la base d'une analyse coûts-avantages²³.

2. Dans les cas où le système de réception des offres ne permet pas d'établir avec précision le moment de réception, l'entité adjudicatrice aura peut-être besoin d'une certaine latitude pour fixer le degré de précision avec lequel ce moment doit être enregistré. Les règlements en matière de passation des marchés devraient toutefois réglementer cette latitude par référence aux normes juridiques applicables du commerce électronique, de manière à empêcher les abus et à assurer l'objectivité.

3. Il est admis que des défaillances inévitables des systèmes automatisés peuvent empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter de ces situations et proposer des options permettant à l'entité adjudicatrice d'y faire face. Par exemple, comme indiqué dans le commentaire de l'article 40 dans le Guide, en cas de défaillance, l'entité adjudicatrice doit déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour poursuivre la procédure de passation de marché et, dans l'affirmative, si une prorogation du délai de présentation des offres serait nécessaire. Toutefois, si elle établit qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la passation de marché, elle peut l'abandonner et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances des systèmes automatisés dues à des actes irréflectifs ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions qu'elle prend pour résoudre les problèmes causés par la défaillance d'un système automatisé sont susceptibles de recours de la part des fournisseurs et entrepreneurs lésés en vertu du chapitre VIII de la Loi type²⁴.

Article 42. Ouverture des offres

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter en détail des moyens et modalités de la présence physique ou virtuelle des fournisseurs et entrepreneurs à l'ouverture des offres. Ils doivent exiger que l'entité adjudicatrice décidant de recourir exclusivement ou partiellement à des moyens de communication sans papier pour la procédure de passation de marché fixe des modalités d'ouverture des offres (lieu, mode, temps et procédures d'ouverture) permettant la présence physique ou virtuelle des fournisseurs ou entrepreneurs. Ils peuvent énumérer les éléments à prendre en compte dans ces situations, tels que le décalage horaire, la nécessité de prévoir outre le lieu physique d'ouverture des offres les moyens d'assurer la participation de ceux qui ne peuvent être physiquement présents ou la possibilité de choisir un lieu virtuel²⁵.

2. Comme indiqué plus haut dans le contexte de l'article 7, les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter de notions telles que les moyens de communication "couramment utilisés" permettant "de participer pleinement et en direct aux réunions". À propos de cette dernière notion, ils peuvent s'inspirer de l'explication donnée au paragraphe 3 du commentaire de l'article 42 dans le Guide: "pleinement et en direct" signifie que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent pouvoir recevoir directement la totalité des informations données lors de l'ouverture. Ces informations comprennent les annonces faites conformément au

²³ Par. 3 du commentaire de l'article 40 dans le Guide.

²⁴ Par. 6 du commentaire de l'article 40 dans le Guide.

²⁵ Pour l'examen des dispositions pertinentes, voir le commentaire de l'article 7-4 dans le Guide.

paragraphe 3 de l'article. Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent aussi pouvoir intervenir s'ils constatent des irrégularités ou imprécisions, au même titre que s'ils étaient physiquement présents. Quelle que soit la méthode utilisée, toutes les informations pertinentes doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment tôt pour leur permettre, conformément aux dispositions de l'article 7-4, de participer à l'ouverture des offres.

3. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi prévoir des garanties spécifiques pour l'ouverture automatisée des offres, notamment: a) seules les personnes autorisées, clairement identifiées auprès du système, auront le droit de fixer ou de modifier dans le système le moment d'ouverture des offres conformément au paragraphe 1 de l'article sans en compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité; b) seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au moment fixé. Les règlements peuvent exiger qu'au moins deux personnes autorisées procèdent en une action simultanée à l'ouverture des offres. Dans ce contexte, l'expression "action simultanée" signifie que les personnes autorisées désignées ouvriront à peu près en même temps les mêmes parties d'une offre, en enregistrant le moment de l'ouverture et la nature des parties ouvertes; c) avant l'ouverture, le système devrait confirmer la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté; d) les personnes autorisées devraient être dotées de moyens appropriés pour vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et s'assurer qu'elles ont été présentées dans les délais, sans pouvoir y apporter de modification; e) des mesures devraient être en place pour empêcher que l'intégrité des offres soit compromise, qu'elles soient supprimées ou que le système soit détruit lorsqu'il les ouvre, notamment par un virus ou une infection similaire; f) le système doit également être configuré de manière à permettre de retracer l'ensemble des opérations effectuées à l'ouverture des offres et notamment d'identifier la personne ayant ouvert chaque offre et ses parties, et de déterminer la date et l'heure d'ouverture de chacune; et g) il doit aussi garantir que seules les personnes autorisées à étudier la teneur et les données d'une offre (telles que les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) pourront y avoir accès par la suite²⁶.

Article 43. Examen et évaluation des offres

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer en quoi des notions telles que celles d'écart mineur, d'erreur et d'omission diffèrent des erreurs arithmétiques dont la correction est évoquée à l'article 16 de la Loi type. Ils doivent souligner que les écarts, erreurs ou omissions pouvant être corrigés sans modifier l'offre quant au fond devraient être acceptables, par exemple ceux qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation. Cependant, une correction d'erreur ou d'omission ne peut en aucun cas entraîner une modification de fond des soumissions, telle qu'une modification ayant pour effet de qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou de rendre conforme une soumission non conforme. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des exemples concrets d'écarts, erreurs et omissions acceptables et inacceptables.

²⁶ Par. 6 et 7 du commentaire de l'article 42 dans le Guide.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des règles concernant la quantification des écarts mineurs et des erreurs et omissions et leur prise en compte lors de l'examen et de l'évaluation des offres de façon que celles-ci puissent être comparées objectivement et équitablement.
3. Les règlements en matière de passation des marchés doivent établir des garanties procédurales pour atténuer le risque de pratiques discriminatoires dans l'application des dispositions concernant la correction et la quantification des écarts mineurs et des erreurs et omissions, par exemple en exigeant que l'entité adjudicatrice consigne tout écart mineur et toute erreur ou omission relevés lors de l'examen et l'évaluation et les mesures prises à leur égard.
4. Pour traiter exhaustivement toutes les questions d'erreur ou d'omission dans les soumissions et celles d'éventuelles clarifications et corrections par l'entité adjudicatrice ou par un fournisseur ou entrepreneur, les règlements en matière de passation des marchés devront peut-être renvoyer au droit des contrats et à d'autres branches du droit de l'État adoptant, ainsi qu'aux dispositions d'un accord international auquel l'État adoptant peut être partie, comme l'AMP de l'OMC.
5. En ce qui concerne les paragraphes 5 et 6 de l'article, les règlements en matière de passation des marchés doivent aider l'entité adjudicatrice à choisir parmi les options que propose cet article si le fournisseur ou l'entrepreneur retenu ne confirme pas ses qualifications: abandonner la procédure de passation de marché ou attribuer le marché à l'offre suivante. L'entité adjudicatrice devrait être tenue d'évaluer les conséquences d'un abandon de la procédure de passation de marché, en particulier les coûts d'une autre méthode de passation. Elle ne devrait pas être encouragée à choisir systématiquement de prendre l'offre suivante. Elle peut être amenée à abandonner la procédure de passation de marchés par exemple, si elle soupçonne une collusion entre le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir et celui ayant présenté l'offre suivante, puisque cela pourrait l'amener à accepter une offre d'un prix anormalement élevé. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que l'entité adjudicatrice consigne les détails des procédures envisagées aux paragraphes 5 et 6 de l'article si elles ont été appliquées, ainsi que ses décisions et les raisons de celles-ci.

VI. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des méthodes de passation visées au chapitre IV de la Loi type (Procédures concernant l'appel d'offres restreint, la demande de prix et la demande de propositions sans négociation)

Appel d'offres restreint et sollicitation directe dans la demande de propositions

1. Dans le contexte de l'appel d'offres restreint ou de la demande de propositions pour des articles qui ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter de la question de la définition du marché et de la garantie consistant en l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'inviter tous les fournisseurs ou

entrepreneurs susceptibles de livrer les articles en question. Dans ce contexte, ils devraient traiter de l'exigence d'un avis préalable de passation de marché et de ses incidences sur la procédure, et prévoir en particulier que si des fournisseurs ou entrepreneurs jusque-là inconnus répondent à l'avis préalable, ils doivent être autorisés à soumettre une offre ou une proposition à moins qu'ils ne soient disqualifiés ou ne répondent pas, de quelque autre manière, aux conditions de l'avis. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger l'appel d'offres ouvert avec sollicitation publique et sans restriction ou préqualification lorsque l'étendue du marché n'est pas pleinement connue ou comprise, en particulier en ce qui concerne les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers et leur intérêt pour les procédures de passation des marchés de l'État adoptant.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter de mesures visant à réduire les risques de créer une charge administrative supplémentaire et de retarder la procédure de passation de marché si un fournisseur ou entrepreneur supplémentaire se présentait, compte tenu des articles 14 et 15 qui exigent de laisser aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment de temps pour présenter leurs soumissions. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger que soit incluse dans l'avis préalable une déclaration priant les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître auprès de l'entité adjudicatrice avant la date à laquelle le dossier de sollicitation sera publié et communiqué aux fournisseurs et entrepreneurs connus de l'entité adjudicatrice.

3. S'agissant de la sollicitation directe visant à éviter les coûts disproportionnés de l'examen d'un trop grand nombre d'offres ou de propositions par rapport à la valeur du marché, les règlements en matière de passation des marchés doivent fixer un nombre minimum raisonnable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, tel que cinq, pour assurer une concurrence effective, et traiter de la sélection objective des fournisseurs ou entrepreneurs qui seront invités à participer ("premier arrivé, premier servi", tirage au sort, roulement ou autre mode de sélection aléatoire sur un marché tel que celui des produits de base).

Demande de prix

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser les conditions et règles d'utilisation de cette méthode en tenant compte du fait que l'essentiel est d'assurer une transparence adéquate, étant donné qu'une passation de marché menée avec cette méthode ne doit pas obligatoirement être précédée d'un avis de passation de marché et que le marché en question peut être inférieur au seuil de publication d'un avis public individuel d'attribution visé à l'article 23. Ils devraient énumérer les types d'articles pour lesquels cette méthode de passation peut être utilisée. Ils pourraient imposer d'utiliser des termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS, ou d'autres descriptions commerciales courantes – telles que celles des marchés des technologies de l'information et des communications – de sorte que les articles disponibles dans le commerce pour lesquels la méthode est conçue puissent être définis par référence à des normes sectorielles.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice envisage toujours d'autres solutions que la demande de prix, notamment là où les achats électroniques sont devenus la norme. Les méthodes

électroniques de demande de prix peuvent généralement être particulièrement économiques pour les marchés de faible valeur et aussi assurer une sélection plus transparente.

3. Quand il n'y a pas d'autre possibilité, les règlements en matière de passation des marchés doivent régir les modalités d'identification des participants pour que la sélection des participants à la procédure de demande de prix ne se fasse pas d'une manière qui restreigne l'accès au marché ou permette une utilisation abusive de la procédure. Un exemple d'utilisation abusive peut être la sélection de deux fournisseurs ou entrepreneurs aux prix notoirement élevés ou géographiquement éloignés de manière à pouvoir orienter le choix vers un troisième, le fournisseur ou entrepreneur choisi, ou de fournisseurs ou entrepreneurs appartenant à un groupe de sociétés ou soumis à une autre forme de contrôle financier ou de gestion commun. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer de comparer les offres passées ou d'assurer un roulement des fournisseurs ou entrepreneurs en cas d'achat occasionnel des mêmes articles. L'utilisation de catalogues électroniques comme source de prix peut en particulier être considérée comme un moyen d'améliorer la transparence pour la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels adresser une demande de prix, cette sélection pouvant être évaluée par rapport aux fournisseurs ou entrepreneurs dont les catalogues contiennent les articles pertinents. Bien que la Loi type ne l'impose pas, les règlements en matière de passation des marchés peuvent aussi exiger la publication d'un avis préalable de passation de marché comme dans d'autres formes de sollicitation directe. Ils peuvent instaurer des procédures spéciales de contrôle servant à identifier les fournisseurs ou entrepreneurs retenus par cette méthode, de manière à permettre l'évaluation des attributions à répétition.

Demande de propositions sans négociation

1. Outre les questions évoquées plus haut à propos de l'appel d'offres restreint et de la sollicitation directe dans la demande de propositions, les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer l'objet de cette méthode de passation de marchés et illustrer par des exemples les situations dans lesquelles elle peut utilement être utilisée. Ils devraient aussi délimiter clairement en quoi consistent les caractéristiques "techniques, qualitatives et de performance" des propositions et leurs "aspects financiers". Des exemples concrets d'éléments de propositions pouvant relever de l'une ou l'autre de ces catégories figurent dans le commentaire du Guide concernant la demande de propositions sans négociation²⁷.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser quels renseignements non prévus dans la loi l'entité adjudicatrice doit au minimum inclure dans le dossier de sollicitation. Si ces renseignements sont précisés dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, les règlements en matière de passation des marchés doivent y renvoyer.

3. Les considérations relatives au prix demandé pour le dossier de sollicitation sont traitées plus haut à la section II.D et sont pertinentes dans le contexte de

²⁷ Par. 2 du commentaire du Guide, partie Description générale et principales questions de politique générale concernant la demande de propositions sans négociation.

l'article 47-2 h) et i). Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc les traiter aussi dans le contexte de cette méthode de passation de marché.

4. Si la législation de l'État adoptant sur la passation des marchés le permet, les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir une variante de cette méthode pouvant convenir à une passation de marché dont l'objet est plus simple: l'entité adjudicatrice peut sélectionner la proposition à retenir sur la base du prix des propositions répondant aux exigences techniques, qualitatives et de performance minimales ou les dépassant, pour autant que cela soit précisé dans la déclaration des critères d'évaluation figurant dans l'invitation et la demande de propositions. Cette approche peut convenir dans les cas où l'entité adjudicatrice n'a pas besoin d'évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions ni d'attribuer des notes, mais fixe un seuil permettant de mesurer ces caractéristiques à un niveau tellement élevé que tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions se classent à ce niveau ou au-dessus peuvent selon toute probabilité exécuter le marché avec un degré plus ou moins équivalent de compétence. Il ne devrait pas être nécessaire non plus dans ces cas d'évaluer les aspects financiers autres que le prix.

VII. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des méthodes de passation visées au chapitre V de la Loi type (Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique)

Généralités

1. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent contribuer à rendre plus objective l'évaluation des circonstances qui nécessitent le recours à l'une des méthodes de passation visées au chapitre V. Puisque cette évaluation se fera pendant la phase de planification du marché, les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des garanties appropriées à ce stade, notamment en exigeant que la planification soit entièrement documentée et consignée par écrit.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter de l'assistance d'experts externes pouvant être fournie centralement ou par d'autres sources à l'entité adjudicatrice pour qu'elle soit en mesure de mener à bien des discussions, un dialogue ou des négociations avec le secteur privé, d'expliquer ses besoins de façon à ce qu'ils soient pleinement et également compris par tous les participants, et d'évaluer les offres résultantes de sorte que ses besoins soient correctement satisfaits.

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi prévoir des outils de gestion, des structures et des garanties procédurales pour l'utilisation des méthodes de passation supposant une interaction avec le marché, aux fins notamment d'empêcher les abus ou la corruption. En particulier, dans le cas de

passations de marchés touchant des questions sensibles ou des marchés très concurrentiels, les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir des mesures de surveillance, notamment un audit a posteriori, et la présence pendant la procédure d'observateurs extérieurs à l'entité adjudicatrice pour évaluer comment ces méthodes sont utilisées en pratique. Ces mesures devraient viser à empêcher que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne soient favorisés, par exemple en communiquant des informations différentes à chacun pendant les discussions, le dialogue ou les négociations, et à réduire le risque que des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des entrepreneurs soient communiquées à des concurrents, par inadvertance ou autrement.

Appel d'offres en deux étapes

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à évaluer les circonstances dans lesquelles cette méthode de passation doit être utilisée. Ils pourraient utilement présenter des exemples de cas où elle a été utilisée avec succès, notamment pour l'acquisition d'articles de haute technologie tels que de gros avions de transport de passagers, des systèmes de communication, des équipements techniques et des infrastructures, y compris de grandes installations complexes ou des travaux spécialisés. Plus généralement, les règlements en matière de passation des marchés peuvent engager l'entité adjudicatrice à envisager de recourir à cette méthode s'il est évident au stade de la planification du marché qu'elle a peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si elle rédige, sans examiner ce qu'offre le marché, une description complète du marché énonçant l'ensemble des spécifications techniques, des caractéristiques de qualité et de performance de l'objet du marché, des compétences attendues des fournisseurs ou entrepreneurs et des conditions de la passation.
2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner à l'entité adjudicatrice des orientations sur toutes les dérogations qui devraient être faites en appliquant à l'appel d'offres en deux étapes les dispositions générales concernant l'appel d'offres ouvert visées au chapitre III de la Loi type. Des exemples de telles dérogations sont donnés aux paragraphes 1 à 3 du commentaire du Guide concernant les procédures d'appel d'offres en deux étapes.
3. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent compléter les dispositions de la Loi type en ce qui concerne la présentation, l'examen et le rejet des offres initiales. En particulier, ils peuvent énumérer des motifs de rejet des offres initiales, sur la base de la liste figurant à l'article 43-2 de la Loi type selon qu'il convient (étant entendu que les motifs ayant trait aux prix des offres ne seraient pas applicables puisque les offres initiales ne comportent pas de prix).
4. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer l'objet et la nature de la discussion tenue dans le cadre de cette méthode, notamment qu'elle ne comporte pas de négociations contraignantes de quelque type que ce soit et qu'elle peut porter sur tout aspect des offres initiales non rejetées, sauf le prix. Ils pourraient utilement souligner que tenir des discussions est une option et non une obligation: l'entité adjudicatrice peut être à même de préciser et de finaliser les conditions de la passation de marché sans tenir de discussion, sur la base des offres initiales reçues.

5. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer ce que signifie offrir à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales de participer aux discussions. Dans ce contexte, l'expression "chances égales" signifie que les fournisseurs ou entrepreneurs sont traités de manière aussi égale que possible compte tenu de l'obligation d'éviter de communiquer des informations confidentielles et de la nécessité d'éviter la collusion. Les règlements en matière de passation des marchés doivent établir des mesures permettant de surveiller que l'entité adjudicatrice respecte cette exigence de la législation, en l'obligeant par exemple à consigner et conserver les détails des discussions tenues avec chaque fournisseur ou entrepreneur.

6. Les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner que le risque de révéler par inadvertance ou d'une autre manière des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou d'entrepreneurs concurrents peut survenir non seulement au stade des discussions mais aussi lors de la formulation des conditions révisées de la passation de marché. Conformément aux dispositions de l'article 24, l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs tout au long du processus. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir des orientations pratiques à cette fin, par exemple en interdisant à l'entité adjudicatrice de révéler la source des informations utilisées pour formuler les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance révisées de l'objet du marché et en lui imposant d'éviter d'utiliser dans les conditions révisées de la passation de marché des symboles et une terminologie propres à un seul fournisseur ou entrepreneur.

Demande de propositions avec dialogue

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à évaluer les circonstances dans lesquelles cette méthode de passation doit être utilisée. Ils pourraient utilement présenter des exemples de cas où elle a été utilisée avec succès, par exemple dans des passations de marchés visant à trouver des solutions différentes, souvent novatrices, à des problèmes techniques. La méthode peut convenir par exemple pour des marchés de travaux d'architecture, de construction et d'infrastructure visant à réaliser des économies d'énergie ou à promouvoir l'achat public responsable. Dans de tels cas, il peut y avoir de nombreuses solutions pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice: les matériaux employés peuvent varier et supposer l'utilisation d'une source d'énergie (éolienne, solaire ou fossile) plutôt qu'une autre. La complexité n'est pas nécessairement de nature technique: dans les projets d'infrastructure, par exemple, les différents emplacements et types de travaux peuvent être les principales variables. Une solution sur mesure peut être nécessaire dans des projets moins complexes, par exemple un système de communication pour l'archivage de dossiers juridiques, qui peut nécessiter des caractéristiques précises telles que l'accessibilité à long terme, et où l'excellence technique a son importance. Dans tous ces cas, l'intérêt des solutions et les compétences et connaissances spécialisées des fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent être évalués que par le dialogue; celui-ci est essentiel pour déterminer et obtenir la meilleure solution compte tenu des besoins de l'entité adjudicatrice. Le coût d'opportunité découlant de l'absence de

dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est donc élevé, alors que les gains économiques associés au dialogue sont évidents.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer dans quels cas cette méthode ne doit pas être utilisée. Puisque le dialogue suppose généralement des procédures complexes et longues, elle ne convient pas pour des articles simples habituellement achetés au moyen de méthodes de passation de marché ne comportant pas d'interaction avec les fournisseurs ou entrepreneurs. Elle n'est pas censée s'appliquer par exemple à des cas où des négociations sont imposées par l'urgence ou le manque de concurrence (dans de tels cas, les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d'une source unique sont autorisées par la Loi type). Elle ne concerne pas le type de négociations visant uniquement des diminutions de prix, comme dans la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives. Elle n'est pas non plus censée s'appliquer aux situations où l'entité adjudicatrice doit préciser ses besoins et envisage de formuler pour la passation de marché un seul ensemble de conditions (dont des spécifications) en fonction desquelles des offres peuvent être présentées, situations où la procédure d'appel d'offres en deux étapes devrait être utilisée.

3. Compte tenu des nombreuses similitudes entre l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue en termes de conditions d'utilisation et de caractéristiques, il convient d'expliquer dans les règlements en matière de passation de marchés l'objectif poursuivi en utilisant cette dernière méthode au lieu de l'appel d'offres en deux étapes. Une de ses principales caractéristiques est qu'elle ne comporte pas, en dehors des exigences minimales, un ensemble unique et complet de conditions de la passation de marché, par rapport auquel les soumissions finales seront évaluées. Pour recourir à la procédure de la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice devrait donc conclure qu'il sera impossible ou qu'il ne conviendra pas de formuler pour la passation de marché un ensemble unique et complet de conditions et qu'il faut donc un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour que la passation aboutisse.

4. La procédure n'est pas censée amener l'entité adjudicatrice à formuler une description technique complète de l'objet du marché, mais la méthode ne doit pas être utilisée pour remplacer une préparation appropriée de la passation de marché. Pour qu'elle puisse être utilisée avec succès, les règlements en matière de passation des marchés doivent donc énumérer les questions à traiter au stade de la planification de la passation et notamment indiquer les exigences minimales, techniques et autres, du projet et les paramètres ne pouvant être modifiés lors du dialogue.

5. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer l'objet et la nature du dialogue tenu dans cette méthode de passation, et en particulier que le dialogue peut porter sur tout aspect des propositions, y compris le prix. Même si le dialogue concerne habituellement les aspects techniques, qualitatifs et de performance et des questions juridiques ou d'autres connexes, l'objet de la passation de marché et les conditions du marché peuvent permettre à l'entité adjudicatrice d'utiliser le prix comme élément du dialogue et même l'y encourager. En outre, dans certains cas, le prix ne peut être séparé des autres critères.

6. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi expliquer que le dialogue ne vise pas à faire intervenir des négociations liant quelque partie

que ce soit. Ils devraient énumérer les conditions d'un dialogue concomitant, tel que tous les fournisseurs ou entrepreneurs retenus pour ce dialogue par l'entité adjudicatrice conformément aux conditions de la sollicitation aient une chance égale d'y participer, qu'il n'y ait pas de discussions consécutives, et que le dialogue soit mené à différents moments avec différents fournisseurs ou entrepreneurs par les mêmes responsables de la passation de marché ou par les mêmes comités de négociation composés des mêmes responsables de la passation de marché.

7. Si les dispositions prévoyant un mécanisme d'approbation préalable de l'utilisation de cette méthode sont incorporées dans le droit interne²⁸, les règlements en matière de passation des marchés doivent déterminer les prérogatives qu'a, dans la procédure de passation de marché, une autorité de tutelle désignée par l'État adoptant dans la législation, en particulier si ces prérogatives prennent fin dès qu'elle a donné à l'entité adjudicatrice son approbation pour utiliser cette méthode de passation, ou si elles s'étendent à une certaine forme de supervision de la manière dont la procédure est menée. En traitant de ces questions, les règlements en matière de passation des marchés devraient veiller particulièrement à la nécessité d'éviter un conflit d'intérêts à ce stade et aux étapes suivantes de la procédure de passation de marché si par exemple la même entité approuve l'utilisation de cette méthode et approuve ensuite l'entrée en vigueur du marché ou est chargée d'examiner les réclamations issues de la procédure de passation.

8. Les considérations émises plus haut à la section IV à propos des méthodes de sollicitation et les aspects particuliers de la sollicitation directe évoqués plus haut à la section VI dans le contexte de l'appel d'offres restreint et de la demande de propositions valent aussi pour la procédure de demande de propositions avec dialogue. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc les traiter aussi dans le contexte de cette méthode de passation de marché.

9. Les règlements en matière de passation des marchés devraient recommander que le dialogue se tienne avec trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins et s'il est fixé un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à soumettre des propositions, ce nombre devrait être supérieur au nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs admis au dialogue, afin que l'entité adjudicatrice puisse choisir dans un plus grand groupe les candidats les plus indiqués pour participer au dialogue.

10. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi traiter des situations dans lesquelles ne sont présentées qu'une ou deux propositions conformes: l'entité adjudicatrice ne devrait pas être empêchée de poursuivre la passation de marché dans de tels cas parce qu'elle n'a de toute façon aucun moyen de conserver à coup sûr le même nombre de concurrents jusqu'à la fin de la phase de dialogue: rien n'empêche un fournisseur ou entrepreneur de se retirer du dialogue à tout moment.

11. Les règlements en matière de passation des marchés devraient énumérer tous les motifs prévus par la législation de l'État adoptant pour lesquels l'entité adjudicatrice peut exclure du dialogue des fournisseurs ou entrepreneurs – ou y renvoyer – étant donné que la Loi type ne confère pas à l'entité adjudicatrice le droit

²⁸ À ce propos, voir le paragraphe 5 du commentaire du Guide sur les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue (art. 30-2).

absolu de mettre fin au dialogue compétitif avec un fournisseur ou entrepreneur au seul motif, par exemple, que selon elle il n'aurait pas de chances réalistes de se voir attribuer le marché. En revanche, ils doivent être exclus sur la base de l'article 21 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts) ou s'ils n'ont plus les qualifications requises (par exemple en cas de faillite), ou si au cours du dialogue ils s'écartent substantiellement des exigences essentielles de la passation de marché (telles que l'objet du marché, les exigences minimales ou les exigences définies au début de la procédure comme n'étant pas soumises au dialogue).

12. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger que dans tous ces cas l'entité adjudicatrice notifie rapidement aux fournisseurs ou entrepreneurs sa décision motivée de mettre fin au dialogue. Ils peuvent aussi exiger que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure des informations sur les motifs pour lesquels elle pourrait être tenue en vertu de la législation à les exclure de la passation de marché.

13. Les règlements en matière de passation des marchés devraient encourager à mieux planifier les passations de marchés pour rendre le processus plus prévisible, notamment en exigeant que l'entité adjudicatrice inclue dans la demande de propositions un calendrier prévisionnel donnant aux deux parties une meilleure idée de la chronologie des différentes étapes et des ressources (personnel, experts, documents, modèles, etc.) qui seraient utiles et devraient être mobilisées à telle ou telle étape. Ils peuvent aussi exiger que l'entité adjudicatrice précise la durée maximale pendant laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs seraient censés consacrer leur temps et leurs ressources à la procédure.

14. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer les limites aux modifications pouvant être apportées lors du dialogue aux conditions de la passation de marché énoncées au début de la procédure, étant entendu que la latitude d'apporter des modifications est une caractéristique inhérente à cette méthode et qu'imposer des restrictions excessives irait à l'encontre de son but. Des modifications peuvent devoir se justifier en raison du dialogue mais également de circonstances sans rapport avec ce dernier (telles que des mesures administratives).

15. Les règlements en matière de passation des marchés doivent donner des exemples concrets de modifications acceptables et non acceptables compte tenu des exigences de l'article 49-9. De manière générale, toutes les modifications devraient être autorisées à moins qu'elles ne portent sur des conditions essentielles de la passation de marché dont la modification devrait donner lieu à une nouvelle procédure (objet du marché, critères de qualification et d'évaluation, exigences minimales et tout élément que l'entité adjudicatrice exclut expressément du dialogue dès le début de la passation de marché).

16. Les règlements en matière de passation des marchés doivent énumérer les mesures concrètes destinées à assurer un traitement juste, égal et équitable de tous les participants au dialogue. Outre celles énoncées dans la Loi type elle-même (par exemple l'exigence que le dialogue soit mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice et les mesures concernant la distribution des documents et des informations pertinents aux fournisseurs ou entrepreneurs participants), les règlements en matière de passation des marchés devraient établir d'autres mesures, telles que l'obligation d'examiner la même question avec les

participants de façon concomitante et pendant la même durée, et les règles établissant la succession des réunions tenues avec divers participants.

17. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer que l'interdiction de négocier après la présentation des meilleures offres définitives ne concerne pas la possibilité de demander des clarifications visée à l'article 16 sous réserve des limites imposées par cet article, comme l'interdiction de modifier le prix ou d'autres informations importantes au cours de la clarification.

18. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que l'entité adjudicatrice consigne et conserve par écrit les détails du dialogue avec chaque fournisseur ou entrepreneur.

Demande de propositions avec négociations consécutives

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à évaluer les circonstances dans lesquelles cette méthode de passation doit être utilisée. Ils pourraient utilement présenter des exemples de cas où elle a été utilisée avec succès, tels que l'acquisition d'objets plus complexes, lorsqu'il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions indépendamment de leurs aspects financiers et qu'il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou financiers des propositions – il peut y avoir tellement de variables de ces aspects des propositions que toutes ne peuvent être prévues et spécifiées au début de la passation de marché et doivent être précisées et définies d'un commun accord lors des négociations. S'il faut négocier d'autres aspects des propositions, cette méthode de passation ne peut être utilisée. Dans la pratique, cette méthode est notamment utilisée pour des services de consultant (par exemple des services consultatifs).

2. Les considérations émises plus haut à la section IV à propos des méthodes de sollicitation et les aspects particuliers de la sollicitation directe évoqués plus haut à la section VI dans le contexte de l'appel d'offres restreint et de la demande de propositions valent aussi pour la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc les traiter aussi dans le contexte de cette méthode de passation de marché.

3. Toutes les étapes de cette méthode qui précèdent les négociations sont les mêmes que dans la demande de propositions sans négociation. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc traiter aussi dans le contexte de cette méthode de passation les questions soulevées dans le contexte pertinent de la section VI ci-dessus.

4. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer l'objet et la nature des négociations menées dans cette méthode de passation, en précisant qu'elles ne peuvent porter que sur les aspects commerciaux ou financiers des propositions et qu'elles se tiennent de façon consécutive et non concomitante comme par exemple les négociations avec appel à la concurrence. Comme dans le cas de la demande de propositions sans négociation, les règlements en matière de passation des marchés devraient établir une distinction claire entre les caractéristiques "techniques, qualitatives et de performance" des propositions et

leurs “aspects financiers”. Des exemples concrets d’éléments de propositions pouvant relever de l’une ou l’autre catégorie figurent dans le commentaire du Guide concernant la demande de propositions sans négociation et cette méthode de passation²⁹.

5. Les règlements en matière de passation des marchés doivent insister sur l’exigence de la législation selon laquelle un marché ne peut pas être attribué au ou aux fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels les négociations ont pris fin. Le commentaire du Guide concernant cette méthode de passation énonce les considérations dont l’entité adjudicatrice devrait tenir compte pour décider de mettre fin aux négociations avec le fournisseur ou entrepreneur le mieux classé ou un fournisseur ou entrepreneur mieux classé³⁰.

6. Les règlements en matière de passation des marchés devront peut-être prévoir des mesures concrètes pour que les fournisseurs ou entrepreneurs et les entités adjudicatrices s’astreignent à négocier de bonne foi. Ils peuvent aussi inclure des mesures visant à améliorer la position de négociation de l’entité adjudicatrice. Il peut notamment s’agir d’exiger que l’entité adjudicatrice fixe dans le dossier de sollicitation la durée des négociations.

Négociations avec appel à la concurrence

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner le caractère exceptionnel de cette méthode de passation de marché, qui pourrait être préférée à la sollicitation d’une source unique chaque fois que c’est possible en cas d’urgence, de catastrophe ou de nécessité de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l’État adoptant. Elle ne peut être envisagée en remplacement d’aucune autre méthode de passation prévue dans la Loi type.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que l’entité adjudicatrice, même en cas d’urgence, de catastrophe ou de nécessité de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l’État adoptant, envisage d’abord l’appel d’offres ouvert ou toute autre méthode de passation avec mise en concurrence. Si elle conclut qu’il n’est pas réaliste de recourir à d’autres méthodes de passation avec mise en concurrence, elle doit toujours envisager de préférer les négociations avec appel à la concurrence à la sollicitation d’une source unique, sauf si elle estime qu’une extrême urgence ou un autre motif précis justifie de recourir à la sollicitation d’une source unique en vertu du paragraphe 5 de l’article 30 de la Loi type (par exemple, l’absence de concurrence ou l’existence de droits exclusifs).

3. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des exemples de situations où cette méthode devrait être utilisée, telles qu’un besoin urgent de fournitures médicales ou autres après une catastrophe naturelle ou la nécessité de remplacer du matériel régulièrement utilisé devenu défectueux. Ils devraient expliquer que la méthode ne peut être utilisée si l’urgence est due à un

²⁹ Paragraphe 2 du commentaire du Guide sur la description générale et les principales questions de politique générale concernant la demande de propositions sans négociation et paragraphe 3 du commentaire concernant la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives (art. 50).

³⁰ Paragraphes 4 à 7 du commentaire sur la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives (art. 50).

manque de planification des marchés ou à toute autre mesure que l'entité adjudicatrice aurait prise ou omis de prendre. Ils doivent préciser que l'ampleur du marché attribué au moyen de cette méthode doit découler directement de l'urgence même. En d'autres termes, si un bien d'équipement est immédiatement nécessaire et qu'on prévoit que plusieurs le seront ultérieurement, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemplaire immédiatement nécessaire.

4. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer des exigences supplémentaires pour le recours aux négociations avec appel à la concurrence. Ils peuvent exiger que l'entité adjudicatrice prenne des mesures telles qu'établir des règles et procédures de base pour la conduite des négociations afin qu'elles se déroulent de manière efficace; préparer divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment des documents décrivant l'objet du marché et énonçant les conditions contractuelles souhaitées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec qui elle négocie de ventiler leurs prix pour l'aider à comparer les offres.

5. La sollicitation directe est une caractéristique inhérente de cette méthode de passation de marchés puisque la sollicitation s'adresse ici à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs identifiés par l'entité adjudicatrice. Cela soulève les mêmes questions que celles examinées plus haut à la section VI dans le contexte de l'appel d'offres restreint et de la demande de propositions, comme celle des conséquences de la publication d'un avis préalable de passation de marché, notamment le fait que des fournisseurs ou entrepreneurs inconnus peuvent demander à participer aux négociations avec appel à la concurrence, et celle des mécanismes destinés à sélectionner de manière non discriminatoire les fournisseurs ou entrepreneurs. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi traiter de ces questions dans le contexte de cette méthode de passation.

6. Les règlements en matière de passation des marchés doivent en particulier examiner les exceptions à l'obligation de publier un avis préalable de passation de marché en cas de sollicitation directe puisqu'elles valent pour les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. L'entité adjudicatrice ne sera pas tenue de publier un tel avis mais peut toujours décider de le faire lorsqu'elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence en situation d'urgence. Si de telles négociations sont utilisées dans une passation de marché aux fins de la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État, l'avis préalable de passation de marché doit être publié sous réserve de toute dérogation fondée sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la législation de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également faire intervenir des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché ou tenue de s'en abstenir (en vertu des règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant). Les règlements en matière de passation des marchés doivent mentionner ce pouvoir ou cette obligation ou renvoyer aux autres dispositions de la législation de l'État adoptant qui l'énoncent.

7. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent recommander d'engager des négociations avec au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

8. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer l'objet et la nature des négociations tenues dans cette méthode de passation de marché, en précisant qu'elles peuvent porter sur n'importe quel aspect des propositions et qu'elles doivent se dérouler de façon concomitante et non consécutive comme dans la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives.

9. Les règlements en matière de passation des marchés pourraient utilement renvoyer à toutes les garanties prévues dans la Loi type pour assurer la transparence et le traitement juste, égal et équitable des participants à une procédure de passation de marché menée suivant cette méthode. Outre celles qui figurent dans la Loi type elle-même, en particulier dans le contexte de cette méthode de passation (par exemple celles qui concernent la distribution des documents et informations pertinents aux fournisseurs ou entrepreneurs participants), ces garanties comprennent l'obligation d'établir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché, indiquant le détail des négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant, et d'en donner l'accès aux fournisseurs ou entrepreneurs, comme le prévoit l'article 25. Les règlements en matière de passation des marchés devraient énoncer d'autres garanties, telles que donner à toutes les parties invitées aux négociations avec appel à la concurrence une chance égale d'y participer. Ils pourraient aussi prévoir des mesures concrètes, telles que veiller à ce que la même question soit examinée avec les participants de façon concomitante et pendant la même durée, et à ce que les règles régissant la succession des réunions tenues avec les divers participants, la durée maximale de la phase de négociation et la chronologie des négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur soient mentionnées dans le dossier de sollicitation. Les règlements en matière de passation des marchés pourraient aussi exiger des mesures de contrôle comme la présence aux négociations de personnes extérieures à l'entité adjudicatrice pour superviser la procédure. Ils pourraient aussi exiger la création d'un comité de négociation et en définir les règles de composition et de fonctionnement.

10. Les règlements en matière de passation des marchés doivent contenir des mesures visant à assurer que l'entité adjudicatrice traite tous les fournisseurs ou entrepreneurs participants sur un pied d'égalité. Ces mesures sont notamment l'obligation pour l'entité adjudicatrice de présenter la demande de meilleures offres définitives par écrit et de la communiquer simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participants de sorte que tous soient informés de la fin des négociations et du temps dont ils disposent pour préparer leurs meilleures offres définitives.

11. Comme pour les autres méthodes de passation de marchés comportant l'étape des meilleures offres définitives, les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter des différences entre l'interdiction de mener des négociations après la soumission des meilleures offres définitives et la possibilité de demander des clarifications et des explications concernant les conditions des meilleures offres définitives en vertu de l'article 16 de la Loi type.

Sollicitation d'une source unique

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent prévoir des mesures empêchant l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique lorsque d'autres méthodes de passation des marchés sont disponibles.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient traiter de différentes situations pouvant amener à recourir à la sollicitation d'une source unique, telles que: a) s'il n'y a objectivement pas d'autre solution, par exemple s'il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché, que ce soit parce qu'il en détient les droits exclusifs ou pour d'autres raisons; et b) si la sollicitation d'une source unique est autorisée ou exigée par la législation de l'État adoptant pour d'autres raisons, par exemple pour mettre en œuvre ses politiques socioéconomiques ou pour protéger des intérêts essentiels de sa sécurité. Outre ces raisons objectives et autorisées de recourir à la sollicitation d'une source unique, l'absence d'une bonne planification des marchés ou de capacités au sein de l'entité adjudicatrice pour envisager et utiliser d'autres méthodes ou d'autres outils peut être la raison du recours à la sollicitation d'une source unique.

3. S'il est recouru à la sollicitation d'une source unique parce qu'il n'y a pas d'autre solution, les règlements en matière de passation des marchés doivent définir ou décrire des mesures permettant de vérifier que la raison invoquée par l'entité adjudicatrice pour recourir à cette méthode est objectivement justifiable. Ils peuvent notamment exiger comme garantie essentielle un avis préalable de sollicitation d'une source unique, qui mettra à l'épreuve l'hypothèse de l'entité adjudicatrice selon laquelle il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, et renforcera ainsi la transparence et la responsabilité de cet aspect de la pratique de la passation des marchés. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fixer une période minimale de publication de cet avis avant que la procédure de passation ne puisse commencer et demander qu'il bénéficie de la diffusion la plus large possible. Ils doivent exiger l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché avec une autre méthode si d'autres fournisseurs ou entrepreneurs se présentent, le recours à la sollicitation d'une source unique ne se justifiant plus dans ce cas. Il peut également s'agir de vérifier la formulation des descriptions de l'objet du marché (celles-ci pourraient être formulées de manière si restrictive qu'elles limiteraient artificiellement le marché concerné à une seule source, ce qui pourrait involontairement ou intentionnellement favoriser les monopoles et la corruption). Pour cette raison, les règlements en matière de passation des marchés pourraient encourager l'utilisation de descriptions fonctionnelles (spécifications concernant les performances ou les résultats).

4. Si la sollicitation d'une source unique est autorisée ou exigée par la législation de l'État adoptant pour d'autres raisons, les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer comment s'applique la condition d'utilisation pertinente et dans quelles limites, notamment:

a) Dans le contexte de la condition d'utilisation énoncée à l'article 30-5 b) de la Loi type (extrême urgence), les règlements en matière de passation des marchés peuvent expliquer que l'urgence doit être si extrême qu'il ne serait pas réaliste de tenir des négociations avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur et donc de recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Comme dans le cas des

négociations avec appel à la concurrence, le montant des achats pouvant être faits avec cette méthode sera limité par la nécessité de lier l'ampleur de la passation de marché à l'extrême urgence: le montant des achats faits dans le cadre des procédures d'urgence devrait se limiter strictement aux besoins découlant de la situation d'urgence. Par exemple, il peut y avoir après une catastrophe un besoin immédiat d'eau potable et de fournitures médicales; un besoin d'abris semi-permanents découlant de la même catastrophe peut être moins urgent et satisfait au moyen d'autres méthodes;

b) Dans le contexte de la condition d'utilisation énoncée à l'article 30-5 c) (impératifs de normalisation ou de compatibilité avec des biens, du matériel, des technologies ou des services existants), les règlements en matière de passation des marchés doivent fixer comme règle que la passation de marché dans de telles situations doit être limitée à la fois en volume et dans le temps. Ils devraient aussi souligner que cette raison doit être véritablement exceptionnelle, faute de quoi les besoins invoqués pourraient en réalité découler d'une mauvaise planification de la part de l'entité adjudicatrice;

c) Dans le contexte de la condition d'utilisation énoncée à l'article 30-5 d) (solicitation d'une source unique pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État), les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer que l'utilisation de cette méthode au lieu d'une autre ne conviendrait que si la passation de marché met en jeu des informations classifiées et si l'entité adjudicatrice estime que les informations en question ne seront pas suffisamment protégées si elle utilise une autre méthode de passation de marché, même une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence. Comme indiqué plus haut à la section II.B, le pouvoir qu'ont les entités adjudicatrices de prendre des mesures spéciales et d'imposer des exigences particulières pour protéger des informations classifiées ne s'applique que dans la mesure permise par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant;

d) Dans le contexte de la condition d'utilisation énoncée à l'article 30-5 e) (solicitation d'une source unique pour appliquer des politiques socioéconomiques de l'État adoptant), les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter en détail de la phase de sollicitation et de réception des observations, de sorte que la possibilité de formuler des observations prenne tout son sens. Ils devraient prévoir la teneur minimale de l'annonce, en particulier pour influencer sur le point de savoir s'il n'y a qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, de façon à éviter une utilisation abusive de ce type de sollicitation d'une source unique pour favoriser un fournisseur ou entrepreneur particulier. Ils devraient aussi régir d'autres aspects de ces dispositions, notamment à qui ces observations devraient être demandées (par exemple, aux populations locales) et quels en seront le but ou l'incidence, en particulier si elles sont négatives. Ils devraient exiger que l'entité adjudicatrice laisse suffisamment de temps entre la publication de l'annonce et l'ouverture de la procédure de passation, analyse et enregistre les observations de tout membre du public et fournisse des explications sur demande. Si les dispositions prévoyant un mécanisme d'approbation préalable de la sollicitation d'une source unique pour ce

motif sont incorporées dans le droit interne³¹, les règlements en matière de passation des marchés doivent déterminer les prérogatives d'une autorité de tutelle, et en particulier si celles-ci prennent fin dès qu'elle a donné à l'entité adjudicatrice son approbation pour utiliser cette méthode de passation de marché, ou si elles s'étendent à une certaine forme de supervision de la manière dont la procédure est menée. En traitant ces questions, les règlements en matière de passation des marchés devraient veiller tout particulièrement à éviter les conflits d'intérêts à ce stade et aux étapes suivantes de la procédure de passation de marché si par exemple la même entité approuve l'utilisation de cette méthode et approuve ensuite l'entrée en vigueur du marché ou est chargée d'examiner les réclamations issues de la procédure de passation.

5. Si l'absence d'une bonne planification des marchés ou de capacités au sein de l'entité adjudicatrice pour envisager et utiliser d'autres méthodes ou d'autres outils est la raison du recours à la sollicitation d'une source unique, les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter de ces raisons en établissant des mesures visant à assurer une bonne planification des marchés et à mettre en place les capacités nécessaires. Par exemple, un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape peut permettre de faire face efficacement à des situations d'extrême urgence s'il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé risquant de survenir périodiquement ou dans un délai déterminé. Des accords-cadres ouverts pourraient être établis pour les articles normalisés simples et des accords-cadres fermés pour des articles plus complexes, en prévision de besoins urgents ou de fournitures supplémentaires provenant de la même source pour des raisons de normalisation et de compatibilité. Les demandes de prix et les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées au lieu de la sollicitation d'une source unique lorsque le besoin d'articles disponibles dans le commerce survient dans des situations d'urgence et que des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant doivent être protégés. Si des négociations sont nécessaires mais qu'il est impossible d'utiliser d'autres méthodes de passation plus structurées et plus transparentes, il faut recourir aux négociations avec appel à la concurrence. En effet, celles-ci sont par nature plus concurrentielles que la sollicitation d'une source unique et les dispositions de la Loi type régissant cette procédure contiennent davantage de garanties, ce qui en fait une méthode plus structurée et plus transparente que la sollicitation d'une source unique.

6. La sollicitation directe est une caractéristique inhérente de cette méthode de passation de marchés puisque la sollicitation s'adresse ici à un seul fournisseur ou entrepreneur identifié par l'entité adjudicatrice. Cela soulève les mêmes questions que celles examinées plus haut à la section VI dans le contexte de l'appel d'offres restreint et de la demande de propositions, comme celle des conséquences de la publication d'un avis préalable de passation de marché, notamment l'apparition de fournisseurs ou entrepreneurs contestant le recours à la sollicitation d'une source unique, discutée aussi au paragraphe 3 ci-dessus. Les règlements en matière de passation des marchés doivent aussi traiter de ces questions dans le contexte de cette méthode de passation.

³¹ À ce propos, voir le paragraphe 8 du commentaire du Guide concernant les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique (art. 30-5).

7. Les règlements en matière de passation des marchés doivent en particulier examiner les exceptions à l'exigence de publication d'un avis préalable de passation de marché en cas de sollicitation directe puisqu'elles valent pour certaines conditions de la sollicitation d'une source unique. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier cet avis mais peut néanmoins décider de le faire si elle recourt à la sollicitation d'une source unique dans des situations d'extrême urgence. Lorsque la sollicitation d'une source unique est utilisée dans une passation de marché aux fins de la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, l'avis préalable de passation de marché doit être publié sous réserve de toute dérogation fondée sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la législation de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également faire intervenir des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché ou tenue de s'en abstenir (en vertu des règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant). Les règlements en matière de passation des marchés doivent mentionner ce pouvoir ou cette obligation ou renvoyer aux autres dispositions de la législation de l'État adoptant qui l'énoncent.

8. Les règlements en matière de passation des marchés pourraient utilement renvoyer à toutes les garanties prévues dans la Loi type pour assurer la transparence des passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode, telles que l'exigence d'un avis préalable de passation de marché, la publication de l'avis d'attribution du marché et l'établissement d'un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché, comprenant les justifications du recours à la sollicitation d'une source unique.

VIII. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des enchères électroniques inversées (article 31 et chapitre VI de la Loi type (Enchères électroniques inversées))

Remarques générales

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer les principales caractéristiques des enchères électroniques inversées et souligner en quoi elles diffèrent des enchères traditionnelles (notamment qu'elles se déroulent en ligne, avec une évaluation automatique permettant de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité de la procédure, et qu'elles doivent toujours intervenir en phase finale de la procédure de passation, avant l'attribution du marché). À cet égard, ils devraient se fonder sur la définition de l'enchère électronique inversée figurant à l'article 2 de la Loi type et sur le commentaire général du chapitre VI dans le Guide. Pour éviter toute confusion ou interprétation non souhaitée, ils devraient expliquer en particulier que l'expression "offres de plus en plus basses" utilisée dans la définition de l'enchère électronique inversée renvoie aux diminutions successives du prix ou aux améliorations des offres générales faites à l'entité adjudicatrice.

2. Les questions d'authenticité, d'intégrité des données, de sécurité et autres questions touchant la passation de marchés en ligne soulignées aux articles 7 et 40 du présent document et dans le Guide sont particulièrement pertinentes dans le contexte des enchères électroniques inversées, qui se déroulent par défaut en ligne en vertu de la Loi type. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc traiter de questions techniques telles que l'existence d'une infrastructure adéquate, l'accès aux sites Internet pertinents avec une bande passante suffisante, et les mesures de sécurité propres à éviter le risque accru d'accès non autorisé d'enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents.

3. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter des aspects techniques de l'enchère qui doivent être précisés dans le dossier de sollicitation compte tenu du fait qu'elle se déroule en ligne et de la nécessité d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus (spécifications de connexion, matériel utilisé, site Web, tout logiciel particulier, caractéristiques techniques et, le cas échéant, capacité). Les règlements en matière de passation des marchés doivent imposer à l'entité adjudicatrice de préparer des règles pour la tenue de chaque enchère électronique inversée. Ils peuvent prévoir ou demander de formuler des règles types pour la tenue d'enchères, pouvant être adaptées par les entités adjudicatrices aux conditions de toute passation de marché. Les règles pour la tenue de l'enchère doivent préciser au minimum:

a) Le type d'informations à communiquer aux enchérisseurs au cours de l'enchère et comment et quand elles seront mises à leur disposition (au minimum, aux fins d'un traitement juste, égal et équitable, la même information devrait être communiquée simultanément à l'ensemble des enchérisseurs);

b) Les critères et procédures de toute prorogation du délai de soumission des offres;

c) Les circonstances entraînant la suspension ou la fin de l'enchère;

d) Des garanties de procédure destinées à protéger les intérêts des enchérisseurs si l'enchère est suspendue ou s'il y est mis fin, telles qu'annoncer immédiatement et simultanément la suspension ou la fin de l'enchère à tous les enchérisseurs et, en cas de suspension, de la date de réouverture de l'enchère et de sa nouvelle date de clôture. S'il est mis fin à une enchère autonome, les règles devraient préciser si la fin de l'enchère entraîne nécessairement son annulation ou si le marché peut être attribué sur la base des résultats au moment où elle prend fin;

e) Les critères autorisés régissant la clôture de l'enchère, notamment: i) si la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) si durant une période déterminée, l'entité adjudicatrice ne reçoit plus de nouveaux prix ou valeurs valables constituant une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) si toutes les étapes de l'enchère annoncées dans l'avis d'enchère électronique inversée ont eu lieu. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations spécifiques complémentaires; les orientations devraient s'étendre sur les types d'informations concernées. Par exemple, le point ii) ci-dessus nécessiterait de préciser le temps qui pourra s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère. Le point iii) ci-dessus nécessiterait de préciser préalablement si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (dans le second cas, il faudra

indiquer le nombre de phases et la durée de chacune, et ce qu'entraîne la fin de chaque phase, par exemple s'il est envisagé d'exclure des enchérisseurs à la fin de chaque phase);

f) Les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système utilisé au cours de l'enchère;

g) Pour ce qui est des conditions auxquelles les participants pourront enchérir, les améliorations minimales en termes de prix ou d'autres valeurs de toute nouvelle offre faite au cours de l'enchère ou les limites à ces améliorations. Dans ce dernier cas, il convient d'y expliquer ces limites (qui peuvent être inhérentes aux caractéristiques techniques de l'objet à acquérir).

4. Les règlements en matière de passation des marchés doivent demander une planification plus détaillée que pour d'autres méthodes de passation de marchés, compte tenu de la nécessité d'établir une formule mathématique pour sélectionner l'adjudicataire et des règles détaillées pour la tenue de l'enchère.

5. Les règlements en matière de passation des marchés devraient prévoir la mise en place dans les entités adjudicatrices de mécanismes de contrôle de la concurrence dans les marchés où sont utilisées des techniques telles que les enchères électroniques inversées. Ils devraient exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci. Ils devraient demander que les procédures de passation des marchés soient modifiées en cas de marchés répétés si le même groupe restreint d'enchérisseurs participe aux enchères et s'il y a la moindre indication que les résultats sont manipulés.

Article 31. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à déterminer dans quelles circonstances il sera souhaitable et approprié de recourir à une enchère électronique inversée. Ils devraient fournir à l'entité adjudicatrice des orientations pour l'examen du marché considéré avant l'ouverture d'une procédure de passation de marché pour l'évaluation des risques et avantages relatifs d'une enchère électronique inversée, et encourager l'utilisation d'un vocabulaire commun pour les marchés publics pour identifier l'objet du marché par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché. Ils doivent souligner que les enquêtes électroniques inversées conviennent le mieux dans le cas de biens et services d'usage courant, supposant généralement un marché large et très concurrentiel, si l'entité adjudicatrice peut donner une description détaillée ou renvoyant à des normes sectorielles, et si les offres des enchérisseurs présentent les mêmes caractéristiques qualitatives et techniques. Il s'agit notamment de fournitures de bureaux, produits courants, matériel de communication standard, produits de construction de base et services simples. Un processus d'évaluation complexe n'est pas nécessaire; l'incidence prévue des coûts après acquisition est nulle (ou limitée); et aucun service ou avantage supplémentaire n'est attendu une fois rempli le contrat initial. Les types de passation de marchés où les facteurs non quantifiables l'emportent sur les considérations de prix et de quantité, notamment les marchés de travaux ou de services de consultant (par exemple des services consultatifs) et autres marchés fondés sur la qualité ne se prêtent pas aux enchères électroniques inversées.

2. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent limiter – peut-être à titre temporaire et dans la mesure permise par la législation – l'utilisation des enchères électroniques inversées aux marchés notoirement concurrentiels (par exemple ceux où les enchérisseurs sont suffisamment nombreux pour assurer la concurrence et préserver l'anonymat) ou au moyen de restrictions qualitatives, notamment en limitant leur utilisation à l'acquisition de biens, dont les structures de coûts peuvent être plus faciles à déterminer. Ils peuvent comporter des listes indicatives d'articles convenant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou énumérer des caractéristiques génériques faisant qu'un article particulier peut ou non convenir à une acquisition au moyen de cette technique.

3. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des conditions supplémentaires d'utilisation des enchères électroniques inversées autorisées par la législation, telles que le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système de tenue des enchères, notamment ceux des tiers fournisseurs de technologies de l'information et de services, et fournir des indications sur la notion de critères de "prix" en se fondant sur les dispositions de l'article 11 et le commentaire s'y rapportant. À cet égard, il sera expliqué que si des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer quelle est la soumission à retenir, ceux-ci doivent être quantifiables et pouvoir être exprimés en termes pécuniaires (par exemple, en chiffres ou en pourcentages): cette disposition l'emporte sur la réserve exprimée à l'article 11 selon laquelle l'expression en termes pécuniaires se fait "dans la mesure où cela est faisable". Bien que tous les critères puissent en théorie être exprimés en de tels termes, comme il est noté dans l'Introduction du chapitre I du Guide, on obtiendra un résultat optimal si les critères d'évaluation peuvent de manière objective et démontrable être exprimés en ces termes.

Article 53: Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marchés autonome

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à déterminer dans quelles circonstances il faut avant l'enchère vérifier les qualifications des enchérisseurs ou examiner et évaluer les offres initiales. Par exemple, dans la passation de marchés de produits disponibles dans le commerce, il n'y a guère de risques que les offres s'avèrent non conformes ou que les enchérisseurs ne soient pas qualifiés. Il n'est donc guère nécessaire de procéder à des vérifications avant l'enchère. Dans de tels cas, une simple déclaration des fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère peut suffire (par exemple, qu'ils possèdent les qualifications requises, comprennent la nature de l'objet du marché et peuvent le fournir). Dans d'autres cas, il peut falloir évaluer la conformité avant l'enchère (par exemple, si seuls les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant livrer des voitures avec un niveau d'émissions maximum préalablement fixé seront admis à l'enchère), et des offres initiales seront donc requises. Dans certains de ces cas, l'entité adjudicatrice voudra peut-être classer les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes avant l'enchère (dans l'exemple donné, les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales respectent le seuil fixé seront classés sur la base des niveaux d'émissions), de manière à indiquer leur position relative et l'ampleur de l'amélioration qu'ils peuvent devoir apporter à leurs offres pendant l'enchère pour augmenter leurs chances de l'emporter. Dans de tels cas, l'enchère doit être précédée d'une évaluation des offres initiales.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser quelles exigences doivent figurer dans le dossier de sollicitation en plus de celles énumérées dans l'article. Si ces exigences se trouvent dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, ils doivent y renvoyer.

3. Comme il est souligné plus haut à la section IV, les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser dans quels médias et par quels moyens sera publiée l'invitation à participer à l'enchère, notamment au niveau international, de manière à assurer l'accès effectif des fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

4. En référence à l'article 53-4, ils devraient énumérer par souci de commodité tous les motifs de rejet des offres initiales, tels que ceux visés à l'article 9 (motifs de disqualification), à l'article 10 (critères de conformité), à l'article 20 (rejet des soumissions anormalement basses) et à l'article 21 (exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts).

Article 54. Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché

Les règlements en matière de passation des marchés devraient énumérer tous les cas où il est possible d'abandonner l'enchère électronique inversée lorsqu'il est annoncé au début de la procédure de passation de marché qu'elle constitue la méthode de sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir, notamment si le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure est insuffisant pour assurer une concurrence effective (article 55-2) ou s'il existe un risque de collusion, par exemple si l'anonymat des enchérisseurs a été compromis au cours d'une phase antérieure de la procédure (l'article 19, permettant à l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure de passation de marché et le risque de collusion pouvant être invoqué comme motif d'abandon de l'enchère électronique inversée et de l'ensemble de la procédure de passation de marché).

Article 55. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir une liste exhaustive des situations qui justifieraient de poursuivre l'enchère électronique inversée même si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour assurer une concurrence effective. Les dispositions de cet article ne sont pas contraignantes à cet égard: elles laissent l'entité adjudicatrice libre de décider d'abandonner ou non l'enchère dans de telles circonstances. La décision de ne pas abandonner l'enchère pouvant être incompatible avec l'objectif général de favoriser la concurrence et d'éviter la collusion, elle ne devrait se justifier que dans des cas vraiment exceptionnels où la passation de marché doit se poursuivre en l'absence de concurrence effective.

2. Pour ce qui est des enchères électroniques inversées en tant qu'étape d'autres méthodes ou techniques de passation des marchés, les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir la possibilité pour l'entité adjudicatrice de préciser dans le dossier de sollicitation que l'attribution du marché peut se faire sur la base des offres initiales. Cette possibilité peut être considérée comme une autre issue que l'abandon de la passation de marché lorsqu'il n'y a plus suffisamment de

participants pour assurer une concurrence effective à l'enchère ou lorsqu'il y a risque de collusion.

Article 56. Exigences pendant l'enchère électronique inversée

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent interdire de révéler l'identité des enchérisseurs pendant et après l'enchère, même lorsque celle-ci prend fin ou est suspendue. La divulgation devrait être interdite qu'elle soit expresse ou indirecte, sous quelque forme que ce soit, et les règlements en matière de passation des marchés doivent donner des exemples de divulgation indirecte tombant sous le coup de cette interdiction.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que les personnes exploitant le système d'enchère au nom de l'entité adjudicatrice soient liées par les règles de tenue de l'enchère, en particulier pour ce qui est de l'interdiction de révéler l'identité des enchérisseurs de quelque manière que ce soit, avant, pendant et après l'enchère.

Article 57. Exigences après l'enchère électronique inversée

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent orienter l'entité adjudicatrice quant aux possibilités que laisse cet article si l'adjudicataire s'avère non qualifié ou si son offre est non conforme ou rejetée comme anormalement basse: abandonner la procédure de passation de marché ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre. L'entité adjudicatrice devrait être tenue d'évaluer les conséquences d'un abandon de l'enchère électronique inversée, et en particulier de déterminer s'il serait possible de tenir une deuxième enchère dans la même procédure de passation de marché et ce que cela coûterait d'utiliser une autre méthode. En particulier, il se peut que l'anonymat des enchérisseurs ait été compromis et que tout nouvel appel à la concurrence soit également risqué. Ce risque ne doit toutefois pas inciter l'entité adjudicatrice à opter systématiquement pour la deuxième meilleure offre. L'enchère peut devoir être abandonnée, par exemple si on soupçonne une collusion entre l'adjudicataire et l'auteur de la deuxième meilleure offre, pouvant entraîner l'acceptation d'une offre au prix anormalement élevé.

2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que des mesures soient prises rapidement après l'enchère, en stricte conformité avec les dispositions applicables de la Loi type, afin que le résultat final soit déterminé dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Les mesures visées dans cet article ne devraient pas être traitées comme un moyen de faire obstacle à la sélection automatique de l'offre à retenir. Les règlements en matière de passation des marchés doivent donc imposer à l'entité adjudicatrice de consigner les informations concernant les procédures menées en vertu de cet article, les décisions prises et les raisons qui les ont motivées.

IX. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte des procédures d'accords-cadres (article 32 et chapitre VII de la Loi type (Procédures d'accords-cadres))

Remarques générales

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser la nature de l'accord-cadre dans l'État adoptant. L'accord-cadre n'est pas un marché au sens de la Loi type mais il peut être un contrat ayant force obligatoire dans l'État adoptant. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation des États adoptants devront donc traiter de questions telles que la force obligatoire de l'accord au regard du droit des contrats. Ils doivent en particulier préciser si le Gouvernement doit être tenu de recourir à l'accord-cadre et dans quelle mesure les soumissions faites par les fournisseurs ou entrepreneurs lors de la première étape peuvent les lier en vertu de la législation de l'État adoptant. S'il s'agit d'un accord-cadre ouvert, les règlements en matière de passation des marchés doivent indiquer clairement que les fournisseurs ou entrepreneurs qui s'y joignent après qu'il a été initialement conclu devront être liés par ses conditions.
2. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer le lien entre les circonstances de la passation de marché et diverses décisions à prendre concernant le recours à des procédures d'accord-cadre, notamment s'il convient d'y recourir, le type d'accord-cadre à conclure, l'ampleur de l'accord-cadre, le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord, et le rôle d'une éventuelle centrale d'achats.
3. Pour ce qui est du type d'accord-cadre à conclure, les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer comment choisir entre les trois types d'accords-cadres décrits plus haut, compte tenu des différentes manières dont la concurrence fonctionne dans chaque cas. La précision avec laquelle l'objet du marché peut et doit être défini lors de la première étape déterminera la mesure de la concurrence possible et appropriée pendant la deuxième étape. Si l'objet du marché peut être défini avec précision et n'est pas censé varier pendant la durée de l'accord-cadre, un accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont sélectionnés lors de la première étape pour l'ensemble des articles ou certains d'entre eux, assurera une concurrence maximale lors de cette étape et devrait aboutir aux meilleures offres. Cependant, cette approche n'est pas souple et nécessite une planification précise: une normalisation stricte peut s'avérer difficile ou inadéquate, surtout dans le contexte d'achats centralisés où les besoins de chaque entité adjudicatrice peuvent varier et où il peut être utile de clarifier les exigences, de sorte que les besoins sont exprimés avec moins de précision lors de la première étape et dans le contexte de marchés incertains (tels que des passations de marchés futures en situation d'urgence). Si les besoins de l'entité adjudicatrice ne peuvent varier mais que le marché est dynamique ou volatile, la mise en concurrence lors de la deuxième étape conviendra à moins qu'il ne soit tenu compte de cette volatilité dans l'accord-cadre (par exemple, au moyen d'un mécanisme d'ajustement des prix). Plus importante est

la mise en concurrence lors de la deuxième étape, plus cette étape sera administrativement longue et complexe, et moins les offres formulées lors de la première étape seront indicatives du résultat final, ce qui peut rendre plus difficile l'établissement d'un budget précis. Si la mise en concurrence lors de la deuxième étape est longue, il peut être peu avantageux d'avoir une concurrence rigoureuse lors de la première étape; une évaluation des qualifications et de la conformité peut suffire.

4. Les règlements en matière de passation des marchés doivent également traiter du choix entre un accord-cadre à un seul fournisseur ou un accord-cadre à plusieurs fournisseurs. L'efficacité administrative des accords-cadres tend à montrer que ce sont les accords conclus avec plusieurs fournisseurs qui conviennent le plus souvent mais la nature du marché peut rendre avantageux un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur (par exemple, si la confidentialité ou la sécurité d'approvisionnement sont des considérations importantes, ou s'il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur sur le marché). Un accord-cadre fermé à un seul fournisseur permet en outre d'obtenir de meilleures remises sur achats groupés, étant donné l'ampleur probable du volume d'affaires potentiel pour un fournisseur ou un entrepreneur, surtout si les besoins de l'entité adjudicatrice représentent une part importante de l'ensemble du marché, pour autant qu'il y ait suffisamment de certitude quant aux quantités des achats futurs (sous la forme d'engagements contraignants de l'entité adjudicatrice, par exemple). Ce type d'accord peut aussi améliorer la sécurité d'approvisionnement dans la mesure où le fournisseur ou entrepreneur concerné est probablement à même de répondre à la totalité des besoins. Les accords-cadres à fournisseurs multiples, plus courants, conviennent lorsqu'on ignore au départ qui sera le meilleur fournisseur ou entrepreneur lors de la deuxième étape, surtout lorsqu'on s'attend à ce que les besoins changent ou soient précisés lors de la deuxième étape pendant la durée de vie de l'accord-cadre. Ils conviennent également aux marchés dynamiques et volatiles. En outre, ils permettent la centralisation des achats et peuvent améliorer la sécurité d'approvisionnement lorsqu'il existe des doutes quant à la capacité d'un seul fournisseur à répondre à tous les besoins.

5. Les règlements en matière de passation des marchés devraient souligner qu'une bonne planification des marchés est primordiale pour mettre en place un accord-cadre efficace: les accords-cadres ne sont pas censés remplacer la planification des marchés. Une planification efficace est nécessaire aux deux étapes d'une procédure d'accord-cadre, faute de quoi on ne peut sélectionner le bon type d'accord-cadre, conclure un accord-cadre efficace ni assurer son bon fonctionnement. Les règlements en matière de passation des marchés devraient souligner que l'accord lui-même devrait consigner exhaustivement toutes les conditions, la description de l'objet du marché (y compris les spécifications) et les critères d'évaluation, pour favoriser la participation et la transparence et en raison des restrictions à la modification des conditions pendant la durée d'application de l'accord-cadre.

6. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent demander de faire en sorte que soient en place des capacités permettant une prise de décision optimale, étant donné que le bon fonctionnement des accords-cadres peut nécessiter une capacité plus importante que d'autres méthodes et techniques de passation des

marchés envisagées dans la Loi type, et des formations et autres mesures de renforcement des capacités seront cruciales pour une bonne utilisation.

7. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi traiter de questions telles que le suivi de l'application des accords-cadres aux fins d'évaluer leur efficacité dans le contexte de chaque passation de marché et des marchés publics dans leur ensemble (si les avantages escomptés en termes d'efficacité administrative et de rapport qualité-prix se réalisent effectivement), l'effet de l'accord-cadre sur la concurrence du marché en question, en particulier si celui-ci risque de devenir monopolistique ou oligopolistique, et le respect des garanties incluses dans la Loi type pour assurer la transparence, la concurrence et l'objectivité dans leur application. Il convient également de contrôler la manière dont chaque entité adjudicatrice utilise l'accord-cadre et les prix qu'il permet d'obtenir par rapport aux prix du marché sur des passations de marchés isolées. Une augmentation des prix ou une diminution de la qualité des offres peut découler d'une mauvaise utilisation de l'accord-cadre par une ou deux entités adjudicatrices.

8. Si l'État adoptant exige que tous les accords-cadres fonctionnent par voie électronique ou encourage cette pratique (ou a l'intention de le faire), les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger qu'ils soient centralisés, ce qui renforcera encore la transparence et l'efficacité de leur fonctionnement et facilitera leur suivi.

Article 32. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

1. Les règlements en matière de passation des marchés devraient aider l'entité adjudicatrice à déterminer dans quelles circonstances il serait souhaitable et approprié de recourir à une procédure d'accord-cadre. Ils devraient énoncer des mesures qui renforceront l'objectivité des décisions de recourir à une procédure d'accord-cadre et du choix du type d'accord, et permettront ainsi de vérifier plus facilement si ces décisions sont raisonnables dans les circonstances d'un accord-cadre donné.

2. La première circonstance où il serait approprié de recourir à une procédure d'accord-cadre est celle où l'entité adjudicatrice "devrait" avoir besoin de l'objet du marché "de manière indéterminée ou répétée". Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer que ces conditions ne doivent pas être cumulatives, même si dans la pratique elles se superposent souvent. La deuxième circonstance est celle où l'objet du marché "peut être nécessaire de façon urgente". En raison d'un besoin indéterminé, au sens où on ne peut dire avec certitude quand, en quelle quantité ni même si l'objet du marché sera nécessaire, l'accord-cadre peut devoir être utilisé pour assurer la sécurité d'approvisionnement et en prévision d'achats récurrents. Les règlements en matière de passation des marchés devraient également traiter de l'expression "devrait être nécessaire" et expliquer comment évaluer objectivement la probabilité d'un besoin répété. Les coûts administratifs de la procédure en deux étapes seront amortis par un plus grand volume d'achats, à mesure que l'accord-cadre sera utilisé pour des procédures répétées. Pour les achats dont le besoin est indéterminé, ces coûts doivent être mis en balance avec la probabilité de la survenance du besoin et la sécurité qu'offre l'accord-cadre (par exemple, en fixant à l'avance les prix et d'autres conditions).

3. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent donner des exemples de produits pour lesquels il peut être envisagé de recourir à des procédures d'accords-cadres: produits de base, tels que fournitures de bureau, pièces détachées, fournitures informatiques et services de maintenance informatique, pour lesquels le marché peut être très concurrentiel et les achats normalement réguliers ou récurrents, en quantités variables. Les procédures d'accords-cadres peuvent également convenir pour des achats auprès de plusieurs sources, tels que des achats d'électricité, et pour l'achat d'articles dont le besoin peut survenir de manière urgente, tels que des médicaments (un objectif majeur étant alors d'éviter les prix excessifs et la piètre qualité pouvant résulter de la sollicitation d'une source unique en cas d'urgence). Ces types de marchés peuvent nécessiter une sécurité d'approvisionnement, tout comme les articles spécialisés exigeant une ligne de production spéciale, pour lesquels les accords-cadres sont aussi indiqués.

4. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent donner des exemples de passations de marchés dans lesquelles une procédure d'accord-cadre ne devrait pas être envisagée: les passations de marchés complexes dont les conditions (notamment les spécifications) varient d'un achat à l'autre ou sont susceptibles d'être modifiées avant l'attribution du marché, telles que les grands contrats d'investissement ou les passations de marchés portant sur des articles très techniques ou très spécialisés ou des services plus complexes, ne se prêteront généralement pas à une procédure d'accord-cadre.

Attribution d'un accord-cadre fermé et prescriptions concernant les accords-cadres fermés (articles 58 et 59)

Attribution de l'accord-cadre fermé

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir à l'entité adjudicatrice des orientations lui permettant de choisir une méthode de passation de marché pour l'attribution d'un accord-cadre fermé compte tenu des dispositions de l'article 28 de la Loi type. Puisqu'il importe d'assurer une concurrence rigoureuse lors de la première étape des accords-cadres fermés, les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser que l'appel d'offres ouvert est la méthode par défaut pour leur attribution. Ils doivent donner des indications claires sur les exceptions à l'appel d'offres ouvert et prévoir un mécanisme permettant de suivre de très près l'application de ces exceptions, compte tenu en particulier des risques auxquels est exposée la concurrence dans les procédures d'accord-cadre et dans les types d'achats pour lesquels ces accords sont appropriés. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donner des exemples de cas où des méthodes de passation autres que l'appel d'offres ouvert peuvent convenir, tels que le recours à des accords-cadres pour procéder rapidement et aux meilleures conditions de coût à des achats récurrents et urgents d'articles à bas prix, tels que des services de maintenance ou de nettoyage (pour lesquels l'appel d'offres ouvert peut ne pas être financièrement intéressant), et d'articles spécialisés tels que des médicaments, des fournitures énergétiques et des manuels scolaires, pour lesquels un accord-cadre peut protéger des sources d'approvisionnement sur des marchés limités. Les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d'une source unique peuvent convenir pour l'attribution d'un accord-cadre fermé dans des situations d'urgence. On a relevé dans la pratique des exemples de marchés portant sur des objets complexes, où des accords-cadres étaient combinés avec des demandes de

propositions avec dialogue, tels que l'acquisition de matériel satellitaire et de dispositifs de communication spécialisés destinés aux services de détection et de répression.

2. Les règlements en matière de passation des marchés devront peut-être expliquer quelles dérogations peuvent être appliquées aux procédures de la méthode de passation choisie pour l'attribution d'un accord-cadre compte tenu des particularités d'une procédure d'accord-cadre. L'ampleur des dérogations variera d'un cas à l'autre en fonction du type d'accord-cadre fermé à conclure (par exemple, accord-cadre fermé avec ou sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs parties). Les règlements en matière de passation des marchés peuvent donc fournir une liste indicative et non exhaustive des dérogations prévues.

3. Dans le cas d'un accord-cadre fermé à plusieurs fournisseurs, les règlements en matière de passation des marchés doivent indiquer à l'entité adjudicatrice s'il conviendrait de fixer un nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant être parties à l'accord-cadre et, dans l'affirmative, ce dont il faut tenir compte à cette fin. Par exemple, un minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs peut être nécessaire pour assurer la sécurité d'approvisionnement; si une mise en concurrence lors de la deuxième étape est envisagée, il faut qu'il y ait suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, et les conditions de la sollicitation peuvent exiger un nombre minimum ou suffisant pour assurer cette concurrence. Un maximum peut également être indiqué par exemple si l'entité adjudicatrice prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés présentant des soumissions conformes seront plus nombreux que ce qu'il est possible d'accepter. Cette situation peut refléter la capacité administrative de l'entité adjudicatrice, notamment en ce qu'un plus grand nombre de participants peut nuire à l'efficacité administrative de la procédure. On peut également limiter le nombre de participants pour assurer à chacun une chance réelle de se voir attribuer un marché en vertu de l'accord-cadre et encourager chacun à fixer le prix de son offre et offrir la meilleure qualité possible en conséquence. Les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter des situations où le minimum annoncé ne peut être atteint en exigeant que l'entité adjudicatrice précise dans le dossier de sollicitation les mesures qu'elle prendra alors, pouvant être l'abandon du marché ou la conclusion de l'accord-cadre avec un plus petit nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. L'attribution de l'accord-cadre fermé peut également être soumise à une approbation extérieure; si les accords-cadres sont utilisés par plusieurs ministères et organismes publics, des mécanismes d'approbation *ex ante* de ce type peuvent être considérés comme appropriés. Si tel est le cas, les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger une telle approbation et prévoir un mécanisme à cet effet. L'État adoptant peut aussi inclure l'exigence d'une approbation *ex ante* dans la législation sur la passation des marchés et laisser les règlements en la matière le soin de développer ce mécanisme.

5. Les règlements en matière de passation des marchés doivent indiquer à l'entité adjudicatrice qu'il faut dans certains cas conclure un accord distinct avec l'un ou l'autre fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Ils doivent énoncer comme règle par défaut que chaque fournisseur ou entrepreneur devrait être soumis aux mêmes conditions de l'accord-cadre. Les exceptions à cette règle se limiteront à

des variations mineures portant uniquement sur les dispositions qui justifient de conclure des accords distincts. Les règlements en matière de passation des marchés doivent donner des exemples de situations où il se justifie de conclure des accords distincts, par exemple pour protéger des droits de propriété incorporelle ou intellectuelle, pour tenir compte d'une différence de conditions d'octroi de licences, ou lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs n'ont présenté des soumissions que pour une partie du marché. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger que soient versées au procès-verbal de la passation de marché les raisons de conclure des accords distincts et les variations apparaissant dans chacun de ces accords.

Durée de l'accord

6. Les règlements en matière de passation des marchés doivent fixer la durée maximale d'un accord-cadre fermé. L'expérience pratique des pays utilisant des accords-cadres fermés montre que les avantages potentiels de cette technique sont généralement susceptibles de se concrétiser lorsque ces accords durent suffisamment longtemps pour conclure une série de marchés, par exemple trois à cinq ans. Au-delà, le risque d'effet anticoncurrentiel peut s'accroître, et les conditions de l'accord-cadre fermé peuvent ne plus refléter la situation du marché.

7. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer qu'il faudra peut-être fixer pour l'accord-cadre, dans les limites du maximum établi, une durée différente adaptée aux circonstances de la passation de marché, en particulier aux articles visés, au marché concerné et aux besoins de l'entité adjudicatrice. Étant donné que certains marchés peuvent changer plus rapidement, surtout si des évolutions techniques sont probables, par exemple dans le cas des technologies de l'information et des télécommunications, et que les besoins de l'entité adjudicatrice peuvent évoluer sur une longue période, la durée convenant à chaque passation de marché peut être sensiblement plus courte que la durée maximum fixée dans les règlements en matière de passation des marchés. Pour certains articles susceptibles de modifications importantes, cette durée peut se mesurer en mois. Dans le cas d'articles, de marchés et de besoins plus stables, un accord-cadre peut durer plus longtemps afin de conclure une série de marchés et de profiter au mieux des avantages de cette technique.

8. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc donner à l'entité adjudicatrice des indications pour sélectionner la durée maximale d'un accord-cadre dans les limites qu'ils fixent, ou fixer eux-mêmes diverses durées maximales pour différents types de passations de marchés. Les orientations fournies dans les règlements en matière de passation des marchés devraient également traiter des limites extérieures à la durée des accords-cadres (telles que les exigences du budget de l'État).

9. Il convient aussi d'y expliquer que la durée maximale fixée par l'entité adjudicatrice pour un accord-cadre donné dans les limites établies par les règlements en matière de passation des marchés comprend toutes les prorogations possibles de la durée initiale ainsi fixée. Toute suspension d'un accord-cadre due à une procédure de contestation prolonge celui-ci d'une durée égale à celle de la suspension, sa durée totale restant inchangée.

10. Si les États adoptants souhaitent prévoir des prorogations de la durée de l'accord-cadre dans des circonstances exceptionnelles, les règlements en matière de passation des marchés doivent le permettre, préciser ces circonstances limitées et souligner que toute prorogation doit être brève et de portée limitée. Par exemple, de nouvelles passations peuvent ne pas se justifier en cas de catastrophe naturelle ou de sources d'approvisionnement restreintes, alors que le public pourrait bénéficier des conditions de l'accord-cadre existant.

11. Les règlements en matière de passation des marchés doivent établir des contrôles internes afin d'éviter tout abus dans les prorogations de la durée initiale et dérogations à celle-ci, en particulier s'il est question d'attribuer un marché long ou conséquent peu avant l'expiration de l'accord-cadre.

Estimations

12. Les règlements en matière de passation des marchés doivent indiquer à l'entité adjudicatrice quand le prix du marché doit ou ne doit pas être fixé lors de la première étape. Par exemple, si l'objet du marché est sujet à des fluctuations de prix ou à des fluctuations monétaires, ou si la combinaison de prestataires de services peut varier, il peut être contre-productif d'essayer de fixer d'emblée le prix du marché. Une critique courante à l'égard des accords-cadres fermés est qu'il existe une tendance à fixer les prix du marché en fonction de taux horaires généralement assez élevés. Les règlements en matière de passation des marchés devraient encourager à fixer le prix à la tâche ou au projet, selon le cas.

13. Les conditions de l'accord-cadre peuvent limiter la souplesse commerciale si l'une d'elles fixe des quantités minimales garanties ou si l'accord-cadre fonctionne comme un contrat exclusif d'achat, mais cette souplesse devrait toutefois être mise en balance avec l'offre de meilleurs prix par les fournisseurs ou entrepreneurs. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc demander a) de recourir dans le dossier de sollicitation à des quantités estimatives (non contraignantes) de sorte que l'accord-cadre puisse faciliter la présentation d'offres réalistes fondées sur une bonne compréhension de l'ampleur des besoins de l'entité adjudicatrice, et que l'entité adjudicatrice puisse acheter en dehors de l'accord-cadre si les conditions du marché évoluent et b) de recourir à des quantités contraignantes pouvant être exprimées sous la forme de minima ou de maxima. Il peut y avoir des marchés où une solution semble meilleure que l'autre; le mécanisme de contrôle peut inspirer des orientations appropriées ou se servir d'exemples issus de la pratique dans lesquels le choix doit être fait par l'entité adjudicatrice.

14. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer que les valeurs maximale ou minimale de l'accord-cadre peuvent être connues; si tel est le cas, elles devraient être indiquées dans l'accord lui-même ou, à défaut, une estimation devrait être fournie. Une autre possibilité, lorsque l'accord-cadre est utilisé par plusieurs entités adjudicatrices, est de permettre à chacune de fixer des valeurs maximales distinctes en fonction de la nature et de l'obsolescence éventuelle des articles à acquérir; dans ce cas, les valeurs pertinentes doivent être indiquées pour chaque entité. Les valeurs maximales ou les valeurs annuelles peuvent être limitées par les procédures budgétaires de chaque État; si tel est le cas, les règlements en matière de passation des marchés devraient préciser quelle est la réglementation pertinente.

15. Les règlements en matière de passation des marchés doivent exiger de mentionner dans l'accord-cadre toutes les estimations, dans la mesure où elles sont connues, de préciser toutes les limites concernant ces estimations, ou d'indiquer qu'il n'est pas possible de fournir des estimations précises (par exemple dans le cas de passations de marché en situation d'urgence): s'il n'est pas possible de prendre des engagements fermes, fournir les meilleures estimations disponibles encouragera la participation.

Variations autorisées durant le fonctionnement d'un accord-cadre

16. Dans le contexte des articles 59-1 d) iii) et 63, les règlements en matière de passation des marchés doivent interdire de fixer dans l'accord-cadre une fourchette de variation des critères d'évaluation et de leur coefficient de pondération tellement large qu'elle rend inopérantes en pratique les garanties visées à l'article 63 de la Loi type. Ces garanties limitent l'ampleur des modifications des conditions de la passation des marchés durant la durée d'application d'un accord-cadre afin que la description de l'objet du marché ne puisse être modifiée et que toute autre modification se fasse de manière transparente et prévisible.

17. Les règlements en matière de passation des marchés devraient établir des mécanismes de contrôle de l'application de ces garanties. La souplesse de variation des critères d'évaluation et de leur coefficient de pondération dans les limites fixées dans l'accord-cadre ne peut remplacer une bonne planification des marchés, influencer sur des décisions d'achat en favorisant la facilité administrative, encourager l'utilisation de cahiers de charges généraux non fondés sur une définition précise des besoins ni faciliter l'attribution abusive de marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés. Ces derniers points peuvent s'avérer encore plus importants si la passation des marchés est sous-traitée à une centrale d'achat rémunérée, qui peut utiliser les accords-cadres pour générer des revenus. Des processus de contrôle peuvent contribuer à éviter que des critères d'évaluation relativement souples soient appliqués dans des accords-cadres pour masquer des critères inappropriés fondés sur des arrangements entre entités adjudicatrices et fournisseurs ou entrepreneurs, et à détecter des abus consistant à prédéfinir les résultats de la deuxième étape, réduisant à néant la concurrence de la première étape. Ces risques sont élevés en cas d'achats récurrents. Une utilisation transparente de la souplesse et le recours à une fourchette prédéterminée et préalablement annoncée facilitent un tel contrôle.

Fonctionnement et suivi de l'accord-cadre fermé

18. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer que l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre se fera normalement sur la même base que pour la première étape (soumission au prix le plus bas ou la plus avantageuse) mais que ce ne doit pas nécessairement être le cas; l'entité adjudicatrice peut par exemple décider de choisir parmi les fournisseurs ou entrepreneurs les mieux classés à l'issue de la première étape (sélectionnés selon la soumission la plus avantageuse) la soumission la plus basse répondant aux conditions précises de l'invitation à participer à la deuxième étape. Si des variations et diverses options sont envisagées, les règlements en matière de passation des marchés doivent demander qu'elles soient toutes précisées dans l'accord-cadre.

19. Dans les cas où l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de faire fonctionner un accord-cadre fermé en ligne, les règlements en matière de passation des marchés

devraient souligner les avantages d'une procédure en ligne en termes d'efficacité et de transparence (par exemple, les conditions peuvent être mises à la disposition du public au moyen d'un hyperlien; une invitation papier à la mise en concurrence de la deuxième étape peut être une solution peu commode et peu conviviale). Les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice donne dans l'accord-cadre toutes les informations concernant la manière dont il fonctionne en ligne, telles que les conditions de connexion à un site Web, le logiciel à utiliser, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité.

20. Les règlements en matière de passation des marchés devraient expliquer comment profiter au mieux des accords-cadres et en éviter les pièges. Ils devraient traiter en particulier des réalités pratiques signalées dans de nombreux pays en ce qui concerne leur utilisation: les prix tendent à rester fixes et non à suivre l'évolution du marché, et les entités adjudicatrices tendent à recourir à un accord-cadre existant même si ses conditions ne correspondent pas vraiment à leurs besoins ou ne reflètent pas les conditions du marché, pour éviter de devoir ouvrir une nouvelle procédure de passation de marché. Elles peuvent alors ne pas évaluer suffisamment le prix ni la qualité lorsqu'elles passent commande, et accorder trop d'importance aux spécifications par rapport au prix.

21. Pour éviter ces écueils, les règlements en matière de passation des marchés devraient imposer aux entités adjudicatrice d'évaluer périodiquement pendant la durée d'un accord-cadre fermé dans quelle mesure celui-ci continue d'offrir un bon rapport qualité-prix et de donner l'accès à ce que le marché peut proposer de mieux à ce moment (par exemple si ses prix et conditions restent actuels et compétitifs). Elles devraient également examiner l'ensemble des achats effectués au titre de l'accord-cadre et évaluer si les avantages dépassent les coûts. On peut déterminer si la solution technique ou le produit proposés restent les meilleurs du marché notamment en procédant à des études de marché ou en publiant des informations sur la portée de l'accord-cadre. Si l'accord-cadre n'offre plus à l'entité adjudicatrice de bonnes conditions commerciales, les règlements en matière de passation des marchés devraient imposer une nouvelle procédure de passation de marché (classique ou sous la forme d'un nouvel accord-cadre). Les règlements en matière de passation des marchés devraient décourager expressément l'attribution d'un marché long ou conséquent peu avant l'expiration de l'accord-cadre, qui accroît le risque d'acheter des articles obsolètes ou trop chers.

22. Dans les accords-cadres à plusieurs fournisseurs, chaque fournisseur ou entrepreneur partie voudra connaître l'étendue de son engagement au début de l'accord-cadre puis régulièrement durant sa durée d'application (par exemple après qu'un achat a été fait au titre de l'accord). Les règlements en matière de passation des marchés doivent donc imposer aux entités adjudicatrices d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs de l'étendue de leurs engagements, périodiquement ou sur demande.

Établissement d'un accord-cadre ouvert et prescriptions concernant les accords-cadres ouverts (articles 60 et 61)

1. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent recommander que l'invitation à devenir partie à un accord-cadre ouvert soit disponible en permanence sur le site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre. Ils peuvent aussi exiger que toutes

les informations concernant le fonctionnement de l'accord-cadre ouvert soient disponibles en permanence sur ce site Web. Ils peuvent donner la liste des informations qui devraient y figurer au minimum, telles que:

a) Les noms et adresses de toutes les entités adjudicatrices pouvant utiliser l'accord-cadre (si ce dernier prévoit qu'il peut y avoir plusieurs acheteurs lors de la deuxième étape);

b) L'organisme chargé d'établir et de gérer l'accord-cadre si plusieurs acheteurs sont concernés;

c) Les prérogatives de la centrale d'achat, le cas échéant (par exemple si elle est autorisée à passer les marchés concernés en son nom propre (à titre principal), donc sans devoir publier d'informations sur ses entités clientes; toutefois, si elle agit en tant qu'agent, ces informations doivent être publiées);

d) Un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre, le cas échéant, et la procédure et les critères régissant le choix de ce maximum. Les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner qu'un tel maximum peut se justifier par des limites de capacité du système de communications mais pour aucune autre raison. Ils doivent préciser quelles méthodes l'entité adjudicatrice peut utiliser pour sélectionner ce maximum de manière non discriminatoire – "premier arrivé, premier servi", tirage au sort, roulement ou autre méthode de sélection aléatoire dans un marché de type produits de base, et faire savoir aux fournisseurs et entrepreneurs qu'ils peuvent contester la sélection;

e) La durée de l'accord-cadre. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer dans ce contexte que la durée de l'accord-cadre ouvert ne soit pas excessive et soit évaluée en fonction du type d'objet du marché, afin de tenir compte de nouvelles technologies et solutions, et d'éviter toute obsolescence. En outre, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent hésiter à participer à un accord de durée illimitée;

f) Les conditions que doivent remplir les fournisseurs ou entrepreneurs pour participer à l'accord-cadre;

g) Toutes les autres conditions principales de l'accord-cadre;

h) La liste des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre (les règlements en matière de passation des marchés peuvent expliquer que la mise en ligne de cette liste pourrait être une manière efficace de s'acquitter de l'obligation de publier l'avis d'attribution de l'accord-cadre visée à l'article 23-1 de la Loi type);

i) Les noms des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels des marchés sont attribués au titre de l'accord-cadre et les prix de ces marchés (les règlements en matière de passation des marchés peuvent expliquer que la mise en ligne de cette liste pourrait être une manière efficace de s'acquitter de l'obligation de publier les avis d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre, visée à l'article 23 de la Loi type);

j) Les annonces et toutes les conditions des mises en concurrence de la deuxième étape;

k) Une copie d'une invitation à la mise en concurrence de la deuxième étape.

2. Dans le contexte du paragraphe 5 de l'article 60, les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner qu'il importe d'examiner rapidement les demandes de participation à l'accord-cadre ouvert. L'interaction entre les délais de présentation des soumissions finales, le temps nécessaire pour évaluer les soumissions indicatives et la fréquence et l'ampleur des mises en concurrence de la deuxième étape devrait être soigneusement étudiée durant l'application de l'accord-cadre ouvert. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent souligner que pour profiter d'un marché concurrentiel et dynamique, il est utile de procéder à des mises en concurrence relativement fréquentes portant sur des volumes raisonnables.

Article 62. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer comment l'option de ne délivrer d'invitation à la mise en concurrence de la deuxième étape qu'aux parties à l'accord-cadre alors capables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice fonctionnera en pratique sans compromettre les principes de transparence et de traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs. Ils doivent souligner que cette disposition vise à améliorer l'efficacité et non à restreindre la concurrence. Les règlements en matière de passation des marchés doivent énoncer comme règle par défaut que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord doivent être présumés capables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'objet du marché sauf si l'accord-cadre ou les soumissions indicatives de certains d'entre eux indiquent que ce n'est pas le cas. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc imposer à l'entité adjudicatrice d'interpréter de manière très stricte l'expression "alors capables de répondre aux besoins", à la lumière des conditions de l'accord-cadre et des soumissions initiales ou indicatives. Ils peuvent fournir des exemples de cas où il se justifie d'adresser une invitation à un groupe restreint de fournisseurs ou entrepreneurs alors capables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Par exemple, l'accord-cadre peut permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de fournir jusqu'à certaines quantités (à chaque mise en concurrence ou en général) ou les soumissions initiales ou indicatives peuvent indiquer que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent fournir certaines combinaisons ou répondre à certaines exigences qualitatives.

2. Une garantie importante contre l'utilisation abusive de cette option, par exemple, pour attribuer des marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés, est d'imposer à l'entité adjudicatrice d'informer simultanément l'ensemble des parties à l'accord-cadre lorsque l'invitation à la mise en concurrence de la deuxième étape est émise. Tout fournisseur ou entrepreneur exclu pourra ainsi contester la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'inviter à la mise en concurrence de la deuxième étape. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir un délai minimum entre cette notification et le début de la mise en concurrence de la deuxième étape.

3. Les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner l'incidence négative que des contestations peuvent avoir sur l'efficacité que les procédures d'accord-cadre tendent à obtenir: il convient d'examiner avec prudence

et de n'appliquer qu'à bon escient toute dérogation à la règle par défaut selon laquelle tous les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités à la mise en concurrence de la deuxième étape, pour ne pas devoir faire face à de nombreux fournisseurs ou entrepreneurs lésés contestant l'évaluation que fait l'entité adjudicatrice de leur capacité de répondre à ses besoins à un moment donné. Les règlements en matière de passation des marchés doivent imposer à l'entité adjudicatrice d'expliquer dans le procès-verbal de la passation de marché toute exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre lors de la mise en concurrence de la deuxième étape.

4. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser comment adresser une invitation à participer à la mise en concurrence de la deuxième étape et un avis en ce sens, par exemple par écrit, simultanément et automatiquement à tout fournisseur ou entrepreneur concerné. Même s'il n'est pas exigé de publier un avis général de mise en concurrence, mettre un avis en ligne sur la page accessible au public du site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre aura ce résultat et les règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer aux entités adjudicatrices de le faire.

5. L'alinéa b) du paragraphe 4 régit le contenu de l'invitation à participer à la mise en concurrence de la deuxième étape. Les règlements en matière de passation des marchés doivent préciser toutes les autres exigences concernant la préparation et la présentation des soumissions et les autres aspects de la mise en concurrence de la deuxième étape non visés au paragraphe 4 b) de l'article, que l'entité adjudicatrice doit spécifier dans l'invitation à présenter des soumissions à ce stade. Si ces exigences se trouvent dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, ils doivent y renvoyer. Ils doivent aussi préciser si les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent modifier lors de la deuxième étape leurs soumissions (initiales) de la première étape lorsque le résultat est moins favorable pour l'entité adjudicatrice (par exemple en augmentant les prix si les conditions du marché évoluent).

6. Comme il a été noté plus haut dans le contexte des accords-cadres fermés, les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer comment fonctionne la fourchette des ajustements pouvant être apportés, au cours de la mise en concurrence de la deuxième étape, aux conditions de la passation de marché, notamment aux coefficients de pondération des critères et sous-critères d'évaluation. La latitude de procéder à de tels ajustements est limitée par l'application de l'article 63, qui dispose qu'aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise et que d'autres modifications ne peuvent se faire que dans la mesure autorisée par l'accord-cadre. Si les produits peuvent devoir faire l'objet de modifications ou de substitutions techniques, celles-ci devraient être prévues dans l'accord-cadre lui-même, qui devrait également exprimer les besoins de manière suffisamment souple et fonctionnelle (dans les limites de l'article 10) pour permettre ces modifications. Les autres conditions pouvant être précisées sont notamment les combinaisons de composants (dans le cadre de la description générale), les garanties et les délais de livraison. Le souci de trouver un équilibre entre la nécessité de laisser une souplesse suffisante pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et celle d'assurer une transparence et des limites suffisantes pour empêcher les abus devrait guider les entités adjudicatrices dans cet aspect de l'utilisation des accords-cadres.

7. En ce qui concerne le paragraphe 4 b) iv), les règlements en matière de passation des marchés doivent souligner qu'il importe de fixer un délai approprié pour la présentation des soumissions afin de préserver l'efficacité sans compromettre les intérêts légitimes des fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre: dans le cas d'accords-cadres ouverts, par exemple, ce délai peut être un nombre d'heures ou un jour. Autrement, l'efficacité administrative de la procédure sera compromise et les entités adjudicatrices ne recourront pas à cette technique. Le délai de présentation des soumissions de la deuxième étape à compter de l'invitation devrait être fixé en fonction du temps nécessaire pour préparer les soumissions (plus l'objet du marché est simple, plus le délai peut être court). Une autre considération est de savoir comment fixer un délai minimum qui permette de contester les conditions de la sollicitation. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent expliquer qu'en tout état de cause le délai tiendra compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, comme le prévoit expressément l'article 14-2 de la Loi type, ces besoins pouvant dans certaines circonstances l'emporter sur les autres considérations, par exemple en cas d'urgence extrême due à une catastrophe.

8. Les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer comment fonctionne un délai d'attente dans le contexte des divers types d'accords-cadres, notant qu'un délai plus bref se justifiera dans le cas d'accords-cadres ouverts compte tenu du caractère simple et normalisé des articles achetés au moyen de ces accords. Ils devraient expliquer pourquoi un délai d'attente n'est pas exigé pour l'attribution d'un marché au titre d'un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape.

Article 63. Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre

Comme il est noté plus haut dans le contexte des accords-cadres fermés et de l'article 62, les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer les limites aux modifications des conditions de la passation de marché pendant la durée d'application d'un accord-cadre. Ils doivent aussi expliquer quand il y a lieu de formuler la description de l'objet du marché de manière fonctionnelle ou en termes de résultats, en y joignant le cas échéant des exigences techniques minimales, afin qu'il puisse faire l'objet de modifications ou de substitutions techniques. La question de savoir si cette approche convient dépendra de la nature de la passation de marché elle-même. Il y a un risque d'abus si on autorise des spécifications larges et génériques ou des modifications: l'accord-cadre peut alors être utilisé par commodité administrative en dehors de sa portée prévue, ce qui permet d'attribuer des marchés sans transparence et sans concurrence. En outre, ce manque de transparence et de concurrence risque de compromettre grandement le rapport qualité-prix de ces marchés. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc traiter de manière détaillée ces risques et les mesures à prendre pour les atténuer.

X. Sujets à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés dans le contexte du chapitre VIII de la Loi type (Procédures de contestation), dans l'ordre des articles

Remarques générales

1. Les dispositions du chapitre sont censées être complétées par des règlements et des règles procédurales détaillées de sorte que les mécanismes de contestation fonctionnent de manière efficace, rapide et économique. Selon les traditions juridiques de l'État adoptant, ces dispositions complémentaires seront intégrées aux règlements en matière de passation des marchés ou aux règlements d'autres branches du droit.

2. En outre, d'autres branches du droit et d'autres instances de l'État adoptant peuvent avoir une incidence sur le mécanisme de contestation envisagé au chapitre VIII si, par exemple, une contestation est déclenchée par des allégations de fraude ou de corruption ou des infractions au droit de la concurrence. Dans de tels cas, les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient exiger que les informations concernant de telles allégations soient mises à la disposition du public afin que les autorités concernées soient sensibilisées et que les mesures nécessaires soient prises.

3. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient s'étendre sur toutes les questions ayant des incidences sur le bon équilibre entre les intérêts des fournisseurs ou entrepreneurs et les besoins de l'entité adjudicatrice, telles que le groupe de personnes ayant le droit de contester les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice (point examiné ci-après dans le contexte de l'article 64) et sur des considérations concernant le moment où une suspension peut ou non être indiquée et celui où l'interdiction visée à l'article 65 devrait être levée, notamment en cas de catastrophes naturelles, urgences et situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées pourraient subir un préjudice disproportionné. Dans ce contexte, les règlements en matière de passation des marchés doivent expliquer en détail l'interaction de tous les délais ayant trait aux procédures de contestation (tels que le délai d'attente, les dates limites de présentation des soumissions, la période à la fin de laquelle prendrait fin l'interdiction visée à l'article 65, la durée de suspension et les délais de prise de décisions concernant les demandes et de notification d'avis).

4. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent décourager l'ouverture de procédures parallèles et préciser dans quel ordre saisir les organes de recours administratif et judiciaire de l'État adoptant. Ils peuvent si on le souhaite contenir des dispositions sur la succession des demandes, celle-ci pouvant varier selon les traditions juridiques des États adoptants. Certains États, plus souples, n'exigent pas que le fournisseur ou l'entrepreneur épuise le mécanisme de contestation devant l'entité adjudicatrice avant de saisir l'instance indépendante ou le tribunal. Ils peuvent également permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur lésé non satisfait de la décision rendue par l'entité adjudicatrice dans la procédure de contestation d'en faire appel devant l'instance indépendante ou le tribunal. Si l'instance indépendante avait été directement saisie, sa décision est susceptible d'appel devant toute autorité d'appel en son sein, si cette

possibilité existe, ou devant le tribunal. Certains États peuvent cependant exiger que toutes les voies de recours ou certaines d'entre elles soient épuisées avant de saisir le tribunal. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent exiger que le fournisseur ou entrepreneur lésé dépose d'abord une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice et fasse appel de toute décision issue de la procédure de contestation dont il souhaite faire appel au sein de l'instance indépendante avant de saisir le tribunal. Ils peuvent aussi permettre de sauter l'étape de l'entité adjudicatrice mais exiger d'épuiser tous les recours au sein de l'instance indépendante avant de saisir le tribunal. À cet égard, les règlements en matière de passation des marchés doivent se conformer aux obligations internationales de l'État adoptant, notamment celles qui découlent de la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)³² et de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce, qui peuvent leur imposer de garantir un recours efficace auprès d'une instance indépendante et la possibilité d'une révision judiciaire des décisions de tout organe de recours autre qu'un tribunal.

Article 64. Droit de contestation et d'appel

1. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent fournir des indications détaillées sur la manière dont les dispositions de l'article 64 fonctionnent conformément à la structure juridique et administrative de l'État adoptant. En particulier, ils doivent définir le groupe de personnes ayant le droit de contester les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice dans la procédure de contestation. Contrairement à d'autres systèmes, la Loi type ne reconnaît ce droit qu'aux fournisseurs et entrepreneurs (ce terme comprend les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels au sens de la définition à l'article 2, notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés ou présélectionnés) et non aux membres du public en général ni aux sous-traitants. La raison en est que ce droit se fonde sur une déclaration du fournisseur ou de l'entrepreneur selon laquelle il a subi une perte ou un dommage du fait du non-respect par l'entité adjudicatrice de la législation sur la passation des marchés. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou les actes de l'entité adjudicatrice dans une procédure de passation de marché précise et à éviter que le processus de passation ne soit perturbé à l'excès par des contestations fondées sur des questions de principe, des conjectures ou encore des violations mineures. Elles visent également à montrer que le mécanisme de contestation n'est pas le seul mécanisme de contrôle en place.

2. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent également traiter de la capacité d'un fournisseur ou entrepreneur et de divers organismes publics à former une contestation, en renvoyant à d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, notamment celles qui énoncent les conditions que le fournisseur ou entrepreneur doit satisfaire en vertu du droit interne pour pouvoir former une contestation ou obtenir réparation.

³² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4. Conformément à son article 68-1, elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Le texte de la Convention est également disponible à l'adresse www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf (page consultée en janvier 2011).

3. Une contestation devant le tribunal – souvent appelée recours judiciaire – ne relève pas de la réglementation issue du cadre juridique de la passation des marchés mais influe sur celle-ci. Il conviendrait donc que les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables renvoient aux autres dispositions de la législation de l'État adoptant énonçant les règles de compétence et procédures pertinentes, de sorte que les entités adjudicatrices et les fournisseurs et entrepreneurs aient une vue d'ensemble des recours disponibles. Ceci vaut en particulier pour le mécanisme d'appel qui, dans la Loi type, n'est envisagé que devant les tribunaux et suivant les procédures judiciaires concernées. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient indiquer aux utilisateurs du système de passation des marchés si l'appel peut être formé devant les tribunaux de l'État adoptant ou une autre instance et comment il se déroule.

Article 65. Effet d'une contestation

1. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient expliquer aux entités adjudicatrices comment fonctionne l'interdiction visée à l'article 65 et en particulier quelles différences il y a entre celle-ci et la suspension pouvant être décidée par l'entité adjudicatrice ou ordonnée par une instance indépendante, un tribunal ou une autre autorité compétente. Même si l'article 65 interdit l'entrée en vigueur du marché tant que la contestation ou l'appel sont en cours, une suspension de la procédure de passation de marché peut aussi s'avérer nécessaire. La suspension de la procédure de passation de marché est une notion plus large que l'interdiction visée à l'article 65: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure.

2. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient expliquer ce qu'est censé recouvrir l'expression "aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre" et préciser que l'interdiction n'est pas absolue (des considérations urgentes d'intérêt général peuvent être invoquées pour en justifier la levée). L'expression peut désigner par exemple l'envoi de l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu ou, le cas échéant, toutes mesures destinées à signer un contrat écrit ou à obtenir l'approbation d'une autre instance en vue de l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre).

3. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent expliquer l'expression "participants à la procédure de contestation" en la comparant à l'expression "participants à la procédure de passation de marché". La première désigne en premier lieu l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs formant la contestation (et, le cas échéant, toute autorité publique dont les intérêts sont touchés par la demande ou pourraient l'être, notamment toute autorité de tutelle). Il s'agit généralement d'un groupe plus restreint que celui des participants à la procédure de passation de marché mais l'article 68 donne à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs le droit de se joindre à la procédure de contestation ou d'ouvrir leur propre procédure s'ils affirment avoir subi une perte ou un dommage à raison des mêmes faits. Dans ce contexte, l'expression "participants à une procédure de contestation" peut désigner un groupe de personnes variable selon le moment de la procédure et l'objet de la contestation. Tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché

visée par la demande peut se joindre à la procédure de contestation. Les “participants à la procédure de contestation” peuvent inclure d’autres autorités publiques. À cet égard, le terme “autorité publique” désigne toute entité pouvant relever de la définition d’“entité adjudicatrice” à l’article 2, notamment les entités habilitées à appliquer ou à utiliser un accord-cadre, sous réserve de l’exigence visée à l’article 68-1 selon laquelle ces entités doivent avoir un intérêt dans la procédure de contestation à ce moment. À cet égard, il convient de noter que la partie à l’accord-cadre dont les intérêts seraient affectés par la procédure de contestation ou pourraient l’être sera plus probablement l’entité adjudicatrice principale plutôt que d’autres entités devenues parties à l’accord-cadre à l’ouverture de la procédure de passation de marché. Le terme “autorité publique” désignerait également toute autorité de tutelle dans le contexte de la procédure de passation concernée (voir par exemple les articles 22-7, 30-2 et 30-5 e), où est envisagé le rôle de l’autorité de tutelle).

4. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent préciser si une instance indépendante peut décider de lever l’interdiction sans que l’entité adjudicatrice n’en ait fait la demande. Cette option peut convenir dans les systèmes fonctionnant sur un modèle inquisitoire plutôt qu’accusatoire mais peut-être moins dans d’autres États.

Article 66. Demande de réexamen auprès de l’entité adjudicatrice

1. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent contenir des mesures destinées à favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l’utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article. Ils peuvent également appeler à faire largement connaître et à expliquer au grand public les avantages du mécanisme de réexamen par l’entité adjudicatrice et son fonctionnement, de sorte qu’il puisse être utilisé efficacement. En outre, ils devraient mettre en place des mécanismes de suivi et de supervision de la suite donnée aux demandes soumises, afin de garantir que celles-ci sont traitées avec sérieux et que les avantages potentiels se concrétisent.

2. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent préciser les différences entre le retour d’information examiné plus haut dans le contexte de l’article 22 et une demande officielle de réexamen par l’entité adjudicatrice. Pour éviter toute confusion, il convient de souligner les principales différences entre ces deux procédures en termes d’objectifs, de déroulement et de résultats possibles.

3. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent souligner qu’il est impossible de déposer une demande de réexamen auprès de l’entité adjudicatrice lorsque le marché est entré en vigueur; après la période de formation du contrat, la contestation relèvera d’organes indépendants ou judiciaires, c’est-à-dire de l’instance indépendante ou du tribunal. Ils devraient également expliquer que, lorsqu’une procédure est ouverte devant une instance indépendante ou un tribunal, l’entité adjudicatrice n’est plus compétente pour connaître de la demande. Elle peut néanmoins être à même de continuer à prendre des mesures correctives dans la procédure de passation de marché concernée, pour autant que celles-ci ne soient contraires à une décision de l’instance indépendante ni à d’autres dispositions de la législation nationale. Si une demande devant une instance indépendante ou un tribunal est d’une portée limitée, ses

incidences précises sur la demande antérieure devant l'entité adjudicatrice relèveront de la législation nationale et les règlements en matière de passation des marchés doivent comporter des renvois appropriés à cet égard.

4. Pour ce qui est des dates limites de présentation des demandes de réexamen, les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient expliquer:

a) La signification de l'expression "conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection", qui recouvre toutes les questions se posant dans la procédure de passation de marché avant la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions, telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque le choix existe entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché visée à l'article 8. Elle exclut donc les questions de préqualification ou de présélection, traitées à la deuxième partie du paragraphe 2 a) de cet article, ou d'examen et d'évaluation des soumissions, traitées au paragraphe 2 b);

b) L'expression "avant la date limite de présentation des soumissions" dans le contexte du paragraphe 2 a). Ils peuvent par ailleurs fixer le délai absolu de dépôt des soumissions pour empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) soient présentées juste avant la date limite. Le but serait d'encourager à présenter le plus tôt possible les contestations concernant les conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection et les décisions prises par l'entité adjudicatrice lors de la procédure de préqualification ou de présélection;

c) Quelles demandes seraient considérées comme présentées hors délai et donc rejetées par l'entité adjudicatrice. Par exemple, lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et que l'approbation d'une autre autorité est exigée pour l'entrée en vigueur d'un marché (ou d'un accord-cadre), une contestation introduite après l'expiration de ce délai mais avant l'approbation est hors délai; et

d) Que le deuxième délai prévu au paragraphe 2 b) vise toutes les situations où le délai d'attente n'a pas été appliqué (par exemple parce que l'exception légitime a été invoquée ou pour des motifs illégaux).

5. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent prévoir des règles de procédure qui s'appliqueraient aux demandes de réexamen ou demander que de telles règles soient formulées. Ces règles peuvent traiter notamment des points suivants:

a) Les éléments que doit présenter le demandeur pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie. La manière de procéder à cet égard variera selon les cas et il convient donc de ménager la souplesse voulue. La règle par défaut devrait cependant être que la demande de réexamen soit accompagnée de tous les éléments disponibles; la production ultérieure de preuves pourrait aller à l'encontre du but recherché, à savoir exiger que l'entité adjudicatrice réagisse rapidement à la demande;

b) Les délais de notification rapide de toutes les parties concernées et les moyens d'y procéder. Le but est que toutes les personnes intéressées, notamment tous les participants à la procédure de passation de marché (dont l'entité

adjudicatrice peut connaître les coordonnées ou non) soient informées rapidement de la présentation de la demande. Dans le cas d'une procédure en ligne, par exemple, la meilleure manière de procéder à une notification rapide est d'utiliser le site Web où a été publié l'avis initial de passation de marché, et les règlements en matière de passation des marchés devraient encourager l'entité adjudicatrice à procéder de la sorte ou exiger qu'elle le fasse;

c) La succession des questions que l'entité adjudicatrice doit examiner et des décisions qu'elle doit prendre (si la demande a été présentée dans les délais; si le demandeur a ou non qualité pour agir, si la demande repose sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la législation et de la réglementation applicables; si la demande est infondée ou abusive, si la nature de la contestation, le moment où elle est présentée ou les faits et circonstances de la passation de marché justifient la suspension de la procédure et dans l'affirmative pour combien de temps; les mesures correctives à prendre, etc.);

d) La forme, les modalités et le lieu de conservation de toutes les décisions prises par l'entité adjudicatrice lors de la procédure de demande de réexamen et le contenu minimal de ces décisions (par exemple qu'elles doivent être écrites, indiquer la ou les mesures prises et en préciser les motifs, à la fois pour améliorer la compréhension et contribuer ainsi à éviter d'autres litiges, et pour faciliter les contestations ou appels ultérieurs, et qu'elles doivent être versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché). Dans ce contexte, il convient de noter que, si dans certains systèmes le silence peut être considéré comme un rejet de la demande, les dispositions de la Loi type exigent une décision écrite en cas de rejet. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent donc préciser quel effet aura le silence de l'entité adjudicatrice à l'égard d'une demande dans les délais prévus par la loi pour prendre des mesures et des décisions la concernant (notamment en ce qui concerne la notification visée au paragraphe 3 de l'article), et en particulier que le silence ou l'absence de réaction peut donner lieu à une demande en révision auprès d'un tribunal ou d'une autre instance compétente de l'État adoptant;

e) Dans le contexte de l'article 67-8, comment l'entité adjudicatrice donne à l'instance indépendante un accès effectif à tous les documents qu'elle détient sur la procédure de passation de marché faisant l'objet de la révision. Ces modalités d'accès doivent respecter les exigences légales de rapidité d'accès dès la réception de l'avis concernant la demande. L'utilisation d'outils informatiques peut y concourir;

f) Les droits des personnes se joignant à une procédure de réexamen, notamment celui de demander la levée d'une suspension;

g) Le traitement des informations confidentielles, notamment dans le contexte de la publication des décisions et des notifications et pour ce qui est d'accorder l'accès au dossier aux personnes participant à la procédure de contestation et à l'instance indépendante. Dans ce contexte, les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent notamment expliquer l'objet des dispositions exigeant un avis portant sur l'essentiel du contenu de la demande: cela évite à l'entité adjudicatrice de divulguer des informations qui pourraient être confidentielles sans devoir supprimer de la demande des informations confidentielles.

6. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent expliquer quels effets juridiques aura une décision de rejet et en particulier que le rejet vaut décision concernant la demande, qu'il peut donc être contesté et que l'absence de contestation met fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai prévu à l'article 65 pour présenter une contestation ou un appel.

7. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devraient donner aux entités adjudicatrices des orientations sur les mesures correctives qu'elles peuvent prendre: par exemple rectifier la procédure de passation pour la rendre conforme à la législation sur la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre réglementation applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission et qu'il est établi qu'une autre soumission devrait être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur initialement choisi et accepter cette autre soumission; ou abandonner la procédure de passation de marché et engager une nouvelle procédure.

8. Pour réduire au minimum le risque que l'entité adjudicatrice n'abuse de son droit d'imposer une suspension, les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables peuvent fournir des exemples de cas où une suspension serait nécessaire. Une autre solution serait de réglementer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice pour ce qui est de décider de suspendre ou non la procédure de passation de marché. Cette solution pourrait être particulièrement appropriée si l'entité adjudicatrice manque d'expérience des procédures de contestation, si les décisions concernant la procédure de passation de marché ont été prises par une autre instance, ou si on souhaite favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant vivement à présenter toute contestation en premier lieu à l'entité adjudicatrice. Si cette solution est retenue, une réglementation plus normative devrait être incluse dans les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables, compte tenu de la nécessité de trouver un juste équilibre entre le droit du fournisseur ou de l'entrepreneur de voir sa contestation ou son appel dûment examinés et la nécessité pour l'entité de conclure un marché (ou un accord-cadre) de manière économique et efficace, sans que le processus de passation de marché ne soit indûment perturbé ni retardé.

Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante

1. Dans un État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de révision par une instance indépendante, les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables devront déterminer à quelle instance revient cette fonction, qu'il s'agisse d'une instance existante ou d'une nouvelle instance créée par l'État adoptant. Il peut s'agir par exemple d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics, ou dont la compétence ne se limite pas aux questions de passation de marchés (par exemple exerçant une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration publique (bien que la révision ne soit pas censée se limiter à la supervision et au contrôle financiers)), ou d'un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges touchant la passation des marchés.

2. Les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements applicables devraient régir la composition et le fonctionnement de cette instance; il

convient de souligner que les personnes saisies des contestations au sein de cette instance devront être indépendantes et dotées de compétences spécialisées. Elles devront accorder une attention particulière à la question de la preuve, de la confidentialité et des audiences, de sorte que l'ensemble des parties aux procédures aient pleinement connaissance de leurs droits et obligations à cet égard, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble des procédures et de permettre un recours efficace contre la décision d'une instance indépendante. Les règlements pourraient permettre à des représentants de la société civile ou à d'autres personnes d'observer les procédures de contestation et prévoir un mécanisme en ce sens, conformément à la tradition juridique de l'État concerné.

3. Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que dans chaque procédure les questions soient examinées en temps voulu au niveau de détail approprié. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables doivent prévoir ou demander que soient formulées des règles de procédure et des orientations pour le fonctionnement de l'instance indépendante, notamment:

a) Les modalités de dépôt des demandes, notamment celles visant à permettre que la passation de marché se poursuive en raison de considérations urgentes d'intérêt général (par exemple si l'entité adjudicatrice doit déposer la demande *ex parte* ou *inter partes*);

b) Les questions de preuve et d'examen des preuves, notamment des règles et procédures claires concernant les éléments et pièces qu'une entité adjudicatrice devra produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général;

c) La conduite de la procédure de révision (notamment la publicité des audiences);

d) Les questions liées aux observateurs;

e) Les moyens par lesquels elle peut envoyer rapidement des avis à toutes les personnes concernées et les modalités selon lesquelles ces avis sont publiés si la loi l'exige;

f) Le pouvoir d'enquête de l'entité adjudicatrice si elle doit décider d'une suspension avant que l'instance indépendante ne puisse examiner les documents de la procédure de passation de marché, notamment le procès-verbal;

g) Les droits des entités dont les intérêts pourraient être affectés par la demande (telles que d'autres entités publiques), notamment le droit d'intervenir dans la procédure de contestation ou de demander la levée d'une suspension;

h) Les mesures correctives qu'elle peut ordonner immédiatement dans les cas qui déclenchent la suspension automatique de la procédure de passation de marché en vertu du paragraphe 4 de cet article, notamment ordonner à l'entité adjudicatrice de proroger le délai de présentation des soumissions ou corriger les conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection;

i) La compétence à l'égard des demandes qui lui sont soumises hors délais (l'élément discrétionnaire du paragraphe 2 c) de l'article lui permet de rejeter une demande même s'il est établi qu'elle fait intervenir d'importantes considérations d'intérêt général mais ne l'empêche pas d'examiner des demandes tardives en l'absence de considérations importantes d'intérêt général). Les règlements peuvent

décrire le type de questions qui devraient permettre d'examiner des demandes après le délai d'attente, telles que la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption;

j) Les modalités d'accès à l'ensemble des documents (réels ou virtuels) concernant la procédure de passation de marché en possession de l'entité adjudicatrice, en envisageant par exemple de fournir les documents pertinents par phases (par exemple, une liste de tous les documents pourrait d'abord être fournie à l'instance indépendante de sorte qu'elle puisse déterminer quels documents intéressent la procédure dont elle est saisie). L'objectif devrait être d'éviter de perturber indûment la procédure de passation de marché et la procédure de révision en prévoyant des moyens sûrs et efficaces de transmettre ces documents, sachant que l'utilisation d'outils informatiques peut faciliter cette tâche. Les règlements doivent traiter dans ce contexte des procédures permettant de lever les restrictions à la communication d'informations confidentielles visées aux articles 24 et 25-4 de la Loi type, et déterminer en particulier si l'instance indépendante est l'organe compétent de l'État adoptant pour ce qui est de lever ces restrictions ou si elle doit demander à un tribunal ou à un autre organe de l'État adoptant de rendre une décision en ce sens;

k) Les règles concernant l'accès des participants au dossier de la procédure de contestation (qui, en vertu des dispositions de l'article 67-8, comprend le procès-verbal de la passation de marché), notamment l'obligation pour ceux-ci de démontrer en quoi les documents auxquels elles demandent l'accès présentent un intérêt pour eux: cette mesure vise à permettre à l'instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d'éviter que des fournisseurs ou entrepreneurs n'effectuent dans les documents des recherches poussées dans l'espoir d'y trouver des éléments pertinents;

l) Le traitement des informations confidentielles, notamment dans le contexte de la publication des décisions et avis et de l'accès au dossier par les parties à la procédure de contestation.

4. Dans le contexte du paragraphe 9 i), les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements applicables de l'État adoptant devraient traiter des questions de quantification des préjudices propres au contexte de la passation des marchés. Ce faisant, ils devraient déterminer comment un préjudice purement économique est traité dans le système juridique interne, afin que la mesure de dédommagement soit cohérente dans l'ensemble du système (notamment dans quelle mesure le demandeur est censé démontrer à cet égard qu'il aurait remporté le marché en question si l'entité adjudicatrice n'avait pas enfreint les dispositions de la législation). La possibilité d'un dédommagement risque d'accroître le risque de demandes infondées et de perturbations du processus de passation des marchés. Elle peut aussi accroître le risque d'abus si le pouvoir d'octroyer un dédommagement est détenu par une petite entité ou un petit nombre de personnes. Les règlements applicables peuvent donc demander de contrôler le fonctionnement du mécanisme de dédommagement dans une procédure de contestation, en particulier si le système de recours quasi judiciaire en est à ses débuts. Il convient également de vérifier régulièrement le bon fonctionnement de l'ensemble du mécanisme de contestation en permettant aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des demandes et en les y encourageant le cas échéant.

Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation

1. Les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements applicables devraient expliquer que le paragraphe 1 vise à permettre à tous les fournisseurs et entrepreneurs “participant à la procédure de passation de marché” de se joindre à la procédure de contestation pour autant qu’ils soient toujours concernés par la procédure au moment de la contestation. Les dispositions visent donc à exclure ceux qui ont été éliminés au stade de la préqualification ou d’une étape similaire plus tôt dans la procédure, sauf si cette étape est justement l’action ou la décision de l’entité adjudicatrice sur laquelle porte la contestation. Comme on l’a noté plus haut dans le contexte de l’article 64, cette participation suppose que le fournisseur ou entrepreneur ou autre participant potentiel puisse démontrer que ses intérêts peuvent être affectés par la procédure de contestation. La possibilité d’élargir la participation à la procédure de contestation devrait être prévue puisqu’il est dans l’intérêt de l’entité adjudicatrice que les réclamations soient formées et les informations portées à son attention aussi tôt que possible. Les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements applicables peuvent prévoir une nomenclature permettant de désigner plus précisément les divers participants.

2. Les règles pour la conduite des procédures de contestation s’appliquant respectivement à l’entité adjudicatrice et à l’instance indépendante, examinées plus haut dans le contexte des articles 66 et 67, devraient garantir la régularité de la procédure de contestation et énoncer les droits de tous les participants, en établissant une différence entre les droits du demandeur et de l’entité adjudicatrice, ceux d’autres personnes intéressées et ceux des autres personnes qui assisteront à l’audience publique (telles que les membres de la presse). Il s’agit ici de garantir que la procédure puisse se poursuivre avec la rapidité voulue et que les fournisseurs et entrepreneurs puissent y participer efficacement.

Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation

Les questions dont devront traiter les règlements applicables sont celles abordées plus haut dans le contexte des articles 24, 25-4, 66 et 67.