

Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics



Pour obtenir des informations complémentaires, s'adresser à:
Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060
Site Web: www.uncitral.org

Fax: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics



NATIONS UNIES
New York, 2014

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Copyright © Nations Unies, décembre 2014. Tous droits réservés pour tous pays.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne

Préface

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la CNUDCI) a établi le présent *Guide* pour l'incorporation dans le droit interne de sa Loi type de 2011 sur la passation des marchés publics (la Loi type) afin de fournir des informations et des explications sur les considérations de politique générale qui ont présidé à l'élaboration de la Loi type.

Les informations figurant dans le *Guide* visent à expliquer les objectifs de la Loi type (tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule) et la manière dont les dispositions de cette dernière ont été conçues pour les atteindre. Le *Guide* vise donc à accroître l'efficacité de la Loi type comme outil de modernisation et de réforme des systèmes de passation des marchés, en particulier lorsque les personnes concernées sont peu familières des types de procédures de passation qu'elle prévoit.

De plus, conformément à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays du monde entier en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type et le présent *Guide*. Cette approche permet également aux deux textes de refléter les meilleures pratiques et aux dispositions de la Loi type d'avoir une application universelle. Cependant, les États présentent d'importantes différences en termes de taille et d'économie, de traditions juridiques et administratives, de niveaux de développement économique et de facteurs géographiques, aussi la Loi type prévoit-elle diverses possibilités d'adaptation à la situation de chacun, et le *Guide* explique les questions à prendre en considération pour décider lesquelles choisir. Les informations figurant dans le *Guide* visent aussi à aider les États à déterminer, le cas échéant, quelles dispositions de la Loi type il conviendrait de modifier pour tenir compte de leur situation particulière.

La Loi type étant une loi cadre, en ce qu'elle ne prévoit que des principes et procédures essentiels, le *Guide* examine la nécessité d'une réglementation et d'orientations complémentaires appuyant la législation qui en découle, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

Le présent *Guide* est conçu comme un outil de référence pour les décideurs et les législateurs, les organismes de réglementation et ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs d'un système de passation de marchés fondé sur la Loi type. Les principaux points d'intérêt varieront selon le lecteur: pour les décideurs et les législateurs, il s'agira peut-être de déterminer s'il convient de procéder à une réforme de la passation des marchés et, dans l'affirmative, quelle serait l'ampleur de cette réforme et quelles dispositions il convient d'adopter. Les organismes de réglementation et ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs s'intéresseront peut-être davantage aux questions touchant spécifiquement l'application et l'utilisation des dispositions de la Loi type. Pour cette raison, le *Guide* sépare dans la mesure du possible les observations concernant les questions de politique générale et celles concernant l'application et l'utilisation de la Loi type.

Le *Guide* vise aussi à aider les utilisateurs de la précédente Loi type de la CNUDCI concernant la passation des marchés publics—la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (adoptée en 1994, la “Loi type de 1994”)—à adapter leur législation aux évolutions récentes de la passation des marchés publics. Il traite donc également du champ d'application élargi de la Loi type par rapport à celui du texte de 1994 et, lorsque cela est nécessaire, explique les grandes évolutions récentes des politiques et pratiques de la passation des marchés qui sont à l'origine des révisions apportées au texte de 1994.

Compte tenu de ce qui précède, le *Guide* a été structuré comme suit:

a) Une première partie, Remarques générales, en trois sections: la première traitant du contexte dont les États voudront peut-être tenir compte en incorporant les dispositions de la Loi type, la deuxième des principales caractéristiques de la Loi type et la troisième des principales questions concernant son application et son utilisation effectives. (D'autres parties du *Guide* traitent de questions pouvant également intéresser les décideurs et les législateurs, puisqu'il y est question, entre autres choses, de l'infrastructure juridique qui doit appuyer la Loi type);

b) Une deuxième partie, Commentaire du texte de la Loi type, contenant d'abord un commentaire des objectifs de la Loi type énoncés dans son Préambule, puis un commentaire sur chaque chapitre, comprenant:

- i) Une introduction du chapitre, présentant les grandes considérations de politique générale et les approches suggérées, et un examen des questions liées à l'application et à l'utilisation des dispositions du chapitre; et
- ii) Un commentaire par article; et

c) Une troisième partie, commentaire des modifications apportées à la Loi type de 1994, expliquant les révisions faites lors de la rédaction de la Loi type de 2011.

Le commentaire concernant chaque méthode de passation de marchés a été consolidé, de sorte que chaque lecteur peut examiner chacune de ces méthodes dans son ensemble: le commentaire détaillé des conditions d'utilisation, des règles de sollicitation et des procédures de chaque méthode se trouvent ensemble, accompagnées de renvois aux principes généraux.

La première partie, le commentaire du Préambule et l'introduction de chaque chapitre de la deuxième partie, lus successivement, donnent une vue d'ensemble des considérations de politique générale traitées dans la Loi type. Le commentaire de chaque chapitre peut également être lu en entier si le lecteur souhaite examiner de façon plus approfondie les considérations de politique générale et les questions d'application et d'utilisation concernant les sujets traités dans ce chapitre. Le commentaire des modifications apportées à la Loi type de 1994 ne contient pas de points s'appliquant généralement aux utilisateurs de la Loi type de 2011.

Le *Guide* contient de nombreux renvois permettant de suivre la manière dont les objectifs et principes de la Loi type sont mis en œuvre dans l'ensemble du texte. Il est publié sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI, de sorte que ces renvois peuvent être assortis d'hyperliens facilitant la consultation du texte. On peut également se le procurer sur papier sous la forme d'une publication des Nations Unies.

Le *Guide* ne saurait être exhaustif et ne prétend pas l'être. Il renvoie aux travaux d'autres entités participant activement à la réforme de la passation des marchés, de sorte que le lecteur peut y approfondir encore son examen des questions qui l'intéressent. Enfin, on notera que les pratiques et procédures de la passation des marchés publics se développeront et s'adapteront à l'évolution des conditions économiques et autres. Pour cette raison, la CNUDCI peut actualiser le *Guide* de temps à autre pour y rendre compte de nouvelles pratiques et procédures et de l'expérience tirée de l'application et de l'utilisation de la Loi type en pratique. La version électronique du *Guide* disponible sur le site Web de la CNUDCI doit donc être considérée comme à jour et faisant foi.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Préface.....	<i>iii</i>

Première partie

REMARQUES GÉNÉRALES

A.	Contexte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011	1
	1. Historique, objet et mandat	1
	2. Objectifs de la Loi type	3
	3. Équilibre entre la politique de passation des marchés formulée dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des États adoptants	4
	a) Passation de marchés responsable	4
	b) Politiques socioéconomiques	5
	<i>Participation communautaire à la passation des marchés</i>	8
	c) Protection des informations classifiées	10
	4. La passation de marchés en ligne, outil de promotion des objectifs de la passation de marchés publics dans le contexte de la Loi type	10
	5. Acquisitions par des groupes d'entités adjudicatrices, notamment dans le contexte international, en vertu de la Loi type	11
	6. Contexte international de la Loi type et promotion de la participation internationale aux procédures de passation des marchés	12
B.	Principales caractéristiques de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011	13
	1. Champ d'application de la Loi type	13
	a) Application à tous les marchés publics	13
	b) Inclusion des marchés de défense et de sécurité	14
	2. Éléments et procédures essentiels de la Loi type	15
	3. Structure de la Loi type	16

	<i>Pages</i>
C. Application et utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	18
1. La Loi type en tant que loi “cadre”: éléments d’un système de passation des marchés	18
a) Règlements et autres textes législatifs à l’appui de la Loi type	18
b) Orientations complémentaires à l’appui de la structure juridique	19
<i>Retour d’information</i>	20
c) Appui institutionnel et administratif à la structure juridique . .	20
<i>Appui administratif</i>	20
<i>Appui institutionnel</i>	21
2. Application des principes de la Loi type à toutes les phases du cycle de la passation des marchés: planification et administration des marchés.	26
3. Questions spécifiques liées à l’application et à l’utilisation de la passation des marchés en ligne.	28

Deuxième partie

**COMMENTAIRE DU TEXTE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI
SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

PRÉAMBULE	39
A. Introduction	39
B. Commentaire sur les objectifs de la Loi type	40
1. Aboutir à un maximum d’économie et d’efficacité dans la passation des marchés.	40
2. Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international.	42
3. Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l’objet du marché.	44
4. Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.	46
5. Promouvoir l’intégrité et l’équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus	47
6. Assurer la transparence des procédures de passation des marchés. .	48

	<i>Pages</i>
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	51
A. Introduction	51
1. Résumé	51
2. Incorporation: considérations de politique générale	52
3. Questions d'application et d'utilisation	55
a) Passation de marchés de faible valeur et seuils	56
b) La mise en œuvre de politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés dans la pratique	57
<i>Préférences fondées sur la nationalité ou le lieu d'origine de l'objet du marché</i>	59
c) Informations classifiées	60
B. Commentaire par article	61
Article premier. Champ d'application	61
Article 2. Définitions	62
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]]	67
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	68
Article 5. Publication des textes juridiques	69
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir	72
Article 7. Communications dans la passation des marchés	75
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	82
Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	84
Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre	89
Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation	91
Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché	96
Article 13. Règles concernant la langue des documents	97
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	99
Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation	101
Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions	103
Article 17. Garanties de soumission	105
Article 18. Procédure de préqualification	108
Article 19. Abandon de la passation de marchés	112
Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses	115

Article 21.	Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts	117
Article 22.	Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché	120
	<i>Retour d'information</i>	126
Article 23.	Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre	127
Article 24.	Confidentialité	128
Article 25.	Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés	130
Article 26.	Code de conduite	133
CHAPITRE II.	MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES; SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉS	136
Section I.	Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes	136
A.	Introduction	136
1.	Résumé	136
2.	Incorporation: considérations de politique générale	136
3.	Questions d'application et d'utilisation	139
B.	Commentaire par article	139
Article 27.	Méthodes de passation des marchés	139
Article 28.	Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés	140
Articles 29 à 32:	Conditions d'utilisation des méthodes et techniques de passation des marchés	144
Section II.	Sollicitation et avis de passation de marchés	144
A.	Introduction	144
1.	Résumé	144
2.	Incorporation: considérations de politique générale et questions d'application et d'utilisation	145
	<i>Avis préalable de passation de marchés</i>	148

	<i>Pages</i>
B. Commentaire par article	150
Articles 33 à 35: La sollicitation dans chaque méthode de passation de marchés	150
 CHAPITRE III. APPEL D’OFFRES OUVERT.	 151
A. Introduction	151
1. Résumé	151
2. Incorporation: considérations de politique générale	151
3. Questions d’application et d’utilisation	152
B. Commentaire par article	152
Conditions d’utilisation de l’appel d’offres ouvert (article 28-1).	152
Sollicitation dans le cas de l’appel d’offres ouvert (articles 33 et 36 à 39).	152
Article 36. Procédures de sollicitation des offres.	153
Article 37. Teneur de l’invitation à soumettre une offre.	153
Article 38. Communication du dossier de sollicitation	153
Article 39. Teneur du dossier de sollicitation.	154
Procédures de l’appel d’offres ouvert (articles 40 à 44)	156
Article 40. Présentation des offres.	156
Article 41. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	160
Article 42. Ouverture des offres.	161
Article 43. Examen et évaluation des offres.	164
Article 44. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs.	167
 CHAPITRE IV. PROCÉDURES CONCERNANT L’APPEL D’OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION	 168
A. Introduction	168
1. Résumé	168
2. Incorporation: considérations de politique générale	168
3. Questions d’application et d’utilisation	171
B. Description générale et principales questions de politique générale concernant les méthodes de passation de marchés du chapitre IV; commentaire de leurs conditions d’utilisation, règles de sollicitation et procédures	176

	<i>Pages</i>
1. Appel d'offres restreint	176
Description générale et principales questions de politique générale	176
Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 29-1).	176
Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint (articles 34-1 et 34-5).	178
Procédures de l'appel d'offres restreint (article 45).	179
2. Demande de prix	179
Description générale et principales questions de politique générale	179
Conditions d'utilisation de la demande de prix (article 29-2).	180
Sollicitation dans le cas de la demande de prix (article 34-2)	181
Procédures de la demande de prix (article 46).	182
3. Demande de propositions sans négociation.	183
Description générale et principales questions de politique générale	183
Conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation (article 29-3).	185
Sollicitation dans la demande de propositions sans négociation (article 35).	185
Procédures de la demande de propositions sans négociation (article 47).	187
CHAPITRE V. 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	191
A. Introduction	191
1. Résumé	191
2. Incorporation: considérations de politique générale.	192
3. Questions d'application et d'utilisation.	195
B. Description générale et principales questions de politique générale concernant les méthodes de passation des marchés du chapitre V; commentaire de leurs conditions d'application, règles de sollicitation et procédures	197
1. Appel d'offres en deux étapes.	197
Description générale et principales questions de politique générale	197
Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes (article 30-1).	200

	<i>Pages</i>
Sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes (article 33)	200
Procédures de l'appel d'offres en deux étapes (article 48)	201
2. Demande de propositions avec dialogue	205
Description générale et considérations de politique générale	205
Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue (article 30-2)	209
Sollicitation dans la demande de propositions avec dialogue (article 35)	210
Procédures de la demande de propositions avec dialogue (article 49)	212
3. Demande de propositions avec négociations consécutives	221
Description générale et principales questions de politique générale	221
Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives (article 30-3)	222
Sollicitation dans la demande de propositions avec négociations consécutives (article 35)	223
Procédures de la demande de propositions avec négociations consécutives (article 50)	223
4. Négociations avec appel à la concurrence	225
Description générale et principales questions de politique générale	225
Conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence (article 30-4)	226
Sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence (articles 34-3, 34-5 et 34-6)	228
Procédures des négociations avec appel à la concurrence (article 51)	229
5. Sollicitation d'une source unique	231
Description générale et principales questions de politique générale	231
Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique (article 30-5)	232
Sollicitation dans le cas d'une source unique (articles 34-4, 34-5 et 34-6)	235
Procédures de la sollicitation d'une source unique (article 52)	236
 CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES	 238
A. Introduction	238
1. Résumé	238
2. Incorporation: considérations de politique générale	239
3. Questions d'application et d'utilisation	242

	<i>Pages</i>
B. Commentaire par article	248
Article 31. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée	248
Article 53. Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome.	250
Description générale et considérations de politique générale	250
La sollicitation dans le cas des enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome	251
Renseignements requis dans une invitation à participer à une enchère électronique inversée	252
Prescriptions additionnelles pour les enchères électroniques inversées comportant des offres initiales.	257
Article 54. Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché	259
Article 55. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère.	260
Article 56. Exigences pendant l'enchère électronique inversée	262
Article 57. Exigences après l'enchère électronique inversée.	265
 CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES	 268
A. Introduction	268
1. Résumé	268
2. Incorporation: considérations de politique générale.	269
3. Questions d'application et d'utilisation.	274
Circonstances de passation de marchés convenant à des accords- cadres.	275
Sélection du type d'accord-cadre approprié	276
Respect des garanties de transparence, de concurrence et d'objectivité.	278
Fonctionnement et suivi des accords-cadres au niveau de la passation de marchés et au niveau du système	281
B. Commentaire par article	283
Article 32. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre .	283
Article 58. Attribution d'un accord-cadre fermé	286
Article 59. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés	292
Article 60. Établissement d'un accord-cadre ouvert	298
Article 61. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts.	303

	<i>Pages</i>
Article 62. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre	305
Article 63. Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre	310
CHAPITRE VIII. PROCÉDURES DE CONTESTATION	312
A. Introduction	312
1. Résumé	312
2. Incorporation: considérations de politique générale	313
3. Questions d'application et d'utilisation	317
B. Commentaire par article	323
Article 64. Droit de contestation et d'appel	323
Article 65. Effet d'une contestation	326
Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice . .	328
Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante	334
Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation .	343
Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation	344

Troisième partie

**MODIFICATIONS APPORTÉES À LA LOI TYPE
DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS,
DE TRAVAUX ET DE SERVICES DE 1994**

A. Résumé	349
B. Commentaire sur les modifications apportées	349
PRÉAMBULE DE 1994	349
CHAPITRE PREMIER DU TEXTE DE 1994. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	351
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	351
B. Commentaire par article	351
Champ d'application (article premier)	351
Définitions (article 2)	352
Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]] (article 3)	353

	<i>Pages</i>
Règlements en matière de passation des marchés (article 4)	354
Accès du public à la réglementation des marchés (article 5 du texte de 1994) (Publication des textes juridiques (article 5 du texte de 2011)) . . .	354
Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (article 6 du texte de 1994; article 9 du texte de 2011)	354
Procédure de présélection (article 7 du texte de 1994); (Procédure de préqualification (article 18 du texte de 2011))	355
Participation des fournisseurs ou entrepreneurs (article 8)	356
Forme des communications (article 9 du texte de 1994) (Communications dans la passation des marchés (article 7 du texte de 2011))	358
Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs (article 10)	359
Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11 du texte de 1994) (Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés (article 25 du texte de 2011))	359
Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix (article 12 du texte de 1994) (Abandon de la passation de marchés (article 19 du texte de 2011))	360
Entrée en vigueur du marché (article 13)	361
Publication des avis d'attribution de marché (article 14 du texte de 1994) (Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre (article 23 du texte de 2011))	361
Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs (article 15 du texte de 1994) (Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts (article 21 du texte de 2011))	362
Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services (article 16 du texte de 1994) (Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre (article 10 du texte de 2011))	363
Langue (article 17 du texte de 1994) (Règles concernant la langue des documents (article 13 du texte de 2011))	364
 CHAPITRE II DU TEXTE DE 1994. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES (Chapitre II du texte de 2011. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marchés)	 365

	<i>Pages</i>
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	365
1. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes	365
2. Dispositions sur la sollicitation et les avis de passation de marchés	368
B. Commentaire par article	368
Méthodes de passation (article 18 du texte de 1994) (Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés (article 28 du texte de 2011))	368
Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence (article 19 du texte de 1994) (Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la demande de propositions avec dialogue et des négociations avec appel à la concurrence (paragraphe 1, 2 et 4 de l'article 30 du texte de 2011))	370
Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 20 du texte de 1994; article 29-1 du texte de 2011)	372
Conditions d'utilisation de la procédure de demande de prix (article 21 du texte de 1994; article 29-2 du texte de 2011)	372
Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique (article 22 du texte de 1994; article 30-5 du texte de 2011)	373
 CHAPITRE III DU TEXTE DE 1994. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES (Chapitre III du texte de 2011. Appel d'offres ouvert)	 374
 SECTION I DU TEXTE DE 1994. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION (Section I du texte de 2011. Sollicitation des offres)	 374
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	374
B. Commentaire par article	374
Appel d'offres national (article 23)	374
Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (article 24 du texte de 1994) (Procédures de sollicitation des offres (article 36 du texte de 2011))	375
Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection (article 25 du texte de 1994)	
Teneur de l'invitation à soumettre une offre (article 37 du texte de 2011)	375

	<i>Pages</i>
Communication du dossier de sollicitation (article 26 du texte de 1994; article 38 du texte de 2011))	376
Teneur du dossier de sollicitation (article 27 du texte de 1994; article 39 du texte de 2011)	376
Clarification et modification du dossier de sollicitation (article 28 du texte de 1994; article 15 du texte de 2011)	377
SECTION II DU TEXTE DE 1994. SOUMISSION DES OFFRES	
(Section II du texte de 2011. Présentation des offres)	377
Langue des offres (article 29 du texte de 1994) (Règles concernant la langue des documents (article 13 du texte de 2011))	377
Soumission des offres (article 30 du texte de 1994) (Présentation des offres (article 40 du texte de 2011))	378
Période de validité des offres; modification et retrait des offres (article 31 du texte de 1994; article 41 du texte de 2011). Cet article est resté en l'état quant au fond	379
Garanties de soumission (article 32 du texte de 1994; article 17 du texte de 2011)	379
SECTION III DU TEXTE DE 1994. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES (Section III du texte de 2011. Évaluation des offres)	380
Ouverture des offres (article 33 du texte de 1994; article 42 du texte de 2011)	380
Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34 du texte de 1994) (Examen et évaluation des offres (article 43 du texte de 2011))	381
Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs (article 35 du texte de 1994; article 44 du texte de 2011).	383
Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché (article 36 du texte de 1994) (Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché (article 22 du texte de 2011)).	383
CHAPITRE IV DU TEXTE DE 1994. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES	385
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	385
B. Commentaire par article	385
Avis de sollicitation de propositions (article 37 du texte de 1994; incorporé dans les articles 18, 35, 47 et 49 du texte de 2011)	385
Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services (article 38 du texte de 1994; incorporé dans les articles 47-4 et 49-5 du texte de 2011)	387

Critères d'évaluation des propositions (article 39 du texte de 1994; incorporé dans l'article 11 du texte de 2011)	387
Clarification et modification des sollicitations de propositions (article 40 du texte de 1994; incorporé dans l'article 15 du texte de 2011).	387
Choix des procédures de sélection (article 41)	388
Procédure de sélection sans négociation (article 42 du texte de 1994; incorporé dans l'article 47 du texte de 2011)	388
Procédure de sélection avec négociations simultanées (article 43 du texte de 1994; incorporé dans l'article 49 du texte de 2011).	389
Procédure de sélection avec négociations consécutives (article 44 du texte de 1994; incorporé dans l'article 50 du texte de 2011).	390
Confidentialité (article 45 du texte de 1994; incorporé dans l'article 24 du texte de 2011)	390
CHAPITRE V DU TEXTE DE 1994. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES (Chapitres IV à VII du texte de 2011).	392
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	392
B. Commentaire par article	392
Appel d'offres en deux étapes (article 46 du texte de 1994; article 48 du texte de 2011).	392
Appel d'offres restreint (article 47 du texte de 1994; articles 34 et 45 du texte de 2011).	394
Sollicitation de propositions (article 48 du texte de 1994; incorporé dans les articles 11,15, 24, 35 et 49 du texte de 2011)	394
Négociation avec appel à la concurrence (article 49 du texte de 1994) Négociations avec appel à la concurrence (article 51 du texte de 2011); voir également les articles 24 et 34 du texte de 2011	397
Sollicitation de prix (article 50 du texte de 1994) (Demande de prix (articles 34 et 46 du texte de 2011))	398
Sollicitation d'une source unique (article 51 du texte de 1994; articles 34 et 52 du texte de 2011)	398
CHAPITRE VI DU TEXTE DE 1994. RECOURS (Chapitre VIII du texte de 2011. Procédures de contestation).	400
A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre	400
B. Commentaire par article	402
Droit de recours (article 52 du texte de 1994) (Droit de contestation et d'appel (article 64 du texte de 2011)).	402

Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53 du texte de 1994) (Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice (article 66 du texte de 2011))	403
Recours administratif (article 54 du texte de 1994) (Demande en révision auprès d'une instance indépendante (article 67 du texte de 2011))	405
Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54] (article 55).	406
Suspension de la procédure de passation du marché (article 56).	407
Recours judiciaire (article 57).	407

Annexes

I. Table de concordance entre la Loi type de 2011 et la Loi type de 1994	409
II. Table de concordance entre la Loi type de 1994 et la Loi type de 2011 (sans les nouvelles dispositions)	417

Première partie

REMARQUES GÉNÉRALES

Note

La présente partie du Guide contient des remarques générales réparties en trois sections. La première section traite du contexte dont les États voudront peut-être tenir compte en incorporant les dispositions de la Loi type. La deuxième section décrit les principales caractéristiques de la Loi type. Ces deux premières sections s'adressent principalement aux législateurs et aux décideurs. La troisième section traite de l'application et de l'utilisation de la Loi type, notamment de son fonctionnement en tant que cadre juridique dans un système de passation des marchés. Elle s'adresse principalement aux organismes de réglementation et à ceux qui fournissent des indications aux utilisateurs des systèmes de passation des marchés fondés sur la Loi type (par exemple, un organisme public ou une autre entité s'occupant de passation des marchés).

A. Contexte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011¹

1. Historique, objet et mandat

1. À sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), la CNUDCI a adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type de 1994)² et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne³. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés était motivée par le souhait de

¹On trouvera le texte de la Loi type de 2011 dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*), ainsi qu'à l'adresse www.uncitral.org.

²On trouvera le texte de la Loi type de 1994 dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)*), ainsi qu'à l'adresse www.uncitral.org. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, que la CNUDCI avait adoptée en 1993 à sa vingt-sixième session (annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17)*)), était son premier texte sur les marchés publics. Elle traitait des règles de passation des marchés dans le domaine des biens et des travaux mais ne contenait pas de dispositions sur les services autres que ceux de construction.

³Pour le texte du *Guide* accompagnant la Loi type de 1994, voir document A/CN.9/403, reproduit dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II). Le *Guide* est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurement/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

remédier au problème de l'inadéquation ou de l'obsolescence des lois constaté dans de nombreux pays, se traduisant par un manque d'efficacité et d'efficience dans le processus de passation des marchés et donnant lieu à des abus, empêchant ainsi l'acheteur public d'obtenir la juste contrepartie des fonds publics dépensés.

2. En outre, l'inadéquation des législations nationales sur la passation des marchés entrave le commerce international, dont la promotion constitue un aspect majeur du mandat de la CNUDCI, et dont une part importante découle de la passation de marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux de la passation des marchés et les incertitudes qu'elles suscitent peuvent dans une certaine mesure empêcher les États de profiter des avantages que la passation de marchés internationaux peut apporter en termes de compétitivité des prix et de qualité. Dans le même temps, des fournisseurs et entrepreneurs ont des difficultés ou des réticences à vendre aux pouvoirs publics étrangers parce que la législation des marchés est inadéquate ou différente dans beaucoup de pays.

3. La Loi type de 1994 a contribué à la réforme et à la modernisation de la législation sur la passation des marchés dans toutes les régions. Elle a été abondamment utilisée et a donné de bons résultats. Elle a servi de base à la législation des marchés dans plus de 30 pays et ses principes généraux ont été repris à des degrés divers dans de nombreux autres pays.

4. À sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), la CNUDCI est convenue que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de la dématérialisation des marchés publics (voir la troisième partie du présent Guide), et de l'expérience tirée de son utilisation comme base de réforme législative, sans s'écarter de ses principes fondamentaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qu'elle a adoptée à sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), est le résultat de ses travaux de réforme de la Loi type de 1994.

5. L'objet de la Loi type est double: en premier lieu, servir de modèle à tous les États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés là où elle fait défaut. En deuxième lieu, appuyer l'harmonisation internationale de la réglementation en matière de passation de marchés de manière à promouvoir le commerce international. Le potentiel de la Loi type en tant qu'instrument permettant d'atteindre ces objectifs se réalisera pleinement dans la mesure où elle est utilisée par tous types d'États, ce qui soulignera plus encore que le texte ne vise pas un groupe particulier de pays ou un état particulier de développement, et qu'il ne privilégie pas

l'expérience ou l'approche d'une région particulière. En outre, dans les pays en transition, l'adoption d'une législation sur la passation des marchés s'inscrit dans le processus de développement de l'économie de marché et à cet égard la Loi type peut constituer un moyen d'y coordonner efficacement les relations entre secteur public et secteur privé.

6. La Loi type est principalement destinée à appuyer l'élaboration de textes législatifs nationaux. La CNUDCI sait toutefois que d'autres textes et accords internationaux traitant de la passation des marchés publics comportent des obligations touchant la législation sur la passation des marchés des États qui y sont parties. Elle a cherché à permettre l'utilisation la plus large de la Loi type et à rendre le texte le plus utile possible en l'harmonisant autant que faire se peut avec ces autres textes et accords internationaux. La CNUDCI a tenu compte des dispositions de ces textes lorsqu'elle a rédigé la Loi type, comme expliqué ci-après dans la section "**Contexte international de la Loi type et promotion de la participation internationale aux procédures de passation des marchés**".

2. Objectifs de la Loi type

7. La Loi type repose sur six objectifs principaux énoncés dans son Préambule et qui devraient sous-tendre la législation sur la passation de marchés publics. Ces objectifs peuvent être résumés comme suit:

- a) Assurer l'économie et l'efficacité;
- b) Assurer une large participation des fournisseurs et entrepreneurs en ouvrant la passation des marchés à la participation internationale en règle générale;
- c) Maximiser la concurrence;
- d) Garantir un traitement juste, égal et équitable;
- e) Assurer l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus; et
- f) Promouvoir la transparence.

8. Ces objectifs sont dans une large mesure complémentaires. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité des procédures de passation des marchés qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, le traitement juste, égal et équitable, et la transparence. Ces notions constituent les principes essentiels qui contribuent à la réalisation des deux buts suprêmes de la Loi type: obtenir le meilleur rapport qualité-prix et empêcher les abus dans la passation des marchés publics. Elles sous-tendent aussi l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies

contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)⁴, qui contient des dispositions sur la passation des marchés publics, l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (l'AMP de l'OMC)⁵ et les accords régionaux sur la passation des marchés publics. Cependant, l'accent mis sur chacun de ces objectifs peut varier selon le système de passation des marchés publics, notamment en ce qui concerne le degré de transparence requis. Ces objectifs et la manière dont ils sont mis en œuvre dans la Loi type, notamment pour ce qui est de trouver le juste équilibre entre eux, sont examinés plus en détail ci-après dans le **commentaire du Préambule**.

3. Équilibre entre la politique de passation des marchés formulée dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des États adoptants

9. Les objectifs de la Loi type se rapportent à la passation des marchés comme s'il s'agissait d'un système indépendant. La CNUDCI sait toutefois que les prises de décision concernant la passation de marchés et l'exécution de ces décisions ne se font pas isolément, que ce soit au niveau national ou dans le cadre d'obligations internationales. On trouvera dans les sous-sections qui suivent un examen des objectifs et politiques les plus communément mis en œuvre au moyen de la passation des marchés. La Loi type permet également aux pouvoirs publics de mettre en œuvre par ce moyen d'autres politiques et objectifs non mentionnés spécifiquement dans son Préambule. On trouvera dans les sous-sections qui suivent et dans le **commentaire de l'introduction du chapitre premier** de la deuxième partie du présent *Guide* une description des mécanismes pertinents envisagés à cette fin par la Loi type.

a) Passation de marchés responsable

10. La passation de marchés responsable est un objectif déclaré de certains systèmes de passation des marchés. La CNUDCI a noté qu'il n'y avait pas de définition communément admise de la passation de marchés responsable mais qu'on considérait généralement qu'elle supposait une vision à long

⁴Nations 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).

⁵Accord 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.

terme de la politique de passation des marchés, se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement, en encourageant, par exemple, l'évaluation du coût complet sur le cycle de vie, du coût de mise hors service de l'objet du marché et de l'impact sur l'environnement. À cet égard, la passation de marchés responsable peut être considérée dans une large mesure comme l'application de meilleures pratiques envisagée dans la Loi type. La Loi type permet de promouvoir la durabilité au moyen de la passation de marchés, en se servant des critères de qualification (en vertu de l'article 9, qui autorise expressément l'entité adjudicatrice à imposer des qualifications environnementales et des normes éthiques et autres pouvant inclure des exigences liées au commerce équitable). Pour cette raison, la durabilité n'est pas mentionnée comme un objectif distinct dans le Préambule de la Loi type mais traitée comme un élément des processus mis en œuvre en vertu de celle-ci.

11. Le terme passation de marchés responsable peut aussi être utilisé comme terme générique pour désigner la prise en compte dans la passation des marchés de politiques sociales, économiques et environnementales, et donc de facteurs "sociaux" (conditions d'emploi, inclusion sociale, lutte contre la discrimination), de facteurs "éthiques" (droits de l'homme, travail des enfants, exploitation de la main-d'œuvre), et de considérations liées à l'environnement. La souplesse de la Loi type pour ce qui est d'appliquer ainsi ces politiques socioéconomiques est examinée en détail dans la section suivante et dans le commentaire sur les politiques socioéconomiques, dans l'**introduction du chapitre premier** de la deuxième partie du présent *Guide*.

b) *Politiques socioéconomiques*

12. Une grande partie des marchés d'un État adoptant peuvent être liés à des projets s'inscrivant dans des politiques de soutien au développement économique et social (la passation de marchés peut aussi favoriser ce développement et le renforcement de capacités). Le système de passation des marchés peut aussi être choisi par les pouvoirs publics comme moyen de soutenir des groupes particuliers au sein de l'économie. D'autres politiques des pouvoirs publics peuvent consister à soutenir les entreprises privées de certains secteurs de l'économie non compétitives en tant que fournisseurs ou entrepreneurs sur les marchés publics ou incapables de participer librement à l'ensemble de l'activité économique, de sorte qu'elles deviennent concurrentielles et puissent participer pleinement aux marchés concernés. D'autres politiques encore peuvent viser à promouvoir le développement de capacités locales en prévoyant un appui aux petites et moyennes entreprises (PME) et la participation de collectivités locales à la passation de marchés. Les États peuvent également chercher à accorder certains types

de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Il s'agit généralement de politiques à caractère social, économique ou environnemental pouvant viser un secteur spécifique ou un développement général, ou l'amélioration de l'environnement, de la situation de groupes désavantagés ou de facteurs économiques.

13. La Loi type regroupe ces politiques et objectifs sous le terme "politiques socioéconomiques" (voir la définition des "politiques socioéconomiques" dans l'article 2 *o* et prévoit leur poursuite et leur mise en œuvre, dans le cadre de la passation de marchés, dans ses articles sur la participation, sur la qualification, sur la description de l'objet du marché et sur les critères et procédures d'évaluation (art. 8 à 11), ainsi qu'en permettant dans ce but le recours exceptionnel à la sollicitation d'une source unique (article 30-5 *e*). Par les mesures envisagées dans ces dispositions, la passation de marchés peut être réservée à certains groupes ou secteurs de l'économie, qui peuvent également bénéficier d'un traitement préférentiel dans la procédure de passation concernée.

14. La poursuite et la mise en œuvre de ces politiques peut avoir une incidence sur le fonctionnement même du système de passation des marchés, puisqu'il s'agit essentiellement de restreindre la concurrence pour une passation de marché donnée. Pour cette raison, la poursuite de politiques socioéconomiques suppose des exceptions au principe de concurrence pleine et ouverte et peut accroître le coût de la passation de marché en gonflant le prix finalement payé. De plus, le coût du suivi de l'application des politiques gouvernementales peut accroître le coût administratif ou le coût de l'opération, nuisant ainsi à l'efficacité. D'un autre côté, des politiques de ce type peuvent ouvrir les marchés publics à des groupes ou à des secteurs qui en étaient traditionnellement exclus (tels que les PME) et accroître la participation et la concurrence, bien qu'à plus long terme ces avantages peuvent ne pas persister (par exemple, si ces fournisseurs ou entrepreneurs décident artificiellement de rester des PME). Il faut donc soigneusement mettre en balance la poursuite et la mise en œuvre des politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés et les coûts qu'elles peuvent entraîner à court et à long terme.

15. À cet égard, même si certaines politiques préférentielles (telles que le recours à des critères d'évaluation privilégiant un groupe donné) semblent avoir donné des résultats plus positifs que les politiques réservées (telles que restreindre la qualification, exiger de sous-traiter à un groupe donné ou recourir à la passation de marchés nationaux), le principal souci est que l'exclusion complète de la concurrence pour une période prolongée ou lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent déjà entrer en concurrence

risque aussi de compromettre le développement des capacités que ces politiques visent à réaliser. Ces politiques peuvent donc être jugées appropriées comme mesures transitoires aux seules fins de donner l'accès au marché à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout en ouvrant l'économie nationale, notamment en renforçant les capacités, mais ne devraient pas être utilisées comme une forme de protectionnisme. Ces politiques devraient s'accompagner d'une ouverture progressive à une concurrence illimitée.

16. Comme elle donne lieu à des exceptions à la concurrence pleine et ouverte, la promotion de politiques socioéconomiques au moyen de systèmes de passation des marchés visés dans la Loi type doit être considérée comme une mesure exceptionnelle. Elle est également soumise à deux importantes réserves.

17. La première est que les politiques socioéconomiques ne peuvent être mises en œuvre au moyen de la passation des marchés que dans la mesure où les obligations internationales de l'État adoptant le permettent. La mise en œuvre de politiques socioéconomiques peut entraîner une discrimination à l'encontre des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, soit parce que ces politiques sont ainsi conçues, soit parce qu'elles ont cet effet (par exemple, si les normes imposées sont plus strictes que celles s'appliquant dans d'autres États). Elle va donc à l'encontre des objectifs de la Loi type—assurer une participation et une concurrence maximales—et de sa règle générale selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés quelle que soit leur nationalité. (Cette règle générale répond aux principes qui sous-tendent l'AMP de l'OMC (voir plus haut le paragraphe 8 de la première partie) et d'autres textes internationaux et régionaux sur la passation des marchés.)

18. Cette réserve trouve son expression à l'article 3 de la Loi type, qui dispose que celle-ci est expressément subordonnée aux accords internationaux conclus par l'État adoptant. En pratique, les dispositions de nombreux accords commerciaux—comportant l'exigence que les fournisseurs et entrepreneurs des pays signataires ne soient pas défavorisés par rapport aux fournisseurs et entrepreneurs nationaux, et interdisant les opérations de compensation et mesures similaires—signifient que certaines possibilités ne seront pas ouvertes aux États adoptants parties à ces accords.

19. La deuxième réserve est que les politiques visées ne peuvent être menées au moyen de la passation des marchés que dans la mesure où elles sont prévues dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant ou dans les règlements en matière de passation de marchés: elles ne peuvent être des politiques de la seule entité adjudicatrice.

20. La Loi type ne restreint pas le type de politiques socioéconomiques pouvant être menées, mais elle prévoit des règles de transparence strictes afin d'assurer que les modalités d'application de ces politiques soient claires pour tous les participants à la procédure [voir en particulier les règles sur la communication des critères de qualification, d'examen et d'évaluation et leurs modalités d'application aux procédures de passation des marchés (art. 8 à 11 et 39, 47 et 49) et le commentaire s'y rapportant dans la deuxième partie du présent *Guide*].

21. Les restrictions de la Loi type et les strictes exigences de transparence visent également à garantir que l'incidence de ces politiques peut être évaluée par les fournisseurs ou entrepreneurs qui envisagent de participer à une procédure de passation de marchés. Elles peuvent aussi permettre de calculer les coûts certains de ces politiques en les comparant à des données de référence établies (calcul du surcoût de la politique concernée) et de les mettre en balance avec les bénéfices escomptés. Les États adoptants sont donc invités à déterminer si le recours à la passation de marchés contribue effectivement et efficacement à la réalisation des divers objectifs de ces politiques socioéconomiques. Les États peuvent également être en mesure d'évaluer leur performance en la comparant avec des données empiriques provenant d'autres États, même si on considère que l'évaluation empirique des coûts et des résultats sera probablement difficile. D'autres mesures que le recours à des critères socioéconomiques peuvent être appliquées: fournir une assistance technique ciblée, simplifier les procédures et démarches administratives, garantir des ressources financières suffisantes à l'ensemble des secteurs de l'économie et exiger que les entités adjudicatrices payent régulièrement et ponctuellement les fournisseurs et entrepreneurs. Des formations et des informations sur le système de passation des marchés peuvent diminuer la réticence à participer lorsque les procédures sont méconnues, imprécises, longues et complexes, et améliorer ainsi l'efficacité de l'appui fourni à des groupes particuliers au sein de l'économie.

22. On trouvera de plus amples précisions sur la mise en œuvre et l'utilisation des politiques socioéconomiques, lorsqu'elles sont autorisées par la loi de l'État adoptant concerné, dans le **commentaire de l'introduction du chapitre premier**, ainsi que dans le **commentaire des articles 8 à 11, dans la deuxième partie** du présent *Guide*.

Participation communautaire à la passation des marchés

23. Généralement, le pouvoir de mener des projets avec la participation des communautés locales découle en principe de règles et règlements régissant les dépenses publiques et non de la législation sur la passation des

marchés. La Loi type ne traite pas d'une telle participation. La partie principale du cycle de la passation de marchés régie par la Loi type, la phase de sélection, ne prévoit pas la participation des communautés parce que la Loi type n'est pas censée réglementer la structure interne de l'entité adjudicatrice ni des fournisseurs et entrepreneurs. Il importe de veiller à ce qu'aucune mesure de l'entité adjudicatrice visant la participation des communautés lors de la phase de sélection n'aille à l'encontre des dispositions et procédures de la Loi type.

24. La participation des communautés au contrôle par le public de la procédure de passation de marchés est néanmoins prévue dans la Loi type par plusieurs dispositions exigeant notamment d'annoncer publiquement en temps voulu les décisions importantes touchant cette procédure, de fournir des informations sur ces décisions à quiconque en fait la demande et de rendre public le procès-verbal de la procédure.

25. En outre, la possibilité d'appliquer des politiques socioéconomiques, évoquée ci-dessus, permettrait à la communauté locale de participer à l'exécution d'un projet. Cela peut se faire en imposant aux fournisseurs ou entrepreneurs d'employer de la main-d'œuvre locale ou d'utiliser des matériaux locaux et de prendre des mesures de responsabilité sociale des entreprises au titre des critères de qualification visés à l'article 9, en utilisant des critères d'évaluation pour mettre en œuvre les politiques socioéconomiques de l'État adoptant en vertu de l'article 11 ou en recourant à la sollicitation d'une source unique pour assurer la participation de la communauté (en vertu de l'article 30). Certains moyens d'améliorer la participation de la communauté locale peuvent donner lieu à l'imposition de restrictions aux participants pouvant assurer la livraison du projet et il y a donc un risque de nuire à la transparence, d'augmenter les coûts ou de diminuer la concurrence. Les réserves examinées ci-dessus concernant les politiques socioéconomiques seront donc pertinentes lorsqu'il sera question de la participation des communautés locales à la passation de marchés.

26. La participation des communautés locales à la phase de mise en œuvre de la passation des marchés, notamment au moyen d'un examen des dépenses publiques, peut améliorer la conception et l'exécution du projet. L'expérience montre que le contrôle des communautés peut être efficace si celles-ci connaissent suffisamment l'objet du marché, ce qui est généralement le cas pour des projets à petite échelle.

27. Chaque fois que la participation des communautés locales est envisagée, l'entité adjudicatrice doit également déterminer avec prudence ce que recouvre la communauté et bien choisir les représentants avec qui elle va traiter,

afin d'éviter tout risque de contestation ou conflit juridique. À cet effet, elle voudra peut-être mener au préalable des activités de sensibilisation.

c) *Protection des informations classifiées*

28. Comme indiqué ci-après dans la section intitulée "**Champ d'application de la Loi type**", le champ d'application d'un système de passation des marchés suivant la Loi type comprend les marchés de défense et de sécurité, sachant que les dispositions concernant la transparence peuvent alors devoir être modifiées pour tenir compte des informations classifiées. Ces modifications supposent de trouver un juste équilibre entre l'objectif de protection des informations concernées et les obligations normales de transparence imposées par la Loi type, essentielles pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et atteindre les autres objectifs de la Loi type figurant dans le Préambule. La CNUDCI a donc veillé à ce que les modifications prévues se limitent au strict nécessaire, notamment en exigeant un examen au cas par cas et l'inscription au procès-verbal des raisons justifiant les modifications, afin d'empêcher qu'il soit porté atteinte à un principe aussi fondamental de la Loi type. On trouvera de plus amples informations sur la protection des informations classifiées, notamment dans le contexte des marchés de défense et de sécurité, à la section "Informations classifiées" du **commentaire, dans l'introduction du chapitre premier** de la deuxième partie du présent Guide.

4. La passation de marchés en ligne, outil de promotion des objectifs de la passation de marchés publics dans le contexte de la Loi type

29. La passation de marchés en ligne consiste en l'acquisition de biens, travaux et services au moyen des technologies de l'information sur Internet. Étant donné le rythme rapide de l'évolution technologique et la possibilité que de nouvelles technologies apparaissent, l'expression "passation de marchés en ligne" désigne dans le présent *Guide* l'utilisation de communications électroniques pour transmettre des informations par voie électronique ou par une voie analogue et les enregistrer sur support électronique. Les questions de politique générale touchant l'introduction et l'utilisation de la passation de marchés en ligne s'appliquent de manière générale à toutes les nouvelles technologies de l'information pouvant être utilisées pour transmettre ou enregistrer des informations ou des documents et conduire des procédures de passation de marchés.

30. La CNUDCI a reconnu les avantages que pouvait apporter la passation de marchés en ligne en termes de promotion de la réalisation des objectifs

de la Loi type. Par exemple, il lui a été signalé que les bénéfices financiers découlant de ces avantages pouvaient dépasser 5 % de la valeur des marchés publics et que les possibilités de réduire la corruption et les abus semblaient également considérables.

31. En résumé, la passation de marchés en ligne peut améliorer le rapport qualité-prix de l'ensemble du système de passation des marchés et contribuer à une meilleure gouvernance dans ce secteur clef de l'activité des pouvoirs publics. La CNUDCI a donc rédigé la Loi type de manière qu'elle permette le recours à la passation de marchés en ligne.

32. Toutefois, l'introduction de la passation de marchés en ligne présente des risques et des difficultés pouvant nécessiter une mise en œuvre par phases. Ces risques et difficultés, ainsi que les garanties et processus que la Loi type envisage pour y faire face, sont examinés ci-après dans la section intitulée **“Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation de marchés en ligne”**. La situation de chaque État adoptant, ses capacités techniques et sa capacité en matière de gouvernance, de passation des marchés publics et de gestion financière détermineront ensemble les modalités d'application des politiques de passation des marchés en ligne. En outre, la volonté politique de procéder aux importantes réformes nécessaires et d'ouvrir la passation des marchés publics à la transparence et à l'examen des fournisseurs, des entrepreneurs et de la société civile est primordiale pour permettre à la passation de marchés en ligne de réaliser son potentiel: améliorer les objectifs du système de passation des marchés.

5. Acquisitions par des groupes d'entités adjudicatrices, notamment dans le contexte international, en vertu de la Loi type

33. La Loi type a été rédigée de manière à tenir compte de la passation de marchés par des groupes d'entité adjudicatrices, qui peut s'avérer économiquement avantageuse (voir en particulier la définition du terme “entité adjudicatrice” à l'article 2 et les dispositions sur les procédures d'accords-cadres au chapitre VII de la Loi type). Ce type d'arrangement peut être désigné par l'expression “achats centralisés” et des procédures d'accords-cadres (prévues au chapitre VII) peuvent être utilisées pour les appuyer. Il convient de bien faire la distinction entre les achats centralisés et un système de passation des marchés qui centralise la prise de décisions en la matière au sein de l'organisme de passation des marchés ou autre instance, comme on le verra ci-après dans la section intitulée **“Appui institutionnel”**.

34. La Loi type permet les regroupements d'entités adjudicatrices mais ne régit pas en détail ces arrangements d'achat. Il appartient à l'État adoptant

de réglementer des questions telles que la distribution des rôles au sein de l'administration, la responsabilité juridique et la représentation juridique afin de permettre à de tels arrangements d'aboutir. Par exemple, dans certains systèmes, pour garantir une responsabilité effective, une entité peut jouer le rôle d'entité adjudicatrice principale; dans d'autres, l'entité adjudicatrice peut être constituée de tous les organismes acheteurs.

35. Les groupes se composent le plus souvent d'entités d'un seul État adoptant mais la Loi type permet également les groupes d'entités provenant de différents États. Dans un contexte international, un acheteur ou une entité adjudicatrice d'un État peut agir en qualité d'entité principale au nom des acheteurs ou entités adjudicatrices d'autres États. Dans cette situation, d'autres questions telles que le choix de la loi et la loi applicable se poseront également, puisque ce type de coopération peut ou non relever d'une loi nationale particulière ou être régi par des accords internationaux. Des considérations similaires peuvent s'appliquer notamment aux pouvoirs d'administration, à la responsabilité juridique et à la représentation juridique. À cet égard, l'article 3 de la Loi type, qui donne la primauté aux accords internationaux, est pertinent.

6. Contexte international de la Loi type et promotion de la participation internationale aux procédures de passation des marchés

36. Une des principales préoccupations de la CNUDCI est de permettre l'utilisation la plus large possible de la Loi type. À cet égard, elle a cherché à rendre le texte le plus utile possible en l'harmonisant dans la mesure du possible avec d'autres textes internationaux sur la passation des marchés, de sorte qu'il puisse être utilisé sans modification majeure par les parties à ces instruments.

37. Il est à noter que la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir ci-après le paragraphe 8 de la première partie) traite de la prévention de la corruption en énonçant dans son article 9-1 des règles minimales obligatoires pour la passation des marchés. Aux termes de cet article, chaque État partie doit prendre "les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption".

38. L'AMP de l'OMC (voir ci-après le paragraphe 8 de la première partie) vise à ouvrir autant que possible les marchés publics à la concurrence internationale au moyen d'obligations de traitement national, de

non-discrimination, de transparence et de libre concurrence. Il existe aussi au niveau régional des accords commerciaux et des directives sur la passation des marchés s'appliquant dans d'autres groupements économiques ou politiques d'États.

39. La CNUDCI a tenu compte des dispositions de ces textes et accords en élaborant la Loi type, de sorte que les États parties puissent l'utiliser sans modifier outre mesure leur législation des marchés. En cas de conflit, l'article 3 de la Loi type consacre le respect des obligations internationales de l'État adoptant. Ces obligations et leurs conséquences pour les États adoptants sont examinées dans le **commentaire de l'article 3**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

B. Principales caractéristiques de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011

1. Champ d'application de la Loi type

a) Application à tous les marchés publics

40. La Loi type est censée pouvoir s'appliquer à tous les marchés publics passés dans l'État adoptant: le meilleur moyen d'atteindre ses objectifs est de lui conférer l'application la plus large possible. L'article premier prévoit donc qu'elle s'applique à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant, et elle contient des dispositions convenant à tous les types de passation de marchés, y compris les marchés de la défense et autres marchés sensibles, comme on le verra ci-après à la sous-section *b*.

41. Pour la même raison et à l'inverse d'autres systèmes, la Loi type ne prévoit pas de seuil général en deçà duquel ses dispositions ne s'appliqueraient pas, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'introduction du chapitre premier**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, même s'il existe certaines exceptions pour les marchés de faible valeur, comme il est également expliqué dans ce commentaire.

42. La Loi type prévoit des procédures pour d'autres situations pouvant survenir dans la passation de marchés publics: acquisition de produits standard, situations d'urgence ou de catastrophe, achat de biens ou de services complexes ou spécialisés. Chaque méthode est conçue pour les circonstances dans lesquelles elle est censée être utilisée, comme il est expliqué dans le commentaire de la section I du chapitre II et de chacune de ces méthodes, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

43. La Loi type s'applique aux passations de marchés se déroulant sous quelque forme que ce soit: sur papier, en ligne ou au moyen d'autres technologies nouvelles. Les mêmes conditions de forme et autres normes s'appliquent dans tous les cas.

44. Les dispositions de la Loi type peuvent être adaptées pour fournir des règles et procédures convenant à des systèmes de passation de marchés dans d'autres contextes, notamment au niveau infranational ou au sein d'organisations financées par des fonds publics. En outre, dans les pays en développement et les pays à économie en transition, de nombreux projets peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par l'investissement étranger direct. La Loi type comporte des méthodes de passation des marchés convenant à des projets importants et complexes, qui peuvent être adaptées pour le volet passation des marchés de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs.

45. La Loi type prévoit un cadre juridique pour les procédures de sélection du fournisseur ou entrepreneur à retenir, mais ne régit pas d'autres phases du cycle de la passation de marchés ou d'autres aspects d'un système de passation. L'État adoptant devra donc se pencher sur ces éléments, dont beaucoup sont examinés ci-après à la section "**Application et utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**".

b) *Inclusion des marchés de défense et de sécurité*

46. La passation de marchés liés à la sécurité constitue dans beaucoup d'États adoptants un secteur important de la passation des marchés, qu'il s'agisse d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, de marchés essentiels pour la sécurité et la défense nationales ou de marchés touchant d'autres questions de sécurité, telles que la construction d'installations pénitentiaires.

47. Longtemps (notamment dans la Loi type de 1994), ces marchés ont été exclus en bloc de la législation sur la passation des marchés et de la réglementation appuyant celle-ci. Le présent texte inclut la défense et la sécurité nationales, lorsqu'il y a lieu, dans le champ d'application général de la Loi type, afin de promouvoir l'application de règles juridiques harmonisées à tous les secteurs dans les États adoptants et de sorte que toutes les passations de marchés puissent tirer parti des dispositions de la Loi type. La CNUDCI sait toutefois que de telles passations de marchés nécessitent de la souplesse et qu'il faut permettre aux États de respecter leurs obligations internationales en la matière.

48. Premièrement, il est admis que les obligations étendues imposées par la Loi type en matière de transparence peuvent ne pas être compatibles avec toutes ces passations de marchés: certaines phases du processus de passation devront être modifiées pour tenir compte d'informations classifiées, qui par nature peuvent être sensibles ou confidentielles. Ces modifications sont permises non pas parce que ces marchés concernent la défense ou d'autres secteurs sensibles, mais parce qu'ils mettent en jeu des informations classifiées, comme on l'a vu plus haut à la section sur la "**Protection des informations classifiées**" et comme on le verra plus en détail dans l'**introduction du chapitre premier**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

49. Les marchés de la défense et autres marchés sensibles soulèvent souvent des questions de sécurité des informations, mais présentent aussi d'autres particularités, telles leur complexité et la nécessité d'assurer la sécurité d'approvisionnement. Pour ces raisons, la Loi type permet l'utilisation de méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert, telles que la demande de propositions avec dialogue, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, si l'entité adjudicatrice établit que la méthode retenue convient le mieux à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Le commentaire du chapitre II traite de l'utilisation de méthodes de passation (entre autres choses) dans le contexte des marchés de la défense et autres marchés sensibles. La sécurité d'approvisionnement peut également être assurée par l'utilisation des procédures d'accords-cadres visées au chapitre VII.

2. *Éléments et procédures essentiels de la Loi type*

50. Pour réaliser les objectifs de la Loi type, le texte principal régissant la passation des marchés publics devrait comporter au minimum les principes et procédures essentiels suivants:

a) L'obligation de publier la loi applicable, les règlements en matière de passation des marchés et les autres informations pertinentes (art. 5);

b) L'obligation d'annoncer à l'avance par voie de publication chaque procédure de passation de marchés (avec les informations pertinentes) (art. 33 à 35) et de publier ensuite des avis d'attribution des marchés (art. 23);

c) L'obligation de décrire l'objet du marché conformément à l'article 10 (c'est-à-dire de manière objective et en règle générale sans référence à une marque particulière, afin que les soumissions puissent être établies et comparées sur une base commune et objective);

d) L'obligation de communiquer à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels les procédures de qualification et les critères pouvant être

utilisés pour déterminer quels fournisseurs ou entrepreneurs seront admis à participer, et les critères particuliers qui permettront de déterminer si les fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés ou non pour une procédure de passation particulière (art. 9 et 18);

e) L'obligation de recommander l'appel d'offres ouvert comme méthode de passation des marchés et de justifier objectivement le recours à toute autre méthode (art. 28);

f) La possibilité d'appliquer d'autres méthodes de passation de marchés aux principales situations susceptibles de se présenter (marchés simples ou de faible valeur, situations d'urgence ou de catastrophe, achats récurrents et achat de biens ou services complexes ou spécialisés), et les conditions d'utilisation de ces autres méthodes (art. 29 à 31);

g) L'obligation de prescrire des règles standard pour la conduite de chaque procédure de passation de marchés (chap. III à VII);

h) L'obligation de prévoir que la forme et les modalités de communication avec les fournisseurs ou entrepreneurs n'empêchent pas l'accès à la passation de marchés (art. 7);

i) L'obligation de prévoir un délai d'attente obligatoire entre l'identification du fournisseur ou entrepreneur à retenir et l'attribution du marché ou de l'accord-cadre, afin que toute violation des dispositions de la Loi type puisse être traitée avant l'entrée en vigueur du marché (art. 22-2); et

j) Des procédures obligatoires de contestation et d'appel en cas de violation de règles ou de procédures (chap. VIII).

51. Les États sont censés adapter la Loi type à leur propre situation, notamment à leur tradition législative, sans toutefois porter atteinte aux principes et procédures essentiels du texte.

3. Structure de la Loi type

52. La Loi type comprend huit chapitres correspondant aux principes et procédures essentiels décrits ci-dessus.

53. Les chapitres I^{er} et II contiennent des dispositions d'application générale, définissant ainsi les grands principes et les principales procédures selon lesquels le système envisagé dans la Loi type est censé fonctionner. Les dispositions du chapitre premier précisent comment les objectifs énoncés dans le Préambule sont mis en œuvre, régissant des questions telles que l'obligation de veiller à ce que l'ensemble des conditions de toute procédure de passation de marchés soient fixées et publiées à l'avance (notamment les règles selon lesquelles elle fonctionnera, l'objet du marché, les personnes

pouvant participer et la manière de déterminer quelles sont les soumissions conformes et quel est le fournisseur ou entrepreneur à retenir). Elles comportent également des exigences institutionnelles et administratives, telles que la question des règlements et de la tenue d'un procès-verbal, qui sont nécessaires au bon fonctionnement du système de passation des marchés dans son ensemble. Le commentaire de l'**introduction du chapitre premier** et des différents articles, dans la deuxième partie du présent *Guide*, fournissent de plus amples informations sur les principes généraux et leur application.

54. On trouvera à la section I du chapitre II les dispositions régissant le choix de la méthode de passation de marchés, décision capitale pour l'étape de sélection ou d'attribution. La Loi type contient un éventail de méthodes de passation des marchés reflétant l'évolution qui a eu lieu ces dernières années dans ce domaine et dans la pratique des gouvernements en la matière. Le **commentaire de la section I du chapitre II** et des méthodes de passation de marchés elles-mêmes, dans la deuxième partie du présent *Guide*, traitent des raisons pour lesquelles diverses méthodes de passation ont été prévues dans la Loi type, des principes régissant le choix d'une méthode et des conditions d'utilisation de chacune d'elles.

55. La section II du chapitre II contient des dispositions régissant les modalités de sollicitation de chaque méthode de passation des marchés, destinées à assurer l'application du principe essentiel de transparence que consacre la Loi type, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire sur cette **section, dans la deuxième partie** du présent *Guide*.

56. Les chapitres III à VII traitent des procédures des différentes méthodes et techniques de passation des marchés prévues dans la Loi type. Ces dispositions ne visent pas à fournir un ensemble complet de procédures pour chaque méthode ou technique, mais à définir pour elles un cadre et les étapes essentielles du processus. Elles sont donc censées être complétées par une réglementation ou des orientations plus détaillées, comme il est expliqué dans la section qui suit ainsi que dans le **commentaire de l'article 4** et de chaque chapitre de la deuxième partie du présent *Guide*.

57. Le chapitre VIII établit une série de procédures permettant aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels de contester les décisions prises pendant le processus de passation d'un marché. Comme il est expliqué dans le **commentaire de l'introduction de ce chapitre**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, les traditions administratives et juridiques des États adoptants présentent de grandes différences concernant les appels contre les décisions administratives prises par une administration publique ou en son nom. Ce chapitre prévoit la souplesse et les orientations nécessaires pour tenir compte

de ces traditions sans remettre en cause le principe essentiel: l'existence d'une instance devant laquelle toutes les décisions prises durant le processus de passation des marchés, notamment le choix de la méthode de passation, peuvent être contestées et, si nécessaire, faire l'objet d'un appel.

C. Application et utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

1. La Loi type en tant que loi "cadre": éléments d'un système de passation des marchés

58. La Loi type vise à prévoir l'ensemble des procédures et principes essentiels pour conduire une procédure de passation de marchés dans les diverses situations que peuvent rencontrer les entités adjudicatrices. Il s'agit donc d'une loi "cadre" n'énonçant pas elle-même l'ensemble des règles qui peuvent être nécessaires pour mettre ces procédures en œuvre dans un État adoptant. Une législation fondée sur la Loi type doit donc s'inscrire dans un système de passation des marchés cohérent et intégré comprenant des règlements, une infrastructure juridique propice et des orientations et autres outils de renforcement des capacités.

59. Traiter le système de passation des marchés dans sa globalité contribuera à développer les capacités de le faire fonctionner, aspect important puisque la Loi type prévoit que les responsables de la passation des marchés exerceront un pouvoir discrétionnaire limité tout au long du processus, notamment en définissant les critères de qualification, de conformité et d'évaluation et en choisissant la méthode de passation (et les modalités de sollicitation dans certains cas).

a) Règlements et autres textes législatifs à l'appui de la Loi type

60. En premier lieu, la Loi type suppose l'adoption par les États d'une réglementation complétant 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 (par exemple, en raison de la valeur réelle des seuils de demande de prix et de la prise en compte de progrès techniques). L'article 4 de la Loi type exige que l'entité chargée de promulguer les règlements en matière de passation des marchés soit mentionnée dans le texte même de la loi (comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). La CNUDCI compte

publier sur son site Web un document soulignant les principales questions à traiter dans les règlements en matière de passation des marchés.

61. En ce qui concerne le reste de l'infrastructure juridique, les procédures de passation des marchés visées par la Loi type soulèvent des questions de procédure qui seront traitées dans les règlements en matière de passation des marchés, mais on trouvera probablement aussi des réponses à d'autres questions juridiques qui se posent dans d'autres branches du droit (droit administratif, droit des contrats, droit pénal et règles de procédure judiciaire). Les entités adjudicatrices devront peut-être prendre en compte et appliquer la législation sur l'emploi et l'égalité, les exigences en matière d'environnement ou d'autres règles. Le document à paraître sur les règlements en matière de passation des marchés, mentionné au paragraphe précédent, ne traitera pas de questions pouvant relever d'autres règlements, tels que ceux sur les mesures de lutte contre la corruption, le pouvoir d'échanger des informations entre organismes, l'application d'accords internationaux, le commerce électronique et les règles de procédure s'appliquant aux contestations de décisions concernant la passation des marchés. L'approche suivie pour réglementer la passation des marchés devrait aussi être en accord avec la tradition juridique et administrative de l'État adoptant, de sorte que le système de passation des marchés fonctionne dans un corps de règles cohérent. Les États adoptants renforceront leur efficacité en matière de passation des marchés dans la mesure où les diverses questions de droit et d'application seront clairement disséminées et leur interaction avec le droit des marchés publics bien comprise.

62. On trouvera des considérations sur la mise en œuvre de la passation des marchés en ligne ci-après, dans la section intitulée "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**".

b) *Orientations complémentaires à l'appui de la structure juridique*

63. Toutes les questions qui se posent dans le processus de passation des marchés ne peuvent pas être résolues juridiquement, notamment au moyen d'une réglementation: l'application effective et l'efficacité opérationnelle de la Loi type seront renforcées par la publication de règles internes, de notes d'orientation et de manuels. Ces documents peuvent avoir pour effet de normaliser les procédures, d'harmoniser les spécifications et les conditions contractuelles et de renforcer les capacités.

64. Les règles et notes d'orientation concernant tous les aspects de la passation des marchés seront elles-mêmes renforcées par des formulaires et

documents types. Une combinaison de ces mesures s'est avérée efficace dans la pratique. Les organisations internationales et régionales et d'autres organismes s'occupant de réforme de la passation des marchés utilisent des manuels et des documents types dans les systèmes qu'ils recommandent et dans leurs propres systèmes internes. Ces documents sont généralement accessibles au public sur leurs sites Web.

Retour d'information

65. Une procédure non mentionnée expressément dans la Loi type mais constituant un bon moyen d'appuyer la réalisation de ses objectifs est le retour d'information. Il s'agit d'un processus informel par lequel, le plus souvent, l'entité adjudicatrice indique à un fournisseur ou entrepreneur les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 22**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

c) Appui institutionnel et administratif à la structure juridique

66. La Loi type part aussi du principe que l'État adoptant dispose des structures institutionnelles et administratives appropriées et du personnel nécessaire pour administrer les procédures de passation de marchés qui y sont prévues, ou les mettra en place. Il convient cependant de noter qu'en adoptant la Loi type, un État ne s'engage pas en faveur d'une structure administrative particulière. On trouvera ci-après un bref examen des types d'appuis envisagés en rapport avec la Loi type.

Appui administratif

67. Au niveau administratif, une interaction adéquate entre les systèmes de gestion des finances publiques et la passation des marchés est une caractéristique d'une bonne gouvernance. Elle est aussi nécessaire pour assurer le respect de la Convention des Nations Unies contre la corruption (en particulier de son article 9) (voir plus haut, par. 8). Des exigences ou procédures concernant l'établissement des budgets pouvant se trouver dans diverses sources, les États adoptants veilleront à ce que les entités adjudicatrices connaissent toutes leurs obligations en la matière et sachent notamment si des crédits doivent être ouverts avant de pouvoir engager une procédure de passation de marchés, et si ces obligations font intrinsèquement partie du système de passation des marchés.

68. Au niveau macroéconomique, l'action des pouvoirs publics en tant qu'acheteur pourrait entraîner une concentration du marché et une réduction du nombre de fournisseurs ou entrepreneurs participants, surtout si les achats effectués représentent une part importante du marché en volume ou en valeur. Dans le cas extrême, des oligopoles ou des monopoles pourraient se créer ou se perpétuer. Les entités adjudicatrices, qui prennent des décisions au niveau microéconomique, ne seront généralement pas en mesure de considérer l'impact macroéconomique à plus long terme. C'est pourquoi il convient d'assurer la communication d'informations et la coopération entre les organismes chargés de contrôler la passation des marchés publics (organisme public ou autre entité responsable de la passation des marchés, comme il est expliqué dans la section qui suit) et l'organisme responsable de la politique en matière de concurrence. Ce dernier peut veiller à prévenir la collusion, le trucage des offres et la concentration dans la passation des marchés publics et autres.

69. Comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 21**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, la Loi type prévoit que le fournisseur ou entrepreneur proposant des incitations ou ayant un conflit d'intérêts ou un avantage concurrentiel injuste est exclu de la procédure de passation de marchés. Comme il est également noté dans ce commentaire, les États adoptants voudront peut-être introduire un système de sanctions pouvant comporter une exclusion temporaire ou permanente des marchés futurs (et pouvant s'appeler procédure administrative d'exclusion ou de suspension dans certains systèmes). Il convient d'assurer la coordination des procédures entre les organismes pouvant prononcer l'exclusion ou la suspension, notamment en ce qui concerne les garanties de régularité de la procédure et les mécanismes de transparence, et de mettre à la disposition de l'ensemble de ces organismes les informations concernant les fournisseurs ou entrepreneurs exclus ou suspendus.

70. Les États adoptants voudront peut-être aussi se poser la question de savoir si l'autorité en matière de concurrence et de passation de marchés s'exercerait plus efficacement à un niveau centralisé ou décentralisé.

Appui institutionnel

71. Au niveau institutionnel, l'État adoptant jugera peut-être souhaitable de créer un organisme chargé de la passation des marchés publics ou une autre autorité qui aidera à l'application des règles, politiques et pratiques de passation des marchés auxquelles s'applique la Loi type. Les fonctions d'un tel organisme pourraient, par exemple, être les suivantes:

a) *Veiller à l'application effective de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés.* Il peut s'agir de la question des règlements en matière de passation des marchés visés à l'article 4 de la Loi type, du code de conduite visé à l'article 26, de contrôler l'application de la législation et de la réglementation sur la passation des marchés, de formuler des recommandations pour leur amélioration, de les interpréter et de traiter les conflits d'intérêts et autres questions pouvant donner lieu à des sanctions ou à des mesures d'exécution. On trouvera un examen plus détaillé de ces questions dans le **commentaire des articles 21 et 26**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

b) *Rationaliser et normaliser la passation des marchés et les pratiques en la matière.* Il peut s'agir de coordonner la passation des marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents et procédures types, comme noté plus haut dans la section intitulée "**Orientations complémentaires à l'appui de la structure juridique**". Cette fonction peut être particulièrement productive si l'État adoptant cherche à renforcer la participation des petites et moyennes entreprises au processus de passation des marchés.

c) *Contrôler la passation des marchés et le fonctionnement de la législation et de la réglementation en la matière en tenant compte des grandes orientations politiques nationales.* Il peut s'agir de superviser les différentes procédures de passation des marchés et le système de passation des marchés publics (examiné ci-après dans la présente sous-section), d'examiner l'incidence de la passation des marchés sur l'économie nationale (notamment de contrôler la concentration de certains marchés et les risques éventuels pour la concurrence, en coopération avec les organismes chargés de la concurrence, comme il est noté plus haut dans la présente section), d'analyser les coûts et avantages de la poursuite d'objectifs socioéconomiques au moyen de la passation de marchés, d'émettre des avis concernant les effets de certains marchés sur les prix et d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans les programmes et politiques du gouvernement.

d) *Renforcer les capacités.* L'organisme pourrait également être chargé de former les agents chargés de la passation des marchés et les autres fonctionnaires participant au fonctionnement du système de passation des marchés. Un élément essentiel d'un système de passation des marchés efficace fondé sur la Loi type est la mise en place d'un cadre d'agents d'un grand professionnalisme, en particulier aux niveaux les plus élevés des entités adjudicatrices, où sont prises les décisions cruciales. Les avantages qu'il y a à considérer la passation des marchés comme une fonction technique plutôt qu'administrative et les personnes qui en sont chargées comme égales à d'autres professionnels de la fonction publique (ingénieurs et avocats, notamment, et membres des comités d'appel d'offres) sont amplement démontrés aux niveaux régional et international, pour ce qui est tant de prévenir la

corruption que de réaliser des économies ou d'obtenir un bon rapport qualité-prix. Il existe au niveau international divers organismes spécialisés dans la certification et la formation des agents chargés de la passation des marchés, et des informations à leur sujet sont accessibles à tous. Les programmes de renforcement des capacités devraient être conçus en fonction de besoins spécifiques et tenir compte des niveaux de capacités existants, des besoins de développement et de l'acquisition à terme de compétences plus approfondies. Les capacités doivent aussi être renforcées dans le secteur privé afin que fournisseurs et entrepreneurs connaissent le système de passation de marchés et puissent y participer, surtout lorsque l'État adoptant cherche à encourager la participation de nouveaux venus, notamment de PME ou de groupes traditionnellement défavorisés.

e) *Aider et conseiller les entités adjudicatrices et les agents chargés de la passation des marchés.* Ces agents peuvent avoir besoin d'orientations pour rédiger des documents internes à utiliser dans l'entité adjudicatrice et interpréter certains points du droit et de la réglementation, ou savoir s'il existe ailleurs dans l'État adoptant des spécialistes des marchés de biens ou de services hautement spécialisés ou complexes. Il se peut que des conseillers aient déjà donné des avis techniques ou juridiques au gouvernement ou à l'entité adjudicatrice concernée, mais les responsables de la passation des marchés voudront peut-être demander à l'organisme si les décisions qu'ils envisagent (par exemple, le recours à une autre méthode de passation des marchés ou à la sollicitation directe) sont conformes au cadre législatif. Comme il est noté plus bas, les conseillers ne pourront agir efficacement en tant que tels s'ils jouent aussi un rôle dans l'exécution de ces décisions.

Cet organisme devrait aussi traiter dans ses orientations des difficultés pratiques que les agents chargés de la passation des marchés rencontrent couramment dans leur travail. Par exemple, il peut être difficile pour eux d'établir dans leur travail le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant consister en une succession d'actes dans le temps et plutôt qu'en un seul acte. Établir une distinction entre conflit d'intérêts (en tant que situation) et corruption (qui est un acte illicite) peut aussi s'avérer difficile en pratique. Les États adoptants voudront donc peut-être suivre de près les difficultés pratiques que les agents chargés de la passation des marchés rencontrent dans l'application du code de conduite, veillant à ce qu'ils prennent régulièrement part à des activités de formation leur permettant de mieux traiter ces difficultés, au besoin avec la participation d'autres institutions intéressées.

f) *Assurer la certification.* Dans certains cas, tels que les marchés complexes ou portant sur des sommes importantes, l'organisme pourrait aussi être habilité à examiner la procédure de passation de marchés pour garantir qu'elle est conforme à la Loi type et aux règlements en matière de passation des marchés, avant que le marché ne soit attribué ou n'entre en vigueur.

72. Par le passé, de nombreux systèmes de passation des marchés se caractérisaient par l'obligation d'obtenir une approbation extérieure préalable pour certaines mesures et décisions importantes des entités adjudicatrices (mécanisme parfois appelé passation de marchés centralisée). L'avantage d'un tel système est qu'il favorise la détection d'erreurs et de problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. Il peut en outre contribuer à l'uniformisation du système national de passation des marchés et favoriser le renforcement des capacités par la justification et l'examen des décisions ou mesures concernées. Il est cependant de moins en moins utilisé. De nombreux organismes donateurs engagés dans la réforme de la passation des marchés et le renforcement des capacités n'encouragent plus son utilisation, préférant que la prise de décision revienne aux entités adjudicatrices elles-mêmes (approche parfois appelée passation des marchés décentralisée). La principale raison donnée est que le recours à un système d'approbation préalable peut empêcher l'acquisition de capacités de décision à long terme et diluer les responsabilités.

73. Dans certaines situations, notamment en cas d'urgence, l'approbation préalable peut être particulièrement inadaptée. Une autre méthode consiste à ne contrôler les pratiques de passation des marchés qu'a posteriori, au moyen d'un audit ou d'une évaluation. Les responsables de la passation des marchés peuvent alors améliorer leurs compétences décisionnelles, et les mécanismes de communication d'informations permettent d'évaluer les décisions individuellement et à l'échelle du système.

74. Il n'y a donc dans la Loi type aucune disposition imposant une approbation extérieure préalable. La Loi type prévoit la possibilité d'inclure un mécanisme d'approbation extérieure aux articles 30-2 (dans le contexte des conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue) et 30-5 *e* (dans le contexte des conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique aux fins de promouvoir des politiques socioéconomiques), comme il est expliqué plus en détail dans le **commentaire de cet article**, dans la deuxième partie du présent *Guide*. De plus, l'entrée en vigueur du marché peut aussi être soumise à une approbation préalable en vertu de l'article 22, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

75. S'il décide d'exiger l'approbation extérieure, l'État adoptant devra veiller à ce que cette exigence soit énoncée dans la législation sur la passation de marchés. Il devrait aussi désigner le ou les organismes chargés de délivrer les diverses approbations et de définir les pouvoirs conférés à cet égard. Une fonction d'approbation peut être confiée à une institution ou autorité totalement indépendante de l'entité adjudicatrice (par exemple, le ministère des finances ou du commerce ou un organisme chargé de la

passation des marchés publics ou une autre autorité), ou à un organe de contrôle distinct au sein même de l'entité adjudicatrice. Une décision d'approbation peut être contestée en vertu du chapitre VIII de la Loi type, comme toutes les décisions prises dans le processus de passation des marchés.

76. Si les entités adjudicatrices sont indépendantes de la structure gouvernementale ou administrative de l'État, telles que certaines entreprises commerciales appartenant à l'État, les États jugeront peut-être préférable que la fonction d'approbation, de certification ou d'orientation soit exercée par un organisme faisant partie de l'appareil gouvernemental ou administratif qui veillera à ce qu'il soit dûment donné effet aux politiques publiques que vise à promouvoir la Loi type.

77. Surtout, en ce qui concerne les fonctions d'approbation, l'organisme doit pouvoir exercer ses fonctions de manière impartiale et efficace et être suffisamment indépendant des personnes ou services intervenant dans la procédure de passation des marchés. Il peut être préférable que ces fonctions soient exercées par un comité et non par une seule personne, afin d'éviter tout risque d'abus de pouvoir.

78. La procédure concernant toute exigence d'approbation devra être claire et transparente afin que l'on ne puisse s'en servir pour retarder le processus de passation des marchés. À cet égard, en décidant du niveau d'une éventuelle approbation extérieure, l'État adoptant voudra certainement tenir compte d'éléments tels que l'existence d'un secteur public important doté de fonctions complexes. Dans un État fédéral ou dans un État où l'accès aux autorités centrales est malaisé, les retards que peut entraîner une approbation extérieure obligatoire peuvent être importants.

79. Pour les types de passation de marchés pouvant être soumis à une approbation extérieure, des seuils ou d'autres orientations peuvent contribuer à l'utilisation d'un mécanisme d'approbation préalable sans compromettre l'acquisition de capacités à long terme, encore qu'une dilution des responsabilités puisse survenir si les responsabilités décisionnelles sont partagées ou peu claires. Toute décision par laquelle un organisme externe rejette le recours à une méthode de passation particulière ou l'attribution d'un marché devra être motivée et mentionnée au procès-verbal de la procédure de passation de marchés concernée, ainsi que dans les dossiers de cet organisme.

80. Une question connexe est celle du contrôle et de l'exécution des procédures de passation des marchés et du système dans son ensemble. Les structures et mécanismes de contrôle peuvent varier, mais ne seront efficaces que dans la mesure où ils relèvent d'une entité indépendante de celle qui

prend la décision, c'est-à-dire l'entité adjudicatrice ou tout organisme d'approbation. Dans les systèmes où l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou une autre autorité exerce des pouvoirs de décision, le contrôle pourrait aussi être assuré par un organisme national de vérification, qui peut aussi favoriser la prise de décisions et le renforcement des capacités et l'évaluation de l'incidence des procédures de passation des marchés au niveau macroéconomique. De même, pour ce qui est de faire respecter les dispositions de la législation fondée sur la Loi type, l'adoption du chapitre VIII de la Loi type exige une fonction de révision par une instance indépendante. Comme il est noté plus haut, une fonction consultative sera compromise si les agents chargés de la passation des marchés hésitent à y recourir de crainte qu'une mesure d'exécution ne soit prise sur la base des informations qu'ils fournissent lorsqu'ils demandent conseil.

81. La structure des organismes exerçant des fonctions d'administration, de révision, de contrôle et d'exécution des décisions dans un État adoptant et les fonctions précises qu'ils exerceront dépendront, entre autres, des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'État, qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être conçu dans un souci d'efficacité et d'économie, et assorti de contrôles visant à assurer l'indépendance des membres de ces organismes par rapport aux décideurs du gouvernement et des entités adjudicatrices. Tout système trop coûteux, demandant trop de travail à l'entité adjudicatrice ou aux participants à une procédure de passation des marchés ou entraînant des retards injustifiés, sera contre-productif. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les responsables de la procédure de passation de marchés pourrait dans certains cas les empêcher de travailler efficacement. Les États adoptants considéreront peut-être qu'en investissant dans un système où les entités adjudicatrices ont suffisamment de moyens et où les agents chargés de la passation des marchés sont suffisamment formés et équipés, ils contribueront au bon fonctionnement de ce système et à la maîtrise des coûts du contrôle administratif.

2. Application des principes de la Loi type à toutes les phases du cycle de la passation des marchés: planification et administration des marchés

82. La Loi type indique les procédures essentielles de sélection des fournisseurs et entrepreneurs pour un marché donné, conformes à ses objectifs énoncés plus haut, et prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Elle ne traite pas de la phase de planification ni de celle d'exécution des marchés. Ses dispositions ne traitent donc pas de questions telles que la budgétisation, l'évaluation des besoins,

les études de marché et les consultations, l'administration des marchés, le règlement des litiges liés à l'exécution ou la résiliation des marchés.

83. La CNUDCI reconnaît néanmoins l'importance de ces étapes du processus de passation des marchés pour le bon fonctionnement de l'ensemble du système. L'État adoptant devra veiller à disposer des lois et structures adéquates pour gérer ces étapes, faute de quoi les objectifs de la Loi type risquent d'être contrariés.

84. Pour ce qui est de la planification des marchés, les systèmes internationaux et régionaux de passation des marchés encouragent maintenant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, et certains États adoptants peuvent exiger dans leur droit administratif la publication de ces informations. D'autres systèmes réduisent les délais de publicité et de notification concernant une passation de marchés si une telle publication anticipée a eu lieu. Cette pratique présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence de la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans la passation des marchés, pouvant, par exemple, diminuer les cas de recours injustifié à des méthodes conçues pour les situations d'urgence (si l'urgence provient d'un manque de planification) et de segmentation de marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Elle peut aussi bénéficier aux fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de cerner les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et de prendre d'autres mesures préparatoires en vue de participer à des marchés futurs. La Loi type encourage la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir mais ne l'exige pas, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 6**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

85. La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation des marchés et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement juste, égal et équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple, si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final, si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* (2000)⁶ et les *Dispositions législatives types* (2004) qui l'accompagnent contiennent des propositions détaillées pour l'administration de marchés complexes comportant un financement privé: de nombreuses considérations émises dans ces

⁶Les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet, disponibles à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

instruments valent pour l'administration de tous les marchés, en particulier ceux liés à un projet complexe.

3. Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne

86. Une grande partie des avantages de la passation des marchés en ligne découlent de l'amélioration de la transparence. L'annonce des possibilités de marchés sur Internet et la publication des règles et procédures de passation des marchés permettent de mettre à disposition à un coût acceptable davantage d'informations pertinentes que dans un environnement papier. La publication en ligne permet aussi à des fournisseurs ou entrepreneurs de demander à participer à la procédure, de fournir et recevoir des informations et de soumissionner en ligne, améliorant l'accès au marché, ainsi ouvert à des concurrents éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer. Toutes ces mesures améliorent donc la participation et la concurrence.

87. Les outils informatiques peuvent accroître l'efficacité administrative en termes de temps et de coût. L'utilisation de communications électroniques permet d'économiser le coût administratif dû à la consommation de papier et de réduire le temps d'envoi par rapport à celui d'un document papier. La présentation d'offres et d'autres soumissions en ligne et les outils de passation des marchés en ligne (enchères électroniques inversées, accords-cadres électroniques et catalogues électroniques) permettent de conclure des procédures d'achat en quelques heures ou quelques jours et non plus en quelques semaines ou quelques mois.

88. Des achats répétés peuvent se faire au moyen de procédures et documents types accessibles à tous les utilisateurs du système par voie informatique, ce qui renforce l'uniformité et génère des gains d'efficacité. L'automatisation des processus peut aussi entraîner la prise de mesures supplémentaires favorisant l'intégrité, en réduisant l'intervention humaine dans le cycle de la passation des marchés et les contacts personnels entre responsables de la passation de marchés et fournisseurs ou entrepreneurs, qui peuvent donner lieu à des occasions de corruption.

89. Un avantage potentiel à plus long terme, mais tout aussi important, est que l'utilisation des technologies de l'information permet une approche plus stratégique de la passation des marchés, grâce à l'exploitation des données qu'elle génère. La poursuite des objectifs et la recherche de la performance peuvent alors être guidées par des informations et des analyses et non par les seules procédures. Des avantages peuvent être obtenus en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité. La

transparence et la traçabilité internes, améliorant la tenue des dossiers de chaque processus de passation de marchés, favorisent l'évaluation de la performance, en particulier si les systèmes de passation des marchés sont intégrés à ceux de planification, de budgétisation, d'administration des marchés et de paiement, qui eux-mêmes peuvent inclure la facturation et le paiement électroniques. Elles permettent de suivre, d'évaluer et d'améliorer non seulement les procédures individuelles, mais aussi le fonctionnement et l'évolution de l'ensemble du système.

90. Compte tenu de ce qui précède, l'approche générale de la mise en œuvre et de l'utilisation de la passation des marchés en ligne dans la Loi type se fonde sur trois grandes considérations. Premièrement, au vu des avantages potentiels, et sous réserve des garanties appropriées, la Loi type facilite et, lorsque cela se justifie et dans la mesure du possible, encourage l'introduction et l'utilisation de la passation des marchés en ligne. Deuxièmement, en raison de la rapidité des avancées technologiques et des différences de niveau de complexité technique entre États, la Loi type est technologiquement neutre (c'est-à-dire qu'elle ne repose sur aucune technologie en particulier). Troisièmement, il faut des indications détaillées pour aider les États adoptants à introduire et utiliser efficacement un système de passation des marchés en ligne.

91. La CNUDCI sait qu'un système de passation des marchés en ligne pleinement intégré et relié à d'autres systèmes de gestion des finances publiques et des biens publics nécessitera un long programme de réforme. Un tel système englobera la budgétisation et la planification, le processus de sélection ou d'attribution, les systèmes de gestion des marchés et de paiement, différentes considérations intervenant pour chaque phase du processus de passation et pour l'intégration avec d'autres parties de l'ensemble. Dans la pratique, de nombreux systèmes de passation des marchés en ligne mettent des années avant de produire tous les avantages escomptés, et la mise en œuvre la plus efficace se fait souvent de manière progressive, ce qui peut aussi contribuer à amortir les coûts d'investissement. Toutefois, des avantages importants en termes d'amélioration de la transparence et de la concurrence peuvent être obtenus dès les premières phases de l'introduction de la passation des marchés en ligne, qui portent généralement sur la mise à disposition par Internet d'informations meilleures et plus nombreuses.

92. Pour ce qui est de faciliter et d'encourager la passation des marchés en ligne, la Loi type prévoit la publication d'informations la concernant sur Internet, l'utilisation d'outils informatiques pour la communication et l'échange d'informations tout au long du processus, la présentation de soumissions par voie électronique et l'utilisation de méthodes de passation facilitées par les technologies de l'information et Internet (en particulier les

enchères électroniques inversées et les accords-cadres électroniques, notamment les catalogues électroniques). On trouvera un examen détaillé des aspects spécifiques de la passation des marchés en ligne dans la deuxième partie du présent *Guide*: dans le commentaire des articles 5 et 6 (publication électronique), de l'article 7 (modalités et la forme de la communication dans la passation des marchés), de l'article 40 (offres électroniques), du chapitre VI (enchères électroniques inversées) et du chapitre VII (accords-cadres électroniques et catalogues électroniques).

93. Pour ce qui est de la neutralité technologique, la Loi type ne recommande aucune technologie particulière, mais décrit les fonctions des technologies disponibles. Elle est rédigée de manière à ne pas faire obstacle à l'utilisation de quelque technologie que ce soit. Elle ne contient aucune référence ni condition de forme présupposant un environnement papier (voir aussi le commentaire de l'article 7 sur les communications dans la passation des marchés et de l'article 40 sur la présentation des offres). Elle contient certes des termes tels que "documents", "communication écrite", "preuve documentaire" et "signature", mais ceux-ci désignent de plus en plus souvent l'ensemble des informations et documents (électroniques ou papier) dans les pays où le gouvernement et le commerce électroniques sont d'usage courant, même si dans d'autres pays, on peut présumer qu'il s'agit d'un environnement papier. La Loi type est ainsi rédigée que tous les moyens de communication, de transmission et de conservation des informations peuvent être utilisés dans les procédures de passation des marchés menées conformément à une législation fondée sur elle. Ces termes ne doivent donc pas être compris comme présupposant un environnement papier.

94. Pour ce qui est des orientations visant à introduire et faire fonctionner efficacement un système de passation des marchés en ligne, il ressort clairement de ce qui précède que les réformes concernées ne consistent pas simplement à numériser des pratiques existantes: si les communications papier sont simplement remplacées par des courriers électroniques, des communications par Internet et l'annonce des possibilités de marchés sur un site Web, nombre des avantages mentionnés plus haut ne se matérialiseront pas. De plus, les faiblesses d'un système traditionnel de passation des marchés se retrouveront dans son nouvel équivalent numérique. Refondre tout un système de passation des marchés pour introduire la passation des marchés en ligne suppose un investissement important, mais il faut y voir une occasion de réformer l'ensemble du processus, de renforcer les normes de gouvernance et d'exploiter pleinement les outils informatiques à cette fin.

95. En ce qui concerne l'introduction de la passation des marchés en ligne, la capacité de chaque État à la mettre en œuvre et à l'utiliser efficacement dépend de l'existence d'une infrastructure de commerce électronique et

d'autres ressources nécessaires, notamment de mesures concernant la sécurité électronique, et de l'adéquation du droit applicable autorisant et régissant le commerce électronique. C'est l'environnement juridique général d'un État (plutôt que sa législation sur la passation des marchés) qui peut favoriser ou non la passation des marchés en ligne. Par exemple, des lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures, ce qu'il y a lieu de considérer comme un document original et la recevabilité d'éléments de preuve devant un tribunal peuvent ne pas suffire pour introduire la passation des marchés en ligne avec suffisamment de sécurité. Ces questions peuvent ne pas diminuer la volonté de recourir à la passation des marchés en ligne, mais l'issue peut être imprévisible et les résultats commerciaux ne seront pas optimaux.

96. Pour régler cette question, il convient dans un premier temps de déterminer si la réglementation générale sur la passation des marchés en ligne, ou l'autorisation d'y recourir, doivent figurer dans la législation sur la passation des marchés ou dans le droit administratif général d'un État adoptant. Comme il est noté dans la section précédente, la Loi type ne constitue pas une marche à suivre complète pour la passation des marchés: la planification des marchés, leur administration et l'infrastructure générale d'appui relèvent d'autres textes. Même si la Loi type prévoyait une reconnaissance générale des documents et des communications électroniques, elle ne couvrirait pas l'ensemble des documents, échanges d'informations et communications du cycle de la passation des marchés et il pourrait y avoir des conflits avec d'autres textes juridiques sur le commerce électronique. C'est pourquoi la solution retenue dans la Loi type consiste à s'appuyer sur la législation des États adoptants, notamment la législation générale sur le commerce électronique, pour rendre possible la passation des marchés en ligne, en l'adaptant si nécessaire aux besoins spécifiques de la passation des marchés. Les États adoptants devront donc déterminer d'abord si leur législation générale sur le commerce électronique permet la passation des marchés en ligne.

97. À cette fin, les États adoptants voudront peut-être adapter aussi la série de textes publiés par la CNUDCI sur le commerce électronique: la Loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)⁷. Ces textes prévoient la reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques: adoptés par un État, ils fournissent les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation des marchés en ligne. Ils reposent sur une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et objets des exigences

⁷Disponible à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html.

imposées traditionnellement en ce qui concerne les documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour les applications du commerce électronique propres à la passation des marchés.

98. Parce qu'elle est fonctionnelle, cette approche englobe la notion de neutralité technologique (décrite ci-dessus) et évite d'imposer à la passation des marchés en ligne des normes plus strictes que celles s'appliquant traditionnellement à la passation des marchés dans un environnement papier. Il importe de noter que des normes plus strictes auront pour effet de décourager l'utilisation de la passation des marchés en ligne et peuvent en accroître le coût, au risque d'en annuler ou d'en réduire les avantages potentiels. En outre, le système risque d'être paralysé si une technologie utilisée devient temporairement indisponible. Un autre avantage de la neutralité technologique est qu'elle permet d'éviter les effets d'une tendance naturelle à surréglementer les nouvelles techniques ou les nouveaux outils de passation des marchés ou à adopter une approche prescriptive, qui reflète un manque d'expérience et de confiance dans l'utilisation de nouvelles technologies et rendrait leur adoption plus difficile que nécessaire.

99. Une autre conséquence de cette approche est que les termes "électronique", "signature", "par écrit", "moyens de communication" et "messages de données électroniques" ne sont pas définis dans la Loi type. Les définitions des principaux termes nécessaires à l'efficacité des opérations de commerce électronique figurent cependant dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique mentionnés plus haut. Par exemple, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le terme "message de données" est défini comme "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie". La Loi type elle-même traite de questions propres à la passation des marchés qui ne sont pas couvertes par la législation générale sur le commerce électronique, telles que la nécessité d'établir le moment précis de la réception des offres électroniques et l'importance d'empêcher l'accès à leur contenu avant la date d'ouverture prévue (voir le **commentaire de l'article 40**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

100. Un autre aspect de l'introduction de la passation des marchés en ligne est l'élimination des obstacles à son utilisation. Ces obstacles peuvent être d'ordre logistique ou technologique. Même si de nombreux gouvernements effectuent maintenant au moins une partie de leurs activités en ligne, on ne peut présumer que l'accès à Internet est toujours fiable: les infrastructures peuvent présenter des lacunes et les technologies nécessaires peuvent ne pas être

accessibles à tous, surtout s'il s'agit de nouvelles technologies et d'infrastructures d'appui encore insuffisamment répandues ou hors de portée des PME.

101. En fait, le recours aux technologies de l'information peut entraver l'accès au marché dans certaines circonstances, freinant la pleine mise en œuvre de la passation des marchés en ligne. Le problème peut être temporaire et se poser de manière directe et générale (par exemple, si l'alimentation en électricité ou les connexions à large bande sont instables, ou si les documents électroniques ont une valeur juridique douteuse), ou découler indirectement de la passation des marchés en ligne et se limiter à certains fournisseurs ou entrepreneurs, tels que les PME et les petits fournisseurs ou entrepreneurs qui peuvent ne pas avoir les moyens de se payer une connexion Internet assez rapide ou de participer à des marchés plus importants que la passation en ligne peut encourager. La Loi type prévoit des garanties pour faire face à ces risques et difficultés, examinées dans le **commentaire de l'article 7**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

102. En ce qui concerne la mise en place des systèmes de passation des marchés, une première question est celle de la structure et du financement. Certains systèmes sont conçus pour s'autofinancer par la sous-traitance à un organisme tiers qui facture des frais d'utilisation aux fournisseurs ou entrepreneurs, une façon de procéder qui se répand à mesure que des systèmes de passation des marchés en ligne sont mis en place. La sous-traitance peut être efficace d'un point de vue administratif, en particulier s'il faut concevoir, gérer et administrer des systèmes informatiques spécialisés, mais elle peut comporter des risques. Des commentateurs ont fait observer que la participation et la concurrence diminuaient si des frais étaient perçus, et que des conflits d'intérêts institutionnels risquaient de voir le jour (c'est-à-dire que l'organisme qui gère le système cherche à augmenter ses recettes en encourageant les entités adjudicatrices à le surutiliser). Ces risques peuvent être accrus si la conception d'un système est sous-traitée, pour en permettre une introduction rapide et à bas coût, à ceux qui le géreront ensuite. Les États adoptants qui élaborent un programme de réforme incluant la passation des marchés en ligne voudront donc comparer les coûts et avantages des systèmes autofinancés et de la sous-traitance de parties du système de passation des marchés.

103. Une question connexe est celle de l'utilisation par les entités adjudicatrices de systèmes informatiques exclusifs et de logiciels spécialisés pour la passation des marchés en ligne. L'accès au marché est amélioré si les entités adjudicatrices permettent la participation gratuite de tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels. Mais les entités adjudicatrices utilisant des systèmes informatiques exclusifs et des logiciels spécialisés peuvent n'avoir d'autre choix que de récupérer le coût (de la gestion, notamment) de leur

système de passation des marchés en ligne et d'en faire payer l'utilisation aux participants. La Loi type n'exige pas des entités adjudicatrices qu'elles permettent à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels de participer gratuitement aux passations de marchés en ligne, mais il est fortement recommandé qu'elles le fassent. Les États adoptants voudront peut-être envisager d'utiliser dans leurs systèmes de passation des marchés en ligne des logiciels disponibles dans le commerce, des logiciels libres ou d'autres ressources informatiques non exclusives, pour autant que ces systèmes n'imposent pas de restrictions inutiles ou n'entravent autrement l'accès au marché. S'ils n'y sont pas déjà tenus, les États adoptants voudront peut-être se conformer aux exigences d'interopérabilité de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (voir plus haut, par. 8) ou d'accords commerciaux régionaux, dont bon nombre comportent des exigences similaires.

104. Pour ce qui est du fonctionnement des systèmes de passation des marchés en ligne, la confiance du public en la sécurité du système de communication est nécessaire si les fournisseurs et entrepreneurs sont disposés à l'utiliser. Cette confiance nécessite une authentification adéquate des fournisseurs ou entrepreneurs, une technologie suffisamment fiable, des systèmes préservant les offres ou autres soumissions et un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles provenant des fournisseurs ou entrepreneurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. Il est particulièrement important que ces caractéristiques soient visibles lorsque des tiers exploitent le système concerné. Celui-ci doit au minimum contrôler quelles informations sont transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand (y compris la durée de la communication), et permettre de reconstituer la suite des événements. Il doit fournir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics. La transparence propre à instaurer la confiance sera renforcée si toutes les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des entités adjudicatrices et des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont portées à la connaissance du public ou du moins énoncées dans le dossier de sollicitation.

105. Il convient également d'appliquer les principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique mentionnés plus haut aux exigences de la passation des marchés en ligne. Par exemple, des garanties s'appliquant spécifiquement à la communication et à la confidentialité des offres électroniques ou autres soumissions électroniques établiraient inévitablement des normes de sécurité et de préservation de l'intégrité des données plus élevées que celles applicables aux communications papier (car il n'existe guère de normes de ce genre dans l'environnement papier). Ces normes spécifiques

peuvent ne pas tenir compte des risques traditionnellement liés aux communications papier.

106. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui les a soumises, ce qui se fait généralement au moyen d'une signature électronique et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification. Les règles pertinentes peuvent être propres à un système de passation des marchés ou figurer dans la législation générale d'un État concernant les systèmes électroniques. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation des marchés ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique d'authentification. Certains systèmes de ce type se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour que le système de passation des marchés en ligne ne puisse être utilisé pour restreindre l'accès à la passation, il doit garantir la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences d'authentification et de sécurité qui y sont liées, indépendamment de leur lieu d'origine (comme le recommandent les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique) (**voir plus haut, par. 97**). À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles qu'offres ou autres soumissions, nécessitent une authentification intégrale, et quelles communications pourraient se prêter à d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. Cette approche n'est pas neuve: la Loi type de 1994 prévoyait déjà des exigences distinctes en fonction du degré d'importance des communications dans le processus de passation des marchés (voir art. 9-2), distinction qui a été préservée dans la Loi type (voir art. 7).

107. Une autre exigence concerne l'intégrité. Il s'agit de protéger les informations de toute modification, ajout ou manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification, ajout ou manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue. Ces questions sont examinées plus en détail dans le **commentaire de l'article 40**, dans la deuxième partie du présent *Guide*. Les États adoptants voudront peut-être aussi examiner les exigences fonctionnelles et techniques des systèmes d'appels d'offres électroniques en se référant aux normes fixées par un groupe de travail des banques multilatérales de développement traitant de questions de passation des marchés publics en ligne, que l'on trouvera sur le site Internet de ce groupe de travail.

Deuxième partie

**COMMENTAIRE DU TEXTE
DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI
SUR LA PASSATION DES
MARCHÉS PUBLICS**

Note

On trouvera dans la présente partie du Guide un commentaire du texte de la Loi type, portant d'abord sur le Préambule puis sur chacun des chapitres. Le commentaire de chaque chapitre commence par une introduction comprenant un résumé, un examen des considérations de politique générale liées à l'incorporation et un examen des questions d'application et d'utilisation, suivie d'un examen plus détaillé de chaque article. Pour faciliter la lecture, cette structure est légèrement différente en ce qui concerne les dispositions du chapitre II de la Loi type.

PRÉAMBULE

A. Introduction

1. La Loi type commence par un Préambule énonçant les objectifs du texte. Cet énoncé des objectifs vise à fournir des orientations pour l'interprétation et l'application de la Loi type. Il ne crée pas en lui-même de droits ni d'obligations quant au fond pour les entités adjudicatrices ou les fournisseurs et entrepreneurs. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure un préambule, il est recommandé d'incorporer l'énoncé des objectifs dans les dispositions mêmes de la Loi.

2. La mise en œuvre de ces objectifs ne peut effectivement se faire qu'au moyen de procédures cohérentes et intégrées fondées sur les principes sous-jacents, et si le respect de celles-ci est évalué et, le cas échéant, imposé. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prévues dans la Loi type, un État adoptant crée un environnement où le public a davantage l'assurance que le gouvernement acheteur dépense les fonds publics de manière responsable, est comptable de ses actes et obtient le meilleur rapport qualité-prix. Dans cet environnement, les parties se proposant de vendre à l'État seront convaincues d'être traitées de façon juste, égale et équitable et assurées qu'il sera remédié aux abus. Les six objectifs de la Loi type énoncés dans le Préambule sont examinés séparément ci-après. Il convient de noter qu'il n'a pas été établi d'ordre de priorité entre ces objectifs. Chacun a donc son importance mais tous ne peuvent être atteints à chaque passation de marché; tout dépendra des circonstances.

B. Commentaire sur les objectifs de la Loi type

1. *Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés*

3. Le terme “économie” dans la passation des marchés désigne un rapport optimal entre le prix payé et d'autres facteurs, dont la qualité de l'objet du marché, et présuppose que les besoins de l'acheteur public sont effectivement satisfaits. Le terme “efficacité” désigne le rapport de proportionnalité entre la valeur du marché, le coût de l'opération et le temps consacré à l'administration de chaque procédure de passation. Il suppose également que le coût du système de passation des marchés dans son ensemble soit proportionnel à la valeur de l'ensemble des marchés passés au moyen de ce système. Ces notions peuvent être désignées différemment dans d'autres systèmes (“économie” est souvent appelé aussi “rapport qualité-prix” ou “meilleur rapport qualité-prix”). Comme il est dit notamment dans le **commentaire de l'introduction du chapitre VII sur les procédures d'accords-cadres**, il peut arriver que les objectifs d'économie et d'efficacité ne soient pas compatibles.

4. Pour ce qui est de l'économie, la Loi type laisse à l'entité adjudicatrice la latitude de déterminer le meilleur rapport qualité-prix pour chaque passation de marché et de conduire la procédure de passation d'une manière permettant de l'obtenir. Plus précisément, l'entité adjudicatrice jouit d'une grande liberté pour décider de ce qu'elle achète et déterminer ce qui sera jugé conforme à ses besoins (art. 10), qui peut participer et à quelles conditions (art. 9, 18 et 49) et quels critères seront appliqués pour sélectionner la soumission à retenir (art. 11).

5. L'article 11 permet également à l'entité adjudicatrice d'inclure parmi les critères d'évaluation qui détermineront quel est le fournisseur ou entrepreneur à retenir, toute une série d'éléments liés à l'objet du marché, dont le prix, le coût complet sur le cycle de vie et des aspects qualitatifs. Les critères liés à l'objet du marché peuvent également comprendre le coût nécessaire pour se défaire de l'objet du marché (vente ou mise hors service). Les critères d'évaluation peuvent aussi refléter des politiques socioéconomiques, qui elles-mêmes peuvent prendre en compte les incidences sociales et environnementales du marché. Voir également la **section intitulée “Politiques socioéconomiques”**, dans la première partie du présent *Guide*, et le **commentaire de l'article 11**. L'entité adjudicatrice est également libre de décider quels coefficients de pondération appliquer aux différents éléments de ses critères d'évaluation.

6. Même si la Loi type impose l'appel d'offres ouvert comme méthode de passation par défaut dans des circonstances normales en l'absence de

besoins spéciaux, elle autorise l'utilisation d'autres méthodes de passation quand cela se justifie et dans les circonstances visées aux articles 29 à 31, comme il est expliqué dans le commentaire de **la section I du chapitre II**. Il s'agit principalement des marchés simples ou de faible valeur, des achats répétés ou indéterminés, de l'achat de biens ou services complexes et des passations de marchés en situation d'urgence ou de catastrophe. L'entité adjudicatrice est donc libre de choisir dans les limites prescrites la méthode de passation qui convient, celle qui donnera le plus probablement le meilleur rapport qualité-prix. Les règles et procédures prescrites visent également l'application de chaque méthode de passation des marchés, de manière à garantir qu'elle permet comme prévu d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix et de prévenir les abus et la corruption.

7. La souplesse qu'offre la Loi type et l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont soumis à de stricts mécanismes de transparence permettant notamment de contrôler les décisions concernées, comme il est expliqué dans le commentaire des articles susmentionnés du chapitre premier et de chaque méthode de passation des marchés.

8. En ce qui concerne l'efficacité, la Loi type prévoit des procédures souples pour que le temps et les fonds consacrés à chaque procédure de passation de marchés soient proportionnels à la valeur de l'objet du marché. Les procédures des marchés simples ou de faible valeur et des marchés répétés ou indéterminés (appel d'offres restreint, demande de prix, enchères électroniques inversées et accords-cadres) sont plus simples et peuvent être mises en œuvre plus rapidement que l'appel d'offres ouvert, en particulier par voie électronique. Les avantages de la passation de marchés en ligne en termes d'efficacité sont examinés dans la **première partie** du présent *Guide*.

9. La Loi type impose comme règle générale la sollicitation publique et sans restriction. La sollicitation directe, qui consiste à inviter un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs à participer afin de permettre une concurrence effective dans la procédure de passation de marchés, exige un travail administratif moins lourd. Elle est une caractéristique inhérente à certaines méthodes de passation et constitue une possibilité dans d'autres méthodes (dans ce dernier cas, son utilisation doit elle-même être justifiée). Ces questions sont traitées plus en détail dans le commentaire de la **section II du chapitre II**.

10. La Loi type contient également des outils destinés à faciliter le contrôle du processus de passation des marchés, qui permettent ainsi d'en évaluer l'économie et l'efficacité. Il s'agit notamment du procès-verbal de chaque passation de marché, imposé par l'article 25, de l'avis préalable exigé dans la plupart des cas de sollicitation directe en vertu des articles 34-5 et 35-4

et de l'avis d'attribution du marché exigé en vertu de l'article 23. Si les procès-verbaux sont établis par voie électronique, il devient également possible d'évaluer l'efficacité de l'ensemble du système de passation des marchés, comme il est dit dans la section intitulée "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*. La procédure et les résultats de tout retour d'information (voir **commentaire de l'article 22, partie intitulée "Retour d'information"**) et de toute contestation en vertu du chapitre VIII, qui doivent être versés au procès-verbal—impérativement dans le second cas—peuvent appuyer de telles évaluations.

11. La souplesse et la latitude mentionnées plus haut supposent également un certain niveau de compétence et d'expérience chez les personnes chargées de la passation de marché. Les sections du présent *Guide* traitant du choix d'une méthode de passation de marchés et de la sollicitation en vertu du chapitre II aideront ceux qui conçoivent et mettent en œuvre le système de passation des marchés à décider s'il convient de limiter par des règles et orientations plus précises (par exemple, lors d'activités de renforcement des capacités) certains aspects de cette souplesse.

2. Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international

12. La Loi type étant un instrument destiné à appuyer et promouvoir le commerce international, la règle par défaut est que la passation de marchés est "ouverte" à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, quelle que soit leur nationalité. Dans un nombre limité de circonstances énoncées aux articles 8 à 11 de la Loi type, la participation internationale peut être restreinte (directement ou indirectement). Comme il est expliqué ci-après dans l'**introduction du chapitre premier** dans le contexte de la mise en œuvre de politiques socioéconomiques, l'effet de ces dispositions est qu'il ne peut y avoir de restrictions à la participation fondées sur la nationalité, sauf dans des conditions limitées prévues dans la Loi type. Les dispositions pertinentes permettent de limiter une passation de marché aux participants nationaux (voir art. 8 et **commentaire**) et d'inclure dans les conditions de qualification, la description ou les critères d'évaluation des restrictions s'appliquant aux participants étrangers (voir art. 9 à 11 et **commentaire**). Toutes ces restrictions ne peuvent être incluses que dans la mesure où le permettent les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres lois de l'État adoptant. Comme il est également indiqué dans le commentaire, les États adoptants devront tenir compte de toutes leurs obligations commerciales internationales concernant la participation internationale à la passation des marchés s'ils veulent incorporer ces restrictions dans leur législation nationale.

13. La participation internationale est encouragée au moyen de l'exigence par défaut d'annoncer internationalement toutes les procédures de passation de marchés, sauf exceptions limitées, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs soient informés des possibilités de marchés. La publicité internationale et les exceptions à cette règle par défaut sont examinées dans le **commentaire de la section II du chapitre II**.

14. Une large participation aux procédures de passation des marchés est une condition préalable à une concurrence effective. C'est pourquoi les dispositions de la Loi type se fondent sur l'idée que la passation de marché est ouverte à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, sauf s'il est établi qu'ils n'ont pas les qualifications requises (conformément aux articles 9 et 18). Une caractéristique essentielle des exigences en matière de qualification visées dans ces articles est qu'elles doivent être adaptées aux circonstances de la passation de marché, de manière à empêcher l'exclusion injuste de fournisseurs ou entrepreneurs. Une autre exception au principe de la participation ouverte est permise lorsque les circonstances de la passation de marché justifient de restreindre la participation (voir à ce sujet le passage sur la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, dans la section intitulée "**Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés**", plus haut, et dans le **commentaire de la section II du chapitre II**).

15. Le principe d'une participation publique et sans restriction est appliqué dans la Loi type, en ce que (sauf dans les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique) la sollicitation directe ne signifie pas que l'entité adjudicatrice puisse simplement choisir les fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle favorise et les inviter à participer. La Loi type exige que tous les fournisseurs ou entrepreneurs sur le marché concerné soient invités à participer à une procédure d'appel d'offres restreint en vertu de l'article 34-1 *a*) et à une procédure de demande de propositions en vertu de l'article 35-2 *a*). Si l'entité adjudicatrice se voit accorder le pouvoir de limiter le nombre de participants, dans une procédure d'appel d'offres restreint en vertu de l'article 34-1 *b* ou dans une procédure de demande de propositions en vertu de l'article 35-2 *b*, le nombre doit être fixé et les participants sélectionnés de manière non discriminatoire. Enfin, dans la procédure de demande de prix visée à l'article 34-2, au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités à participer. Ces exigences sont examinées en détail dans le **commentaire de l'introduction du chapitre IV**. Pendant la procédure de passation de marchés, les fournisseurs ou entrepreneurs participants ont le droit de présenter des soumissions, lesquelles doivent être examinées et évaluées.

16. La Loi type encourage également la participation de fournisseurs ou entrepreneurs en exigeant que les conditions de la passation de marchés

soient définies et publiées d'emblée et, dans la mesure du possible, objectives (voir également la section suivante).

3. Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché

17. La concurrence dans la passation des marchés signifie que tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels participent à un concours rigoureux pour pouvoir vendre des biens ou des services aux pouvoirs publics, ou que les fournisseurs ou entrepreneurs soumissionnent en nombre suffisant pour assurer qu'il y a un tel concours. La concurrence est donc un élément essentiel d'un système conçu pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix dans la passation des marchés publics. Les fournisseurs ou entrepreneurs se livreront effectivement concurrence s'ils ont l'assurance de disposer de toutes les informations nécessaires pour soumettre leurs meilleures offres et s'ils savent que leurs soumissions seront évaluées objectivement. Les mesures de la Loi type visant à assurer "l'intégrité, l'équité et la confiance du public dans le système" et à imposer un "traitement juste, égal et équitable" (objectivité) et "la transparence" (voir les sections suivantes) sont donc des exemples d'obligations complémentaires.

18. Le texte de la Loi type contient peu de références explicites à la notion de concurrence mais fait implicitement la promotion de la concurrence la plus large et la plus rigoureuse convenant aux circonstances de la passation de marchés. Les mesures suivantes sont des exemples de la manière dont la Loi type crée les conditions d'une concurrence effective. Le choix de la méthode de passation de marchés, question essentielle à cet égard, doit se faire de manière à "assurer la plus grande concurrence possible" dans les circonstances de la passation de marchés (art. 28). En pratique, cette exigence signifie entre autres choses qu'il faut permettre la participation la plus large possible de manière à créer les conditions d'une mise en concurrence rigoureuse. La Loi type exige aussi expressément qu'il y ait suffisamment de participants pour garantir une concurrence effective dans les enchères électroniques inversées (art. 31-1 *b*), les appels d'offres restreints (art. 34-1 *b*), les négociations avec appel à la concurrence (art. 34-3) et les demandes de propositions avec dialogue (art. 49-3 *b*), puisque dans ces méthodes l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs participants.

19. Cependant, dans certaines circonstances, telles que la passation de marchés très complexes, le meilleur moyen d'assurer la concurrence est de limiter le nombre de participants. Cette situation apparemment paradoxale survient lorsque le coût de la participation à la procédure est élevé—les

fournisseurs ou entrepreneurs ne voudront participer que s'ils estiment avoir de bonnes chances de remporter le marché à la fin du processus. Dans les méthodes prévues dans la Loi type pour de tels marchés hautement complexes—appel d'offres restreint et demande de propositions avec dialogue—l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs participants, comme on l'a noté plus haut, pour assurer une concurrence effective.

20. L'acquisition de biens et de services plus importants et plus complexes peut naturellement se faire sur un marché plus limité, avec moins d'acteurs qui souvent se connaissent. Les risques de collusion pourraient en être accrus. Il y a collusion lorsque deux ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, ou un fournisseur ou entrepreneur au moins et l'entité adjudicatrice, s'entendent pour manipuler la concurrence et influencer sur celle-ci lors de la passation de marché concernée ou de procédures de passation de marchés ultérieures. La collusion peut donc être une cause ou une conséquence de la corruption de l'entité adjudicatrice. La manipulation peut porter sur les prix, les maintenant à un niveau artificiellement élevé, ou sur la réponse aux conditions de la passation de marché (telle que la qualité proposée). Il peut également s'agir d'accords visant à se partager le marché en gonflant artificiellement les prix ou en faussant d'autres conditions de la passation de marché, ou à ne pas présenter de soumissions, ou d'autres manœuvres faussant le processus de concurrence. Un des effets de la collusion est l'érosion du pouvoir d'achat de l'État.

21. Les États adoptants doivent également être conscients des risques de création d'oligopoles en cas d'achats récurrents ou d'achats à long terme sur des marchés où les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont peu nombreux.

22. Face aux risques que posent les marchés où il y a relativement peu d'acteurs, la Loi type prévoit notamment la possibilité d'élargir le marché en l'annonçant internationalement, d'autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers à participer et d'échelonner les achats publics pour éviter une consolidation ou une concentration excessives du marché. On trouvera une explication plus détaillée de ces mesures ci-après, dans les commentaires concernant l'appel d'offres restreint et la demande de propositions avec dialogue, ainsi que dans les commentaires des chapitres VI (Enchères électroniques inversées) et VII (Procédures d'accords-cadres).

23. Même si les lois et règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer aux entités adjudicatrices des mesures telles que publier la passation de marché et la mener de manière ouverte, les incidences macro-économiques des achats publics devront être examinées au niveau central.

Les États adoptants devraient établir au sein de leurs organismes chargés de la passation des marchés et de la concurrence les capacités de contrôler l'ampleur de la concurrence réelle dans la passation des marchés publics et les situations dans lesquelles les avantages des économies d'échelle peuvent être annulés par les inconvénients des marchés à grande échelle.

24. Les États adoptants doivent savoir que les entités adjudicatrices connaissent des difficultés pratiques et manquent de capacités spécialisées pour identifier et prévenir les pratiques de collusion, d'autant qu'il n'y a pas nécessairement de lien entre l'ampleur de la concurrence et la présence ou l'absence de collusion. L'absence de concurrence peut être due au fait que les fournisseurs ou entrepreneurs manquent de connaissances spécialisées ou n'ont pas connaissance des possibilités de marchés. La collusion suppose davantage qu'un manque de concurrence; elle découle d'une intention de fausser le marché. Un processus apparemment concurrentiel peut cacher une collusion entre certains fournisseurs ou entrepreneurs. Les États adoptants devraient donc mettre au point des mécanismes de coopération et de coordination entre autorités compétentes à cet égard. (Voir dans ce contexte, dans la première partie du présent *Guide*, l'examen de **l'appui institutionnel** à la structure juridique envisagé dans la Loi type).

25. Atteindre les objectifs examinés dans les sections qui suivent favorisera une concurrence effective dans la pratique.

4. Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs

26. L'expression "traitement juste, égal et équitable" est un terme générique utilisé pour désigner la notion de non-discrimination et d'objectivité dans la prise de décisions en matière de passation et concernant les fournisseurs et entrepreneurs. La CNUDCI a décidé d'inclure la notion d'"égalité de traitement" dans la Loi type pour indiquer clairement que cette notion fait partie de cet objectif tout autant que dans d'autres systèmes qui y font expressément référence. La Loi type comporte de nombreuses dispositions visant à atteindre cet objectif et à garantir que tous les participants connaissent les règles régissant la passation des marchés dans le système concerné et ont une possibilité égale de les appliquer. Il s'agit notamment de l'exigence d'une participation ouverte à la passation des marchés, sauf exceptions limitées, décrites plus haut à la section "**Favoriser et encourager la participation**". La participation pleine et sans restriction est appuyée par les dispositions de l'article 9, selon lesquelles les critères de qualification doivent convenir aux circonstances de la passation de marché, et celles de l'article 10, selon lesquelles la description de l'objet du marché doit être

aussi objective, fonctionnelle et générique que possible, utiliser autant que possible des termes génériques et éviter les marques de fabrique ou de commerce et indications semblables. Avec les garanties de l'article 11, selon lesquelles les critères d'évaluation doivent en règle générale avoir un lien avec l'objet du marché, ces dispositions visent à garantir que les fournisseurs ou entrepreneurs se font concurrence sur un pied d'égalité. L'article 7 sur les règles de communication est destiné à empêcher l'exclusion de fournisseurs ou d'entrepreneurs par une application discriminatoire de règles sur la forme ou les moyens de communication.

27. Les procédures prévues dans la Loi type visent également à assurer l'égalité et l'équité. Il s'agit de règles sur la clarification des informations soumises (art. 16), de règles visant à assurer l'objectivité des exigences concernant les garanties de soumissions (art. 17), des procédures à suivre pour rejeter des soumissions anormalement basses (non pas en tant que telles mais parce qu'elles créent un risque lié à l'exécution du marché) (art. 20) et des règles établissant que les offres tardives doivent être rejetées (art. 40) et que les marchés ne doivent être attribués que sur la base de critères préalablement communiqués (art. 11 appliqué aux dispositions de procédure des chapitres III à VII). À ce stade, la soumission à retenir doit être acceptée et le marché attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu, sauf s'il s'avère que ce dernier n'a pas les qualifications requises, a soumis une offre anormalement basse ou a été exclu pour incitations, avantage concurrentiel ou conflit d'intérêts, ou si la passation de marché est abandonnée (art. 22-1 et 43-5). Enfin, tout fournisseur ou entrepreneur potentiel peut contester les décisions de l'entité adjudicatrice en vertu du chapitre VIII, notamment une décision de l'exclure de la passation de marché.

5. Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus

28. L'intégrité dans le contexte de la passation des marchés recouvre la prévention de la corruption et des abus et l'idée que le personnel intervenant dans le processus doit appliquer les règles de la Loi type en agissant de manière éthique et juste et en évitant les conflits d'intérêts. Le système de passation des marchés doit donc être exempt de toute discrimination institutionnalisée ou de préjugés contre quelque groupe que ce soit, comme il ressort des règles sur la participation examinées aux sections précédentes, et l'application des dispositions de la Loi type par l'entité adjudicatrice ne peut donner des résultats contraires aux objectifs de cette Loi.

29. Les procédures de la Loi type aux fins de l'objectivité et d'un traitement juste, égal et équitable sont aussi destinées à promouvoir l'intégrité. Elles

sont appuyées par l'exigence expresse d'un code de conduite traitant des conflits d'intérêts (art. 26, suivant l'exigence de la Convention des Nations Unies contre la corruption (**voir par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) sur la mise en place d'un système traitant les déclarations d'intérêt du personnel intervenant dans la passation des marchés)); des règles qui prévoient l'exclusion obligatoire du fournisseur ou entrepreneur qui tente de corrompre un responsable de la passation des marchés ou qui a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts (art. 21); des dispositions qui assurent la protection des informations confidentielles (art. 24); l'exigence de verser au procès-verbal de la procédure de passation du marché toutes les décisions du processus de passation (art. 25); des règles sur la communication des informations figurant dans le procès-verbal aux participants et (ultérieurement) à toute personne (art. 25, sous réserve des restrictions en matière de confidentialité, et comme il est expliqué ci-après à la section "Transparence"); et le mécanisme de contestation accessible à tous les fournisseurs ou entrepreneurs, avec notification publique (chap. VIII).

30. Les mécanismes de contrôle du pouvoir discrétionnaire inhérent au système (décrits plus haut à la section "**Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés**") favoriseront l'intégrité, en particulier s'ils s'accompagnent d'une publication des conclusions pertinentes. L'intégrité peut être renforcée encore en reliant le code de conduite visé à l'article 26 de la Loi type aux normes de conduite générales pour agents de la fonction publique et à d'autres dispositions traitant d'intégrité et de prévention de la corruption dans d'autres lois et règlements nationaux. La confiance du public sera également renforcée si les règles sont visiblement appliquées et les transgressions dûment sanctionnées.

31. En outre, l'appui institutionnel décrit à la section "**Orientations complémentaires à l'appui de la structure juridique**", dans la première partie du présent *Guide*, vise à assurer une séparation appropriée des responsabilités et une conduite appropriée des organismes et agents publics. Les dispositions applicables d'autres branches du droit de l'État adoptant doivent être bien précisées aux entités adjudicatrices afin d'éviter toute évolution incohérente du système. Ces mesures renforceront également la confiance du public dans le système de passation des marchés publics, de même que des sanctions de la part des autorités en cas de non-respect de la loi.

6. Assurer la transparence des procédures de passation des marchés

32. La transparence de la passation des marchés repose principalement sur cinq éléments: la communication au public des règles qui s'appliquent au processus de passation; la publication des possibilités de marchés; la

définition et la publication préalables de l'objet du marché et des modalités d'examen des soumissions; la conduite visible de la passation de marché conformément aux règles et procédures prévues; et l'existence d'un système permettant de contrôler le respect de ces règles et de l'imposer si nécessaire.

33. Comme indiqué plus haut à la section “**Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés**”, le pouvoir discrétionnaire prévu par la Loi type consiste en un équilibre permettant à l'entité adjudicatrice de déterminer l'objet du marché et la meilleure manière de conduire la passation de marché. La transparence est un outil qui permet de contrôler et, si nécessaire, de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire; elle est considérée comme un élément essentiel d'un système de passation des marchés conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et promouvoir la responsabilité pour les mesures et décisions prises. Elle constitue donc un appui crucial au système de passation des marchés et à la confiance du public dans celui-ci, ainsi qu'un outil facilitant son évaluation et celle de chaque procédure de passation par rapport à leurs objectifs.

34. Des mesures de transparence se trouvent donc dans l'ensemble de la Loi type. Il s'agit notamment de l'obligation de publier rapidement tous les textes juridiques régissant la passation des marchés (art. 5), des méthodes de communication non discriminatoires (art. 7), de la définition des critères de qualification, d'examen et d'évaluation dès le début de la procédure de passation de marchés et de leur publication dans le dossier de sollicitation (art. 8 à 11), de la large diffusion des invitations à participer et de l'ensemble des conditions de participation (par exemple, art. 33, 39 et 47 à 49), dans une langue appropriée (art. 13), de la publication de la date limite de présentation des soumissions (art. 14), de la communication à l'ensemble des participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation de marché (art. 15), de la publication d'un avis en cas d'abandon de la passation de marché (art. 19), des modalités d'entrée en vigueur du marché, notamment du délai d'attente (art. 22), et de la publication d'avis d'attribution de marché (art. 23) et d'avis de passation des marchés en cas de sollicitation directe (art. 34-5 et 35-4). La Loi type prévoit également des procédures obligatoires et publiques pour chaque méthode et technique de passation des marchés (chap. III à VII), notamment, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises (art. 42). En outre, certaines informations sur la conduite d'une passation de marché doivent être rendues publiques ultérieurement, et les participants ont droit à des informations supplémentaires, le tout devant figurer au procès-verbal de la passation de marché (art. 25).

35. Certaines exigences de transparence spécifiques, concernant notamment l'ouverture publique des offres ou la publication d'avis d'attribution du marché et de l'intégralité du procès-verbal de la passation de marché, permettent d'évaluer le respect des procédures. En particulier, les dispositions concernant le procès-verbal de la procédure de passation de marchés favorisent la traçabilité des décisions de l'entité adjudicatrice, une fonction cruciale. Un écart par rapport aux règles peut apparaître à l'examen du procès-verbal des réunions, soulignant d'autant les avantages de la conservation électronique des données de la passation des marchés, examinés à la section intitulée **“Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne”**, dans la première partie du présent *Guide*.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

A. Introduction

1. *Résumé*

1. Le commentaire du chapitre premier de la Loi type traite de la manière dont celle-ci met en œuvre ses objectifs (voir également le commentaire du Préambule).

2. Les articles 1 à 6 de ce chapitre établissent le cadre du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, définissant son champ d'application, ses caractéristiques générales et son interaction avec les obligations internationales et toute obligation fédérale d'un État adoptant. Ce cadre exige la promulgation de règlements en matière de passation des marchés par un organe désigné dans la loi (pour appuyer l'application de la Loi type dans l'État adoptant) (art. 4) et la publication de textes juridiques d'application générale applicables à la passation des marchés (art. 5). Il encourage également la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (art. 6). Le dernier article du chapitre (art. 26) complète ce cadre général du système de passation des marchés en imposant la publication d'un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices.

3. Le reste du chapitre (art. 7 à 25) énonce les principes généraux s'appliquant à chaque procédure de passation des marchés menée en vertu de la Loi type. Les articles suivent l'ordre chronologique d'une procédure de passation de marchés habituelle d'aussi près que possible dans un texte traitant de diverses procédures de ce type. Ils disposent que toutes les conditions de la procédure doivent être définies avant l'ouverture de celle-ci et communiquées dès le début. Ces conditions précisent notamment ce qui doit être acheté et qui peut participer; comment se font les communications durant la procédure de passation de marchés; quelles informations doivent être communiquées et comment déterminer les soumissions conformes et le fournisseur ou entrepreneur à retenir; elles régissent également l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur, le rejet des soumissions anormalement basses et l'abandon de la passation de marché; et les modalités d'entrée en vigueur du marché (art. 7 à 22). L'article 23 exige la publication de l'avis d'attribution du marché (sauf exceptions limitées) et l'article 24 traite de la

confidentialité des informations communiquées pendant le processus de passation. L'article 25 lie le processus de passation des marchés à l'exigence administrative d'établir un procès-verbal et un dossier de la procédure de passation de marchés, qui permet un contrôle effectif de la procédure et du fonctionnement du système dans son ensemble. Cet article contient également des dispositions exigeant que de nombreuses parties du procès-verbal soient communiquées aux participants et certains éléments au grand public, sous réserve des restrictions nécessaires en matière de confidentialité.

4. Ensemble, ces dispositions visent à ce que les règles de la passation des marchés dans une législation interne fondée sur la Loi type soient claires et accessibles à l'ensemble des participants et au grand public. Elles sont donc un élément essentiel de la transparence, aidant également à promouvoir la confiance du public et l'intégrité du système.

2. Incorporation: considérations de politique générale

5. Les considérations de politique générale touchant chaque article du présent chapitre sont examinées dans le commentaire qui s'y rapporte. La présente section traite de certaines questions de politique générale touchant l'ensemble du chapitre et de l'interaction entre une loi sur la passation des marchés fondée sur la Loi type et d'autres lois de l'État adoptant.

6. Étant donné que le chapitre régit le cadre juridique général du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, décrit à la section précédente, l'objectif premier est d'assurer l'égalité des conditions de concurrence dans chaque procédure de passation en favorisant un large accès au marché et en encourageant la participation au processus au moyen d'exigences rigoureuses d'objectivité et de transparence. Les procédures visées facilitent également la responsabilisation des agents chargés de la passation des marchés en énonçant clairement les principales règles régissant leurs fonctions. (Les règles générales régissant le choix de la méthode de passation de marchés et des modalités de sollicitation sont examinées au chapitre II.)

7. Ce cadre juridique général est ainsi conçu que le chapitre premier offre moins d'options aux États adoptants que les chapitres suivants de la Loi type. Pour cette raison, et afin que la loi soit suffisamment large et rigoureuse, les États adoptants sont encouragés à incorporer dans leur droit interne l'ensemble de ce chapitre, sous réserve des modifications nécessaires à la cohérence de leurs textes législatifs de la question des règlements en matière de passation des marchés visés à l'article 4.

8. Pour ce qui est de l'interaction avec d'autres lois internes, l'article 2 contient les définitions que la CNUDCI recommande d'inclure dans une loi

sur la passation des marchés pour son bon fonctionnement. Les États adoptants voudront peut-être adapter le nombre et le style de ces définitions pour qu'elles s'accordent à l'ensemble de leurs règles juridiques et à leur style de rédaction législative. On trouvera ci-après, dans le **commentaire de l'article 2**, des orientations sur la portée des différents éléments des définitions proposées. Si la tradition d'un État adoptant appelle un ensemble plus complet de définitions, il voudra peut-être s'inspirer des descriptions des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la Loi type, compilées dans un glossaire que la CNUDCI publiera sur son site Web. Ce glossaire contiendra les descriptions de termes non définis dans la Loi type mais communément utilisés par les fournisseurs, entrepreneurs, responsables de la passation des marchés et leurs conseillers; il traitera également de termes pouvant avoir dans la Loi type une signification autre que celle qu'ils ont dans d'autres instruments internationaux ou régionaux régissant les marchés publics.

9. La Loi type utilise également des termes juridiques pouvant ne pas être habituels dans tous les États adoptants. Par exemple, les termes décrivant des types d'insolvabilité à l'article 9 peuvent ne pas être ceux utilisés dans la législation de certains pays en matière d'insolvabilité. (La Loi type s'inspire ici de la terminologie utilisée dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, tels que le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* et la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*⁸, qui expliquent les procédures concernées.) La Loi type part également du principe que la portée des informations classifiées (mentionnées, par exemple, aux articles 7 et 24) est claire dans le système juridique de l'État adoptant, comme expliqué plus précisément dans le **commentaire de l'article 2**. Les États adoptants veilleront à la cohérence de la terminologie utilisée dans l'ensemble de leur législation afin d'éviter toute confusion et d'en permettre une interprétation et une application cohérentes.

10. Certaines dispositions du chapitre premier sont destinées à fonctionner en conjonction avec d'autres lois de l'État adoptant. La Loi type part donc du principe que ces lois sont en vigueur ou seront promulguées en même temps que la loi sur la passation des marchés. Si ce n'est pas possible, la loi sur la passation des marchés doit traiter des questions concernées. Partant du principe que l'État a le pouvoir général d'agir comme partie contractante, les principales lois mentionnées au chapitre premier sont résumées dans les paragraphes suivants.

11. Premièrement, les dispositions de l'article 7 autorisant tous les moyens de communication dans le cadre du processus de passation, notamment électroniques, supposent que l'État adoptant ait une législation efficace sur le

⁸Disponible à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency.html.

commerce électronique. Comme il est expliqué à la section intitulée “**Questions spécifiques liées à l’application et à l’utilisation de la passation des marchés en ligne**”, dans la première partie du présent *Guide*, et ci-après dans le **commentaire de l’article 7**, les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 97 de la première partie du présent *Guide*) fournissent la reconnaissance juridique nécessaire des communications électroniques et sont des outils immédiatement disponibles pour faciliter la passation des marchés en ligne et qui, comme il est dit à cette section et dans ce commentaire, peuvent contribuer grandement à la réalisation des objectifs de la Loi type.

12. Deuxièmement, les dispositions des articles 8 à 11 permettent à l’État adoptant d’utiliser son système de passation des marchés pour mettre en œuvre des politiques socioéconomiques, comme il est expliqué ci-après à la **sous-section 3 b de la présente section** et dans le commentaire des articles 8 à 11, mais uniquement au moyen des passations de marchés prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d’autres textes de loi. L’article 11 renvoie également à la possibilité d’appliquer en évaluant les soumissions une marge de préférence, qui doit également être autorisée dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d’autres textes de loi de l’État adoptant.

13. Troisièmement, l’article 17 sur les garanties de soumission fait référence à toute loi pouvant exiger le rejet d’une garantie émise en dehors de l’État adoptant. Plus généralement, la forme et les modalités d’émission des garanties de soumission peuvent être soumises à d’autres lois de l’État adoptant.

14. Quatrièmement, dans certains États, les normes applicables aux fonctionnaires exigent que l’entité adjudicatrice confirme le bien-fondé des décisions prises dans le processus de passation des marchés en renvoyant aux raisons, circonstances et motifs juridiques de ces décisions. L’article 25 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marchés donne une liste des décisions concernées (renvoyant aux articles traitant de ces décisions), qui peut servir de liste de contrôle pour veiller à ce que les lois internes pertinentes tiennent compte des exigences pertinentes. La liste figurant à l’article 25 ne saurait être exhaustive: la législation ou la réglementation de l’État adoptant en matière de passation des marchés peut exiger de verser au procès-verbal de la passation d’autres informations (pouvant être nécessaires pour transposer au cadre juridique de la passation des marchés des exigences pertinentes issues du droit des contrats ou d’autres branches du droit de l’État adoptant).

15. Enfin, l’article 3 vise à permettre à la loi sur la passation des marchés de tenir dûment compte des accords et obligations internationales d’un État

adoptant et de leur incidence sur son droit interne, comme il est expliqué à la section intitulée “**Contexte international de la Loi type**”, dans la première partie du présent *Guide*, et ci-après dans le **commentaire de l’article 3**.

3. *Questions d’application et d’utilisation*

16. Les principales conditions d’une application et utilisation efficaces de la Loi type sont, outre la promulgation des lois complémentaires visées dans la section précédente, l’adoption d’une réglementation complétant le cadre juridique, et un appui administratif et institutionnel adéquat, comme il est expliqué à la section intitulée “**Appui institutionnel et administratif à la structure juridique**”, dans la première partie du présent *Guide*. Les sous-sections *a* à *c* de la présente section portent sur certaines questions d’application et d’utilisation se posant plus généralement dans le chapitre.

17. La question de la réglementation est examinée en détail ci-après dans le **commentaire de l’article 4** et plus haut à la section “**Règlements et autres textes législatifs à l’appui de la Loi type**”. Comme il est noté dans cette section, la CNUDCI compte publier sur son site Web un document soulignant les principales questions à envisager dans une réglementation.

18. À la section “**Appui institutionnel et administratif à la structure juridique**”, dans la première partie du présent *Guide*, les entités adjudicatrices sont encouragées à échanger des informations et à se coordonner avec l’organisme chargé de la passation des marchés publics qui y est mentionné et avec d’autres organismes chargés de la concurrence, de la lutte contre la corruption et des sanctions en cas de non-respect des lois et procédures. Une réglementation ou une base légale peuvent être nécessaires pour permettre l’échange d’informations entre organismes. Les dispositions pertinentes du chapitre premier sont notamment l’article 21 sur l’exclusion d’un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d’incitations, d’un avantage concurrentiel injuste ou d’un conflit d’intérêts, l’article 24 sur la confidentialité et l’article 25 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marchés, en particulier les exigences qu’il contient concernant la communication de parties du procès-verbal de la passation de marché. Une coordination entre l’entité adjudicatrice et d’autres organes peut également être indiquée, par exemple, pour veiller à ce que le code de conduite visé à l’article 26 fonctionne comme il convient avec les règles générales régissant la conduite des fonctionnaires de l’État adoptant.

19. Il est également noté dans ce passage sur l’appui institutionnel et administratif que l’organisme chargé de la passation des marchés publics doit

publier des règles et orientations pour les utilisateurs de la Loi type (et les renforcer par de la formation).

20. La nature du chapitre, qui énonce les principes généraux s'appliquant à chaque procédure de passation des marchés, est telle que de nombreuses questions d'application et d'utilisation se posent pour chacun de ces principes. Les autorités de réglementation et celles qui fournissent des orientations sur l'appui institutionnel et administratif à la structure juridique voudront peut-être examiner les questions pertinentes en tenant compte du commentaire de chaque article.

21. Plus généralement, et comme il est noté à la section précédente, les définitions de l'article 2 ne visent pas à fournir une liste exhaustive des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la Loi type. C'est pour cette raison que la CNUDCI compte publier le glossaire mentionné plus haut. L'organisme chargé de la passation des marchés publics peut être prié d'adapter ce glossaire aux circonstances locales et d'en assurer une large diffusion.

22. Trois grandes questions concernant l'application et l'utilisation du chapitre premier touchent des groupes d'articles de la Loi type et sont examinées plus avant dans la présente section: la passation des marchés de faible valeur et des seuils, la mise en œuvre de politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés dans la pratique, et les mesures destinées à protéger les informations classifiées. Ces questions sont examinées dans les sous-sections qui suivent.

a) *Passation de marchés de faible valeur et seuils*

23. Comme il est noté à la section "**Champ d'application de la Loi type**", dans la première partie du présent *Guide*, la Loi type est censée s'appliquer de manière générale à toutes les passations de marchés publics d'un État adoptant. Il n'a donc pas été fixé de seuil général pour son application. Le chapitre premier mentionne cependant des seuils sous lesquels certaines prescriptions de la Loi type sont assouplies. 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 maximum pour l'utilisation de la demande de prix en application de l'article 29-2.) Dans tous ces cas, la Loi type laisse le soin de préciser la limite à appliquer aux règlements en matière de passation des marchés. 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'organisme qui promulgue les règlements en matière de passation des marchés de déterminer la ou les valeurs convenant pour l'ensemble de ces seuils.

24. Dans d'autres cas où il est fait référence à des marchés de faible valeur, la Loi type n'exige pas de fixer une 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 (art. 18-2 et 33-4). Il est expliqué dans le commentaire de ces articles que la dérogation à l'obligation de publier au plan international n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de quelque lieu que ce soit de participer à une passation de marché publiée uniquement au plan national, s'ils le souhaitent.). En outre, une des raisons justifiant d'utiliser un type d'appel d'offres restreint et la sollicitation directe dans les 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 art. 29-1 *b* et 35-2 *b*).

25. L'organisme promulguant les règlements en matière de passation des marchés devrait définir la meilleure façon de procéder quant à savoir qui est considéré comme marché "de faible valeur", 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 une limite pour tous les cas où la législation sur la passation des marchés le mentionne (notamment 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.

b) *La mise en œuvre de politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés dans la pratique*

26. Comme il est noté à la section "**Politiques socioéconomiques**", dans la première partie du présent *Guide*, l'entité adjudicatrice peut mettre en œuvre les politiques socioéconomiques de l'État adoptant au moyen de la passation des marchés, dans la mesure où les obligations internationales de cet État le permettent et où ces politiques sont prévues dans sa législation ou dans ses règlements en matière de passation des marchés.

27. Dans la pratique, on peut citer comme exemples de politiques et objectifs couramment poursuivis et mis en œuvre au moyen de la passation des marchés l'inclusion d'un contenu local en fabrication, main-d'œuvre ou matériaux, les possibilités de développement économique qu'apportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités locales, la promotion de l'emploi et de l'innovation, le transfert de technologies et le développement de compétences managériales, scientifiques et opérationnelles, le développement de petites et moyennes entreprises, d'entreprises tenues par des minorités, de petites organisations sociales, de groupes défavorisés et de personnes handicapées, le développement régional et local et l'amélioration des droits des femmes, des jeunes, des personnes âgées et des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels.

28. La Loi type prévoit la mise en œuvre de ces politiques au moyen de plusieurs articles du chapitre premier. Les principales dispositions se trouvent aux articles 8 à 11. Elles permettent à l'entité adjudicatrice, dans des circonstances limitées et uniquement aux fins de promouvoir les politiques socioéconomiques du gouvernement, de limiter la passation de marchés aux fournisseurs nationaux (art. 8-1), et d'imposer des exigences minimales de qualification en rapport avec des politiques socioéconomiques (art. 9). L'article 9 autorise expressément l'entité adjudicatrice à imposer des qualifications environnementales et des normes éthiques et autres pouvant comporter des exigences liées au commerce équitable. L'entité adjudicatrice peut aussi définir concernant ces politiques ses exigences minimales qui (avec d'autres critères) détermineront si une soumission est conforme (art. 10), et concevoir ses critères d'évaluation de manière à tenir compte du respect de politiques socioéconomiques au-delà d'un seuil requis (art. 11). Enfin, la nécessité de mener une politique socioéconomique précise peut justifier le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu de l'article 30-5 e.

29. Les dispositions de l'article 8-1 constituent une exception à la règle générale selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent pouvoir participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité. (L'article 8-2 de la Loi type permet de limiter la participation pour d'autres motifs, par exemple, dans le cas de projets réservés aux personnes handicapées.) La règle générale vise à promouvoir la transparence et à empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère. Il lui est donné effet au moyen de plusieurs dispositions, telles que les procédures destinées à ce que les invitations à participer à une procédure de passation de marchés ou à présenter une demande de préqualification ou de présélection soient publiées de telle manière qu'elles seront reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs (art. 18-2 et 33-2); l'obligation pour l'entité adjudicatrice de déclarer toute limitation de la participation lorsqu'elle sollicite pour la première fois la

participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marchés (art. 8-3); l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'indiquer dans la partie du procès-verbal de la procédure de passation de marchés accessible au public les raisons et circonstances motivant ces limitations (art. 8-4 et 25-1 *d* et 25-2); et l'obligation pour l'entité adjudicatrice de communiquer à toute personne qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation (art. 8-5).

30. La règle générale se retrouve également dans les interdictions expresses contre toute discrimination fondée sur des exigences concernant les critères de qualification, d'examen et d'évaluation figurant aux articles 9 à 11: l'article 9-6 dispose que sous réserve de l'article 8, "l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable". Les règles concernant la description de l'objet du marché interdisent, toujours sous réserve de l'article 8, d'utiliser une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marchés, notamment toute restriction fondée sur la nationalité (art. 10-2).

31. D'autres procédures destinées à garantir la transparence du processus se trouvent aux articles 39, 47 et 49, qui exigent d'énoncer les critères socioéconomiques dans les dossiers de sollicitation, exactement de la même manière que les autres critères de qualification, d'examen et d'évaluation des soumissions.

Préférences fondées sur la nationalité ou le lieu d'origine de l'objet du marché

32. Un des moyens les plus courants de poursuivre et mettre en œuvre des politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés publics est d'accorder une préférence à des fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur nationalité ou de l'origine de l'objet du marché. Ces préférences sont généralement accordées à des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou à des biens ou services produits ou fournis localement mais peuvent aussi l'être à des fournisseurs ou entrepreneurs d'autres nationalités. Par exemple, les fonds utilisés pour la passation de marchés peuvent découler d'un arrangement d'aide bilatérale liée. Un tel arrangement peut exiger que la passation se fasse avec des fournisseurs ou entrepreneurs du pays donateur. De même, on peut considérer que des restrictions fondées sur la nationalité puissent résulter, par exemple, d'un traitement national accordé aux fournisseurs et

entrepreneurs d'autres États membres d'un groupement régional d'intégration économique ou de sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. La CNUDCI a examiné toutes ces possibilités en rédigeant la Loi type.

33. Les dispositions de l'article 8 s'appliquent à toutes les passations de marchés, comme il est expliqué plus haut, et celles de l'article 11 permettent également à l'entité adjudicatrice de recourir à la technique dite de la "marge de préférence" en faveur de fournisseurs et entrepreneurs locaux. Ce mécanisme permet à l'État adoptant de trouver un juste équilibre entre la participation internationale à la procédure de passation de marchés et la promotion des capacités locales sans devoir recourir à une passation de marché purement nationale. L'entité adjudicatrice peut ainsi favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de proposer des prix voisins de ceux de la concurrence internationale, sans pour autant exclure simplement cette dernière. Elle peut alors retenir la soumission d'un fournisseur ou entrepreneur local si la différence de prix (prix pondéré ou non par la note de qualité) entre cette soumission et la soumission la plus basse ou la plus avantageuse dans l'absolu reste inférieure à la marge de préférence.

c) *Informations classifiées*

34. Comme il est noté à la section "**Protection des informations classifiées**", dans la première partie du présent *Guide*, les dispositions de la Loi type prévoient des exceptions aux mécanismes de transparence aux fins de la protection d'informations classifiées. Le terme "Passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" est lui-même défini à l'article 2-1 et examiné dans le **commentaire de cette définition**. Selon celle-ci, les "informations classifiées" sont des informations désignées comme telles dans la législation de l'État adoptant. Il s'agit généralement d'informations dont l'accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes. Le terme "informations classifiées" et la souplesse qui y est liée s'appliquent à la passation de marchés non seulement dans les secteurs où il en est le plus souvent question, comme la sécurité et la défense nationales, mais aussi dans tout autre secteur où une telle protection est accordée (notamment la conception d'installations sensibles ou le traitement de certaines questions médicales). Il importe de noter que pour éviter les abus, les dispositions ne donnent pas à l'entité adjudicatrice la liberté d'élargir la définition de ce terme. (Il convient donc de distinguer les informations classifiées des informations confidentielles au sens large, protégées en vertu de l'article 24.)

35. 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. L'exigence d'un examen au cas par cas découle de l'article 7, qui dispose que lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, elle est tenue de préciser si des mesures et prescriptions sont nécessaires pour protéger ces informations au niveau requis, et quelles sont ces mesures. Si elle prend de telles mesures, l'entité adjudicatrice doit motiver sa décision dans le procès-verbal en vertu de l'article 25-1 *v*: ces dispositions visent à assurer que l'incidence que pourraient avoir ces exceptions est examinée comme il se doit et que l'entité adjudicatrice (qui détermine s'il existe des motifs suffisants de lever les obligations normales de transparence) peut expliquer et justifier ses décisions.

36. Il peut s'agir, par exemple, de protéger contre la divulgation certaines parties du dossier en vertu des articles 25-4 et 7-3 *b*, ce qui permet à l'entité adjudicatrice de prendre des dispositions spéciales pour protéger les informations classifiées lorsqu'elle précise les modalités de communication d'une procédure de passation de marchés. L'entité adjudicatrice peut également imposer aux fournisseurs, entrepreneurs et sous-traitants de protéger les informations classifiées en vertu de l'article 24-4.

37. Néanmoins, plusieurs parties de la Loi type imposent certains mécanismes de transparence en cas de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées: en particulier, le dossier de sollicitation doit préciser où la législation relative aux informations classifiées peut être consultée (voir, par exemple, les articles 39 *t*, 47-4 *f*, 49-5 *i* et 53-1 *q*).

B. Commentaire par article

Article premier. Champ d'application

L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. Celle-ci régit tous les types de passation de marchés publics, selon la définition donnée à l'article 2. La grande diversité des procédures prévues dans la Loi type pour les différents types de situations que l'on peut rencontrer dans la passation des marchés publics font qu'il n'est pas nécessaire d'en exclure l'application à un secteur économique particulier d'un État adoptant. Plusieurs articles de la Loi type contiennent des dispositions adaptées en particulier aux passations de marchés où interviennent des questions sensibles, notamment celles mettant en jeu des informations classifiées. (Voir plus haut l'**examen des informations classifiées** dans la première partie du

présent *Guide* et dans l'introduction du présent chapitre; voir également ci-après le commentaire des articles 2-1, 7 et 24-4.)

Article 2. Définitions

1. L'article 2 a pour objet de définir au début de la Loi type les termes qui y sont souvent utilisés, de manière à faciliter la lecture et la compréhension du texte. Il est prévu que le commentaire de cet article soit complété par un glossaire, comme il est noté plus haut, dans l'introduction du présent chapitre.

2. La définition du terme "enchère électronique inversée" (al. *d*) recouvre toutes les caractéristiques principales d'une enchère inversée, en particulier le fait qu'elle se déroule en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d'autres types d'enchères pouvant être utilisés pour la passation de marchés publics dans certains pays, comme il est expliqué ci-après, dans l'introduction du chapitre VI.

3. Le mot "acquisition" dans la définition du terme "passation de marché" (al. *j*) englobe l'achat, la location et la location-vente, avec ou sans option d'achat. La définition mentionne aussi les biens, travaux et services, même si la Loi type n'exige pas de classification stricte de ces notions, puisqu'elle ne prévoit pas de méthodes de passation distinctes selon qu'il s'agit de biens, de travaux ou de services. Le terme "objet du marché" est utilisé dans la Loi type pour désigner ce qui est à acquérir, également parce qu'il est souvent impossible de séparer nettement les biens, travaux et services. Néanmoins, comme il est expliqué dans le **commentaire** de la section I du chapitre II de la Loi type, certaines méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type peuvent, par exemple, convenir davantage aux marchés de services qu'à ceux de biens ou de travaux. Les États adoptants ont peut-être traditionnellement recours à une classification stricte et à des orientations générales. Si l'État adoptant souhaite poursuivre dans cette voie, l'organisme chargé de la passation des marchés publics devra s'assurer que la loi le permet et que la classification est disponible pour tous les utilisateurs potentiels du système.

4. L'emploi au pluriel des mots fournisseurs et entrepreneurs dans la définition du terme "marché" (al. *k*) vise à tenir compte notamment des cas d'allotissement d'un marché attribué dans le cadre de la même procédure de passation. Par exemple, l'article 39 *g* de la Loi type dispose que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché. Dans ce cas, la procédure de passation de marchés aboutira à la conclusion non pas d'un seul contrat

avec un seul fournisseur ou entrepreneur, mais de plusieurs contrats avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs. L'expression "à l'issue de la procédure de passation de marchés", dans la même définition, vise à englober les marchés conclus dans une procédure d'accord-cadre mais non les accords-cadres attribués.

5. L'expression "informations classifiées" dans la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" (al. *l*) renvoie aux informations qui sont classifiées en vertu de la loi applicable d'un État adoptant. Comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre, elle désigne dans de nombreux pays des informations auxquelles seules certaines catégories de personnes sont légalement autorisées à accéder. La nécessité de traiter ce type d'informations dans la passation de marchés peut se poser non seulement dans les secteurs où les "informations classifiées" sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également dans tout autre secteur où la loi peut autoriser la protection de certaines informations contre la divulgation, tel que le secteur de la santé (par exemple, dans le cas de recherches et expériences médicales sensibles). L'expression est utilisée dans les dispositions de la Loi type qui prévoient des mesures spéciales pour protéger ce type d'informations, en particulier des exceptions aux exigences d'information du public et autres exigences de transparence. Ces exceptions pouvant donner lieu à des abus, la Loi type ne laisse à l'entité adjudicatrice aucune latitude pour élargir le champ de l'expression et il est recommandé que les questions relevant du traitement des "informations classifiées" soient régies par la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur. La définition, lorsqu'elle est employée dans la Loi type, est complétée par l'obligation énoncée à l'article 25 (Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés) de mentionner dans le procès-verbal toute mesure imposée lors de la procédure pour protéger des informations classifiées.

6. Concernant la définition du terme "entité adjudicatrice" (al. *n*), la Loi type vise en premier lieu à régir les marchés passés par les administrations et d'autres entités et entreprises du secteur public. Les entités précisément visées différeront d'un État à l'autre en fonction de la manière dont la législation répartit les compétences entre les différents niveaux de l'État. C'est pourquoi la définition du terme "entité adjudicatrice" à l'alinéa *n* i comporte des options concernant les niveaux de l'État à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type l'ensemble des départements, organismes, organes et autres services de l'administration centrale de l'État adoptant, ainsi que de ses subdivisions provinciales, locales ou autres subdivisions administratives. Cette option serait adoptée par les États non fédéraux et par les États fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait adoptée par les États n'adoptant la Loi type

que pour des organes de l'administration centrale. L'alinéa *n* ii dispose que l'État adoptant peut étendre l'application de la Loi type à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure administrative, s'il souhaite exiger d'elles qu'elles passent des marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités inclure, le cas échéant, l'État adoptant peut tenir compte de facteurs tels que les suivants:

a) Si l'État fournit des fonds publics substantiels à l'entité, ou une garantie ou toute autre sûreté garantissant le paiement dû par l'entité dans le cadre du marché qu'elle a passé, ou assume de quelque autre manière les obligations que celui-ci met à la charge de l'entité adjudicatrice;

b) Si l'entité est gérée ou contrôlée par l'État ou si celui-ci participe à la gestion ou au contrôle de l'entité;

c) Si l'État accorde à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit;

d) Si l'entité doit rendre des comptes à l'État ou au Trésor public en ce qui concerne sa rentabilité;

e) Si un accord international ou une autre obligation internationale de l'État s'applique aux marchés passés par l'entité;

f) Si l'entité a été créée en application d'une mesure législative spéciale pour exercer des activités à des fins publiques déterminées par la loi et si les règles de droit public applicables aux contrats publics s'appliquent aux marchés conclus par l'entité.

7. Comme il est noté à la section "**Acquisitions par des groupes d'entités adjudicatrices ...**", dans la première partie du présent *Guide*, la passation de marchés peut être faite par des groupes ou consortiums d'entités adjudicatrices, notamment de divers États, pouvant être considérés collectivement comme une seule "entité adjudicatrice". La définition du terme "entité adjudicatrice", qui renvoie en particulier à tout "groupement de plusieurs [ministères, organismes, organes ou autres services ou subdivisions]" sans mentionner toutefois de lien avec un État particulier, vise donc à permettre la participation de tels groupes ou consortiums, notamment dans le contexte de passations de marchés internationales.

8. Comme il est noté plus haut dans l'**examen des politiques socioéconomiques**, dans la première partie du présent *Guide*, et dans l'introduction du présent chapitre, la définition du terme "politiques socioéconomiques" (al. *o*) ne se veut pas ouverte, elle vise à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l'État adoptant ou dans les règlements en matière de passation des marchés et celles qui découlent de règles

internationales telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. Le but de ces dispositions est: *a)* d'empêcher que des politiques socioéconomiques soient déterminées au cas par cas par l'entité adjudicatrice; et *b)* de faire en sorte qu'elles soient appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. La loi peut autoriser un ou plusieurs organes d'un État adoptant à promulguer des politiques socioéconomiques dans cet État. Les règles concernant l'application de ces politiques devraient imposer des limites appropriées aux entités adjudicatrices, en particulier en leur interdisant d'adopter à leur gré des politiques ad hoc, de telles politiques pouvant donner lieu à des abus, notamment sous forme de favoritisme. Concernant l'utilisation de ces politiques, qui visent généralement à accorder quelque avantage à des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, voir les articles 8 à 11 et le **commentaire s'y rapportant**.

9. La fin de la définition du terme "politiques socioéconomiques" donne à l'État adoptant la possibilité de fournir une liste indicative des politiques applicables. L'examen des politiques socioéconomiques, plus haut dans l'introduction du présent chapitre, traite des types de politiques rencontrées en pratique et peut servir de base à une telle liste. Il convient de noter que ces politiques évoluent avec le temps et que toute liste se voulant exhaustive deviendrait obsolète. Il est donc recommandé qu'une telle liste reste indicative pour qu'il ne faille pas actualiser la loi chaque fois que les politiques socioéconomiques de l'État adoptant sont modifiées.

10. La définition du terme "sollicitation" (al. *p*) vise à établir une distinction entre "sollicitation" et "invitation à participer à la procédure de passation de marchés". Cette dernière formule est plus large puisqu'elle peut désigner une invitation à participer à une préqualification (en vertu de l'article 18) ou à une présélection (en vertu de l'article 49). La signification du terme "sollicitation" diffère selon la méthode de passation de marchés: dans l'appel d'offres, la sollicitation désigne l'invitation à soumettre des offres (publique dans l'appel d'offres ouvert et dans l'appel d'offres en deux étapes, adressée à un groupe limité dans l'appel d'offres restreint); dans la demande de propositions, la sollicitation désigne l'invitation à présenter des propositions (publique ou adressée à un groupe limité); dans les négociations avec appel à la concurrence, la sollicitation désigne une invitation à participer aux négociations, adressée à un groupe limité; dans la demande de prix, elle désigne l'envoi d'une demande à un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs limité mais dont le nombre doit être de trois au moins; dans une enchère électronique inversée utilisée comme méthode autonome de passation de marchés où des offres initiales sont exigées pour examen de leur conformité ou pour évaluation, la sollicitation commence par une invitation à soumettre ces offres initiales (l'invitation est publique, comme dans l'appel d'offres ouvert);

dans une enchère électronique inversée plus simple utilisée comme méthode autonome de passation de marchés sans examen ou évaluation d'offres initiales, la sollicitation a lieu après l'ouverture de l'enchère, lorsque les participants sont invités à soumettre des offres; et dans la sollicitation d'une source unique, la sollicitation désigne l'invitation à soumettre un prix ou une proposition, adressée à un seul fournisseur ou entrepreneur. Les notions de sollicitation "publique et sans restriction" et de sollicitation "directe" sont expliquées dans le commentaire de la section II du chapitre II.

11. La définition du terme "dossier de sollicitation" (al. *q*) est générique et englobe les caractéristiques essentielles des documents sollicitant la participation, quelle que soit la méthode de passation de marchés. Ces documents délivrés par l'entité adjudicatrice énoncent les conditions de la passation de marché concernée. Dans certaines méthodes de passation des marchés, le terme utilisé est "dossier de sollicitation"; dans d'autres méthodes, d'autres expressions sont employées. Par exemple, dans les dispositions de la Loi type régissant la demande de propositions, il est fait référence à une "demande de propositions" contenant les informations sur la sollicitation. Quel que soit le terme employé dans chaque méthode de passation de marché prévue dans la Loi type, le dossier de sollicitation englobe également toute modification apportée au dossier initial. De telles modifications peuvent être apportées conformément aux articles 14 et 15, mais également en vertu des dispositions de l'article 48-4 dans l'appel d'offres en deux étapes et conformément à l'article 49 dans la demande de propositions avec dialogue.

12. La définition du terme "garantie de soumission" (al. *u*) ne doit pas être comprise comme permettant à l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une seule procédure de passation de marchés où sont présentées des offres ou propositions révisées. Comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire de l'article 17** sur les garanties de soumission, l'article lui-même n'interdit pas de demander "plusieurs" garanties de soumission pour une procédure de passation de marchés, mais la CNUDCI décourage cette pratique.

13. L'expression "d'autres dispositions de la législation du présent État", employée à l'article 2 et dans d'autres dispositions de la Loi type, renvoie non seulement aux lois mais aussi aux règlements d'application et aux obligations conventionnelles de l'État adoptant. Dans certains États, une telle référence générale à la législation suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres États, une référence plus précise aux diverses sources de droit est nécessaire pour indiquer clairement qu'il ne s'agit pas seulement de lois.

*Article 3. Obligations internationales du présent État
touchant la passation des marchés
[et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]]*

1. L'article 3 a pour objet d'expliquer les effets des traités internationaux sur l'application de la Loi type au niveau national. L'État adoptant peut être soumis à des accords internationaux ou à des obligations internationales en matière de passation des marchés. Par exemple, plusieurs États sont parties à l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) et les membres de l'Union européenne sont liés par des règlements sur la passation des marchés applicables dans l'ensemble de l'Union. De même, les membres de groupements économiques régionaux d'autres régions du monde peuvent être liés par des directives en la matière par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou des règles régissant les marchés passés avec les fonds qu'ils octroient. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen de ces fonds en respectant ces directives ou ces règles. Les alinéas *a* et *b* de cet article visent à préciser que les conditions de l'accord international ou autres obligations internationales au niveau intergouvernemental doivent être appliquées mais qu'à tous autres égards, la passation des marchés doit être régie par la Loi type. L'article établit donc la primauté générale des traités internationaux sur les dispositions de la Loi type, étant entendu toutefois que même si des règles plus strictes peuvent s'appliquer en vertu de traités ou d'accords internationaux, les obligations internationales ne peuvent servir de prétexte pour se soustraire aux garanties de la Loi type.

2. L'article 3 permet également aux États de respecter des obligations internationales telles que celles imposées par les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. Ces mesures ou régimes peuvent exiger que les États s'abstiennent de traiter avec certains États ou certaines personnes, y compris dans le contexte de la passation des marchés. L'article 8 sur la participation des fournisseurs ou entrepreneurs complète à cet égard l'article 3 en envisageant des moyens de tenir compte de ces obligations internationales et de les imposer au moyen de la passation des marchés.

3. Les passages entre crochets de cet article s'adressent aux États fédéraux. L'alinéa *c* permet à un État fédéral adoptant la Loi type de donner la priorité sur celle-ci à des accords intergouvernementaux concernant des questions qu'elle régit, conclus avec une ou plusieurs de ses subdivisions ou entre deux de ces subdivisions ou plus. Une telle clause pourrait être utilisée par les États adoptants dont l'administration centrale n'est pas habilitée à légiférer pour ces subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

4. Les États adoptants devront adapter les dispositions de l'article à leurs règles constitutionnelles. Par exemple, ils devront peut-être modifier à l'alinéa *b* la formule "tout accord conclu par le présent État" en précisant qu'elle désigne tout accord non seulement signé, mais aussi ratifié par voie législative, de sorte qu'il s'impose à l'État adoptant.

5. Il est envisagé que l'État adoptant n'adopte les dispositions de cet article que dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit avec son droit constitutionnel.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

1. L'objet de l'article 4 est de souligner que les règlements en matière de passation des marchés doivent atteindre les objectifs et appliquer les dispositions de la Loi type. Comme il est noté à la section "**Application et utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**", dans la première partie du présent *Guide*, la Loi type est une "loi-cadre" énonçant les règles juridiques fondamentales régissant la passation des marchés, que doit compléter une réglementation promulguée par l'organisme ou l'autorité appropriés de l'État adoptant. Cette façon de procéder permet à un État adoptant de concevoir ses règles détaillées régissant les procédures de passation des marchés en fonction de ses besoins et de sa situation dans le cadre général établi par la Loi. Diverses dispositions de la Loi type indiquent donc expressément qu'elles doivent être complétées par des règlements en matière de passation des marchés (on trouvera ci-après au paragraphe 3 de la présente section des exemples de ces dispositions et sur le site Web de la CNUDCI un document soulignant les principales questions à envisager dans les 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.

2. Il convient d'interpréter l'expression "règlements en matière de passation des marchés" conformément à la tradition juridique de l'État adoptant, cette notion pouvant comprendre 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'orientations. Pour un examen de l'importance d'une approche globale dans les règlements, règles, directives et autres textes d'application aux fins de faire fonctionner en pratique le système envisagé dans la Loi type, voir plus haut la section intitulée "**La Loi type en tant que loi 'cadre'...**", dans la première partie du présent *Guide*, le commentaire pertinent dans l'introduction du présent chapitre et

le document susmentionné soulignant les principales questions à envisager dans les règlements en matière de passation des marchés.

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 (art. 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 marchés (art. 7-5); motifs de limitation de la participation à une passation de marché (art. 8); calcul de marges de préférence et application de politiques socioéconomiques lors de l'évaluation des soumissions (art. 11); estimation de la valeur du marché (art. 12); exigences concernant la durée d'un délai d'attente (art. 22-2 c); exigences concernant le procès-verbal et les dossiers de la passation de marché (art. 25-1 w et 25-5); durée maximale d'un accord-cadre fermé (art. 59-1 a); code de conduite (art. 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 30-5**).

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 marchés (art. 8), le pouvoir d'appliquer une marge de préférence en faveur des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux et ses modalités d'application (art. 11) et le recours à la procédure de demande de prix, qui ne peut être appliquée qu'aux marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans ces règlements (art. 29-2).

Article 5. Publication des textes juridiques

1. L'objet de l'article 5 est d'assurer la transparence de toutes les règles et de tous les règlements applicables à la passation des marchés dans un État adoptant. Toute personne intéressée devrait savoir à tout moment quelles règles et quels règlements s'appliquent à la passation des marchés et où les trouver si nécessaire.

2. Le paragraphe 1 de cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en exigeant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement tenus à jour. L'inclusion de cette disposition est jugée

particulièrement importante dans les États où cette exigence n'est pas déjà présente dans le droit administratif. Elle peut également être jugée utile dans les États où cette exigence existe, puisqu'une disposition dans la législation sur la passation des marchés elle-même contribuerait à attirer l'attention des entités adjudicatrices et des fournisseurs ou entrepreneurs sur l'exigence d'une divulgation adéquate des textes juridiques mentionnés dans ce paragraphe.

3. Dans de nombreux pays, il existe des publications officielles où les textes juridiques mentionnés dans ce paragraphe sont habituellement publiés ou peuvent l'être. Si tel n'est pas le cas, il convient de les rendre promptement accessibles au public, notamment aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, dans un autre média, de manière telle que les informations pertinentes soit suffisamment diffusées aux destinataires prévus et au grand public. Pour que le public puisse accéder facilement et rapidement aux textes juridiques pertinents, l'État adoptant voudra peut-être préciser les modalités et le moyen de publication dans les règlements en matière de passation des marchés ou y mentionner les sources juridiques traitant de la publicité des lois, règlements et autres actes publics. Cette solution permettrait également au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important compte tenu de la prolifération des médias et des sources d'informations à mesure que diminue l'utilisation des moyens traditionnels de publication sur papier. L'abondance d'informations provenant de nombreuses sources à l'authenticité et à l'autorité incertaines pourrait être un obstacle majeur à la transparence.

4. L'État adoptant devrait envisager de publier les informations pertinentes dans un média centralisé ("journal officiel" ou équivalent) et fixer des règles définissant les relations entre celui-ci et d'autres médias où ces informations peuvent figurer. Les informations dans ce média centralisé devront être authentiques et faire foi. Elles primeront sur les informations pouvant figurer dans d'autres médias. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations dans d'autres médias avant leur publication dans le média centralisé et exiger que les mêmes informations publiées dans différents médias contiennent les mêmes données. Le média centralisé devra être facilement et largement accessible. Idéalement, l'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques s'appliquant généralement aux passations de marchés visées par la législation sur la passation des marchés et à toutes les modifications dont ils font l'objet ne doit pas être payant car cela serait contraire aux objectifs de la Loi type: favoriser et encourager la concurrence, promouvoir l'intégrité et la confiance du public dans le processus de passation des marchés et assurer la transparence des procédures de passation.

5. Les règles, règlements ou autres orientations appuyant la législation devront également préciser la signification des obligations mentionnées dans

le paragraphe, de rendre les textes promptement “accessibles” et de les “tenir systématiquement à jour”. La première obligation suppose la publication et l’actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles de telle manière que l’utilisateur moyen puisse les comprendre et les utiliser aisément.

6. Concrètement, l’exigence d’accessibilité signifie qu’il doit être possible d’accéder aux informations et de les lire sans avoir à demander l’accès. Elles doivent aussi pouvoir être lues, comprises et retenues aisément. 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.

7. Le paragraphe 2 de l’article traite d’une catégorie distincte de textes juridiques: les décisions judiciaires et administratives ayant valeur de précédent. Ces textes juridiques ne relèvent pas du paragraphe 1, puisqu’ils sont de nature et de source différentes. Les textes visés au paragraphe 2, contrairement à ceux mentionnés au paragraphe 1, prennent généralement effet au moment de leur promulgation par un tribunal ou une instance administrative compétente de l’État. Aucune des exigences strictes telles que celles figurant au paragraphe 1 de l’article ne s’applique à l’accès aux informations envisagé au paragraphe 2. La raison en est que l’accès aux décisions de justice, par exemple, peut être réglementé par le pouvoir judiciaire sans que n’interviennent d’autres pouvoirs de l’État. Le public peut devoir demander copie d’une décision de justice au tribunal concerné, ou les tribunaux peuvent mettre leurs décisions à sa libre disposition. Il est entendu que les informations visées au paragraphe 2 ne seront peut-être pas aussi rapidement accessibles que celles visées au paragraphe 1. Néanmoins, pour que la disposition ait l’effet positif escompté, il convient de décourager tout retard dans la mise à disposition des informations concernées. Bien que l’exigence d’actualisation systématique ne concerne pas les textes visés au paragraphe 2, les États adoptants sont encouragés à veiller à ce qu’ils soient actualisés en temps voulu (par exemple, lorsque des décisions sont infirmées en tout ou en partie ou sont l’objet de l’appel en cours). Les informations visées au paragraphe 2, comme celles visées au paragraphe 1, doivent pouvoir être lues, interprétées et retenues aisément.

8. Selon les traditions juridiques et les pratiques de passation des marchés des diverses entités adjudicatrices de l’État adoptant, les textes interprétatifs ayant une valeur et une importance juridiques pour les fournisseurs et les

entrepreneurs peuvent être déjà visés par le paragraphe 1 ou 2 de l'article (il peut s'agir de l'interprétation des points examinés plus haut dans l'introduction du présent chapitre). L'État adoptant voudra peut-être envisager d'apporter des modifications à l'article afin qu'ils le soient.

9. De plus, étant donné que la publication sans papier entraîne une réduction des coûts, du temps et du travail administratif de publication et de mise à jour des informations, publier d'autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs peut être considéré comme une pratique de référence pour assurer la transparence et la prévisibilité et encourager la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient être, par exemple, des guides ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur des 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.

10. La Loi type n'aborde pas explicitement la publication de ces textes mais elle n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devra déterminer quels textes juridiques supplémentaires seront rendus publics et quelles conditions de publication devront s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels sont supposés retirer des informations publiées. Dans l'environnement papier, les coûts peuvent être disproportionnés si, par exemple, on exige que des informations d'un intérêt mineur ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans papier, même si les coûts de publication des informations peuvent devenir insignifiants, les coûts des mises à jour permettant au public d'accéder aisément à des informations pertinentes et exactes peuvent demeurer élevés.

11. Les lois et règlements de l'État adoptant déterminent quelles autorités publiques sont chargées de s'acquitter des obligations qui découlent de cet article. Conformément à plusieurs dispositions de la Loi type (telles que l'article 39 *t*), l'entité adjudicatrice sera tenue de mentionner dans le dossier de sollicitation les lois, règlements et autres textes juridiques intéressant directement la procédure de passation de marchés.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Cet article a pour objet de souligner l'importance d'une bonne planification des marchés pour les entités adjudicatrices comme pour les

fournisseurs et entrepreneurs. Il recommande de publier des informations sur les marchés futurs, ce qui peut contribuer à la transparence de l'ensemble du processus de passation des marchés et supprimer tout avantage que des fournisseurs ou entrepreneurs pourraient avoir en obtenant l'accès à des phases de la planification des marchés de manière non transparente.

2. L'article 6 n'exige pas la publication de telles informations—les dispositions ne font que l'autoriser. Cette souplesse est nécessaire parce que les informations et les besoins peuvent changer en fonction des circonstances; il se peut non seulement que l'entité adjudicatrice perde du temps et de l'argent mais aussi que des fournisseurs ou entrepreneurs engagent des dépenses inutiles. La diffusion d'informations nombreuses, inutiles ou trompeuses plutôt que d'informations soigneusement planifiées, utiles et pertinentes peut aller à l'encontre du but recherché. L'entité adjudicatrice devra déterminer si cette publication est appropriée et favorisera la transparence compte tenu en particulier des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*).

3. Le paragraphe 1 permet la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les projets de marché, et vise à l'encourager. Il fait référence aux projets généraux à long terme et non aux possibilités de marchés à court terme ni à une possibilité de marché en particulier (celle-ci est l'objet du paragraphe 2). L'État adoptant peut juger opportun de souligner les avantages de la publication de telles informations à des fins de planification stratégique et opérationnelle. Elle peut, par exemple, pousser les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et donc diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence en permettant à un plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés à participer et de se préparer en conséquence. La publication de ces informations peut aussi avoir un effet positif dans le contexte plus large de la gouvernance, notamment en ouvrant la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales.

4. Les États adoptants peuvent prévoir des incitations à publier ces informations, comme le font certains, permettant, par exemple, une réduction du délai de présentation des soumissions pour les marchés ayant été annoncés au préalable. Ils peuvent aussi mentionner des 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. Ils peuvent aussi faire des recommandations sur le contenu

des informations à publier et sur d'autres conditions de la publication, telles que sa durée, qui pourrait être de six mois ou d'un an, par exemple.

5. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 porte sur la publication d'un préavis concernant une possibilité de marché particulière. Dans la pratique, un tel préavis peut être utile, par exemple, pour déterminer avant d'ouvrir une procédure de passation de marchés si les fournisseurs ou entrepreneurs existants pourraient répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Ce type d'étude de marché peut s'avérer utile dans les secteurs à évolution rapide (tels que celui des technologies de l'information) pour savoir si des solutions novatrices sont proposées ou envisagées. Les réactions au préavis pourraient montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation de marchés prévue par l'entité adjudicatrice. Sur la base des données recueillies, l'entité adjudicatrice peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode la plus adaptée aux passations de marchés à venir. Il convient de ne pas confondre ce préavis avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié dans une procédure de demande de propositions.

6. La publication facultative visée aux paragraphes 1 et 2 n'est pas censée faire partie d'une procédure de passation particulière. La publication visée au paragraphe 1 est une étape de la planification à moyen ou à long terme, alors que celle visée au paragraphe 2 peut précéder de peu la procédure de passation de marchés. Comme il est dit au paragraphe 3 de l'article, les informations publiées en vertu du paragraphe 1 ou 2 ne lient en aucun cas l'entité adjudicatrice, notamment en ce qui concerne de futures sollicitations. Les fournisseurs ou entrepreneurs n'ont droit à aucun recours si la passation de marché annoncée n'a pas lieu ou si elle se déroule dans d'autres conditions que celles annoncées.

7. L'article est d'application générale: l'entité adjudicatrice est encouragée à publier les informations visées aux paragraphes 1 et 2 quels que soient le type de marché et la méthode de passation envisagés. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient cependant garder à l'esprit que la publication de ces informations n'est pas toujours souhaitable. Publier ce type d'informations peut demander beaucoup de travail; une telle obligation peut donc peser sur le processus de budgétisation et nuire à la souplesse qu'il faut à l'entité adjudicatrice pour gérer ses besoins. La publication de ces informations peut aussi favoriser malencontreusement la collusion. La position adoptée dans la Loi type, telle qu'elle ressort de cet article et du paragraphe 2 de la présente section, est donc qu'il faut laisser à l'entité adjudicatrice la latitude de décider au cas par cas s'il convient de publier ces informations, mais que la règle par défaut devrait être la publication, sauf considérations contraires.

8. L'État adoptant voudra peut-être préciser dans les règlements en matière de passation des marchés le lieu et les modalités de publication des informations mentionnées dans l'article. À cet égard, il voudra peut-être tenir compte du **commentaire de l'article 5**, plus haut, qui soulève des questions en rapport avec l'article 6. Il convient de veiller à la cohérence des règles applicables à la publication de tous les types d'informations liées à la passation des marchés en vertu de la Loi type (voir également ci-après le commentaire des articles 18-2, 23 et 33 à 35).

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. L'article 7 vise à offrir une sécurité juridique concernant i) la forme des informations générées et communiquées au cours d'une passation de marché menée en vertu de la Loi type, ii) les moyens à utiliser pour communiquer ces informations, iii) les moyens de satisfaire à toutes les exigences en matière d'écrit ou de signature et de tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs (éléments désignés collectivement par le terme "formes et moyens de communication") et iv) les exigences et mesures destinées à protéger les informations classifiées dans les passations de marchés mettant en jeu de telles informations.

2. Pour ce qui est des formes et moyens de communication et des rapports de l'entité adjudicatrice avec les fournisseurs et entrepreneurs et avec le grand public, la position de la Loi type est que l'objectif premier doit être de chercher à encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans entraver l'évolution de la technologie et des procédés. Les dispositions de cet article ne se fondent donc pas sur l'utilisation d'une technologie particulière ni ne présupposent une telle utilisation. Elles établissent un régime juridique ouvert aux évolutions technologiques. Bien que devant être interprétées au sens large et traitant de toutes les communications échangées au cours d'une procédure de passation de marchés régie par la Loi type, ces dispositions ne visent pas à réglementer les communications régies par d'autres branches du droit.

3. Le paragraphe 1 dispose que les informations doivent être sous une forme attestant leur teneur et accessible pour consultation ultérieure. Le mot "accessible" dans ce paragraphe signifie que le lecteur doit avoir directement accès aux informations concernées qui doivent également pouvoir être lues, interprétées et retenues aisément. Le verbe "consulter" désigne dans cet article l'utilisation par l'homme mais aussi le traitement automatique. Ces dispositions visent d'une part à ménager une souplesse permettant d'utiliser diverses formes d'informations à mesure que la technologie évolue et, d'autre part, à fournir des garanties suffisantes que les informations générées et

communiquées, quelle qu'en soit la forme, sont consultables, traçables et vérifiables de manière fiable. Une fiabilité, une traçabilité et une vérification adéquates sont essentielles pour le bon déroulement du processus de passation de marchés, pour l'efficacité du contrôle et de l'audit et pour une éventuelle procédure de révision. Le libellé de l'article est compatible avec les conditions de forme figurant dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir **par. 97 de la première partie du présent Guide**): pas plus que ces textes, la Loi type n'attribue de caractère permanent à une forme d'information déterminée ni n'interfère avec l'application de règles de droit pouvant exiger une forme précise. Aux fins de la Loi type, toute forme d'information peut être utilisée dès lors qu'elle atteste la teneur des informations et qu'elle permet une consultation ultérieure. Aux fins de la transparence et de la prévisibilité, l'entité adjudicatrice spécifie au début de la procédure de passation de marchés toute condition particulière de forme acceptable par elle, conformément au paragraphe 3 *a* de l'article.

4. Le paragraphe 2 de l'article contient une exception à la condition générale de forme énoncée au paragraphe 1. Il permet que certains types d'informations soient communiqués à titre préliminaire sous une forme n'en attestant pas la teneur, par exemple, si les informations sont communiquées oralement par téléphone ou lors d'une entrevue, pour éviter à l'entité adjudicatrice et aux fournisseurs et entrepreneurs des retards inutiles. Ce paragraphe énumère, en renvoyant aux dispositions pertinentes de la Loi type, les cas dans lesquels cette exception peut s'appliquer. Ils concernent la communication d'informations à un seul fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marchés (par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice demande à un fournisseur ou entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre). Toutefois, cette exception est soumise à une condition: dès que l'information est communiquée, confirmation de la communication doit être donnée au destinataire sous la forme prescrite au paragraphe 1 de l'article (attestant la teneur des informations et permettant d'y accéder et de les consulter). Cette condition est essentielle pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure de passation de marchés et le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs qui y participent. Cependant, il peut être difficile en pratique d'en vérifier et d'en imposer le respect, et le recours excessif à cette exception pourrait être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme. L'État adoptant voudra donc peut-être surveiller l'utilisation de cette exception dans le cadre du contrôle général du processus de passation des marchés.

5. Conformément à l'approche générale de la Loi type selon laquelle l'entité adjudicatrice est chargée de concevoir la procédure de passation de marchés, le paragraphe 3 de l'article lui donne le droit d'insister pour qu'une forme ou un moyen de communication particuliers, ou plusieurs, soient

utilisés au cours de la passation de marché, sans avoir à justifier son choix. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne disposent pas d'un tel droit mais, conformément au chapitre VIII de la Loi type, ils peuvent contester la décision de l'entité adjudicatrice à cet égard. L'exercice de ce droit par l'entité adjudicatrice est soumis à plusieurs conditions visant ce que les entités adjudicatrices ne se servent pas de technologies ou de procédés à des fins de discrimination ou d'exclusion, par exemple, pour empêcher l'accès de certains fournisseurs ou entrepreneurs à la passation de marché ou créer des obstacles à cet accès.

6. Pour assurer la prévisibilité et la possibilité d'effectuer une révision, un contrôle et un audit en bonne et due forme, le paragraphe 3 de l'article impose à l'entité adjudicatrice sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marchés de spécifier l'ensemble des conditions de forme et des moyens de communication la concernant. Ces conditions peuvent être modifiées par un additif aux informations publiées initialement, conformément à l'article 15 de la Loi type. L'entité adjudicatrice doit indiquer clairement si plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, dans l'affirmative, quelle forme et quel moyen doivent être utilisés à quel stade de la procédure de passation de marchés, pour quels types d'informations et pour quelles catégories d'informations ou d'actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier pour la soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou pour une sauvegarde correcte si des données soumises sous une seule forme ou par un seul moyen risquent d'être perdues. L'entité adjudicatrice peut au début d'une passation de marché envisager qu'une modification des conditions de forme ou des moyens de communication soit nécessaire. Cette situation pourrait se produire, par exemple, dans des processus de passation de marchés relativement longs, notamment les passations de marchés portant sur des articles très complexes ou reposant sur des accords-cadres. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réservera la possibilité de modifier les conditions de forme ou les moyens de communication lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marchés, devra veiller à ce que la forme ou le moyen de communication modifiés respectent les garanties énoncées à l'article 7-4 et à ce que toutes les personnes concernées soient promptement avisées de la modification. Il est théoriquement possible d'utiliser plusieurs moyens de communication ou d'indiquer que ces moyens peuvent changer librement pendant la passation de marché, mais il en découlera presque inévitablement des incidences négatives pour l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication. Les entités adjudicatrices devraient donc envisager de n'utiliser que les moyens de communication et modifications justifiables et jugées appropriées pour la passation de marché concernée.

7. Pour que le droit d'accès à une procédure de passation de marchés en vertu de la Loi type ait un sens, le paragraphe 4 de l'article exige que les moyens spécifiés conformément au paragraphe 3 de l'article soient couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. S'agissant des moyens à utiliser pour tenir une réunion, il exige en outre que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent participer pleinement et en direct à la réunion. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion peuvent suivre en temps réel tout le déroulement de la réunion et communiquer avec d'autres participants si nécessaire. L'exigence du paragraphe 4 de l'article selon laquelle les moyens de communication doivent être couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée suppose une connectivité et une interopérabilité (c'est-à-dire une capacité effective de fonctionner ensemble) efficaces et abordables de manière à assurer un accès sans restriction à la procédure. En d'autres termes, chaque fournisseur ou entrepreneur potentiel devrait pouvoir participer à la procédure de passation de marchés avec un matériel simple et d'usage courant et un savoir-faire technique de base. Il ne faut toutefois pas en déduire que les systèmes de communication des entités adjudicatrices doivent être interopérables avec ceux de chaque fournisseur ou entrepreneur. Si, cependant, le moyen choisi par l'entité adjudicatrice suppose l'utilisation de systèmes de communication non généralement disponibles, difficiles à installer (si nécessaire), plutôt difficiles à utiliser ou au prix déraisonnablement élevé pour l'utilisation envisagée, il ne peut être considéré comme répondant à la condition selon laquelle il doit être "couramment utilisé" dans le cadre de la procédure de passation de marchés en vertu du paragraphe 4 de l'article. (L'expression "système de communication" ou "système" englobe dans ce contexte toute la gamme des moyens techniques utilisés dans les communications. Selon le cas d'espèce, elle peut désigner un réseau, des applications et des normes de communication, ou encore des technologies, du matériel, des boîtes aux lettres ou des outils.)

8. Le paragraphe 4 de l'article ne vise pas à faciliter l'accès à la passation des marchés publics en général mais à une passation de marché spécifique. L'entité adjudicatrice doit décider au cas par cas quels moyens de communication peuvent convenir à chaque type de passation de marché. Par exemple, le niveau de pénétration de certaines technologies, applications et moyens de communication associés peut varier d'un secteur à l'autre d'une économie donnée. En outre, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de facteurs tels que la couverture géographique prévue de la passation de marché, la couverture et la capacité de l'infrastructure du système de communication du pays, le nombre et le degré de complexité des formalités et procédures à accomplir pour que les communications aient lieu, les connaissances informatiques

attendues des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ainsi que les coûts et le temps requis. Dans les cas où la participation à la procédure de passation de marchés n'est pas limitée sur la base de la nationalité, l'entité adjudicatrice doit également évaluer l'incidence des moyens choisis sur l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers à la passation de marché. Toutes les exigences pertinentes d'accords internationaux devraient également être prises en compte. Une approche pragmatique axée sur l'obligation de ne pas restreindre l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à la passation de marché permettra à l'entité adjudicatrice de déterminer si le moyen de communication choisi est effectivement "couramment utilisé" dans le contexte de cette passation de marché et donc s'il est satisfait à l'exigence de ce paragraphe.

9. À une époque d'avancées technologiques rapides, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et n'être pas suffisamment accessibles ou utilisables (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres) pendant un certain temps. L'entité adjudicatrice doit chercher à éviter les situations où l'utilisation d'un moyen de communication particulier dans une procédure de passation de marchés pourrait entraîner une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, le choix exclusif d'un seul moyen de communication pourrait bénéficier à certains fournisseurs ou entrepreneurs plus habitués à l'utiliser, au détriment d'autres. Il convient de concevoir des mesures pour empêcher tout effet discriminatoire (par exemple, en prévoyant de la formation ou des délais plus longs afin que les fournisseurs ou entrepreneurs s'habituent aux nouveaux systèmes). L'État adoptant peut juger bon, lorsque de nouveaux processus sont introduits, de maintenir dans un premier temps les processus traditionnels, notamment les processus papier, puis de les retirer progressivement pour permettre le passage aux nouveaux processus.

10. Les dispositions de la Loi type ne traitent pas des technologies que peuvent utiliser les entités adjudicatrices. Pour autant qu'elles soient couramment utilisées par les fournisseurs ou entrepreneurs, leur utilisation sera conforme aux conditions du paragraphe 4. Les logiciels adaptés aux besoins ou préférences d'une entité adjudicatrice ou spécialement conçus pour elle peuvent comporter des solutions techniques différentes et incompatibles avec d'autres technologies couramment utilisées: ils peuvent, par exemple, exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs adoptent un certain format ou convertissent leurs données à ce format. Le surcroît de difficultés ou de coûts ainsi occasionné peut empêcher des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, en particulier de petites entreprises, d'avoir accès à la passation de marchés ou les décourager de participer. De fait, les fournisseurs ou entrepreneurs n'utilisant pas la même technologie que l'entité adjudicatrice seraient exclus, ce qui créerait un risque de discrimination entre les fournisseurs et

entrepreneurs et augmenterait le risque d'irrégularités. Des technologies non couramment utilisées pourraient avoir une incidence négative considérable sur la participation des fournisseurs et entrepreneurs à une passation de marché.

11. En revanche, les technologies disponibles dans le commerce, si elles sont facilement disponibles et raisonnablement faciles à installer et à utiliser, peuvent constituer un bon choix. Il est également bien plus probable qu'elles soient couramment utilisées par les fournisseurs ou entrepreneurs, et elles peuvent donc à la fois favoriser et encourager leur participation et réduire les risques de discrimination. De telles technologies sont également plus faciles à utiliser pour le secteur public lui-même, puisqu'elles permettent aux acheteurs publics d'utiliser des solutions éprouvées par une utilisation quotidienne sur le marché commercial, d'harmoniser leurs systèmes avec un réseau plus large de partenaires commerciaux potentiels et de se libérer de l'emprise de fournisseurs de systèmes protégés pouvant exiger des licences ou redevances rigides. Elles peuvent en outre être facilement adaptées au profil de l'utilisateur, ce qui peut être important, par exemple, pour adapter les systèmes aux langues locales ou intégrer des solutions multilingues, et susceptibles d'être étendues à l'ensemble des systèmes des organismes publics à moindre coût. Ce dernier point peut être particulièrement important dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique comprenant l'intégration des systèmes internes de différents organismes publics.

12. La Loi type ne traite pas de la question des frais d'accès aux systèmes de communication de l'entité adjudicatrice et d'utilisation de ces systèmes. Cette question est laissée à l'État adoptant, qui décide en tenant compte des circonstances locales. Ces circonstances peuvent évoluer avec le temps et influencer sur la politique de l'État adoptant en la matière. L'État adoptant devrait évaluer avec soin l'incidence d'une redevance demandée aux fournisseurs et entrepreneurs pour l'accès au marché, afin de préserver les objectifs de la Loi type — favoriser et encourager leur participation à la procédure de passation de marchés et promouvoir la concurrence. Idéalement, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes de communication de l'entité adjudicatrice et leur utilisation. Si des frais d'utilisation sont perçus, ils doivent être transparents, justifiés, raisonnables et proportionnés, et n'entraîner aucune discrimination ni restriction en ce qui concerne l'accès à la procédure de passation de marchés.

13. L'objectif du paragraphe 5 de l'article (qui exige des mesures appropriées garantissant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations) est de renforcer la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la fiabilité de la procédure de passation de marchés, notamment pour ce qui est du traitement des informations commerciales. Cette confiance dépendra

du sentiment des utilisateurs qu'il existe des garanties appropriées quant à la sécurité du système d'information utilisé, la préservation de l'authenticité et de l'intégrité des informations transmises au moyen de celui-ci, et d'autres facteurs dont chacun fait l'objet de divers règlements et diverses solutions techniques. D'autres aspects et branches du droit entrent en jeu, 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. La Loi type et les règlements en matière de passation des marchés pouvant être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type ne représentent donc qu'une petite partie du cadre législatif pertinent. En outre, la fiabilité de la procédure de passation de marchés 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.

14. Les solutions juridiques et techniques visant à garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité peuvent varier selon les circonstances et les contextes. En les élaborant, il convient de tenir compte de leur efficacité mais aussi de l'effet discriminatoire ou anticoncurrentiel qu'elles pourraient avoir, notamment dans le contexte international. L'État adoptant doit assurer au moins que les systèmes sont configurés de manière à pouvoir y effectuer un examen et un audit indépendants et en particulier vérifier quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand, y compris la durée de la communication, et que le système peut reconstituer la suite des événements. Le système doit offrir une protection suffisante contre toute action non autorisée visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. Des systèmes d'atténuation du risque de perturbations d'origine humaine ou autre doivent être en place. Pour renforcer la confiance dans le processus de passation des marchés et la transparence de celui-ci, les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs potentiels devraient leur être précisées dès le début de la procédure de passation ou portées à la connaissance du public. Le système devrait garantir aux fournisseurs et entrepreneurs l'intégrité et la sécurité des données qu'ils soumettent à l'entité adjudicatrice et la confidentialité des informations qui devraient être traitées comme confidentielles, et que les informations qu'ils soumettent ne seront pas utilisées de manière inappropriée. Une autre question liée à la confiance est celle de la propriété des systèmes et de l'appui à ceux-ci. Toute intervention de tiers doit être traitée avec soin afin que les arrangements pris n'ébranlent pas la confiance des fournisseurs et entrepreneurs ni du public en général dans la procédure de passation de marchés. (D'autres points intéressant les dispositions de l'article 7 sur la forme et les moyens de communication sont examinés, par exemple, dans le commentaire des articles 40 et 42 ci-après.)

15. Outre les exigences concernant la forme et les moyens de communication, cet article traite des mesures et prescriptions que l'entité adjudicatrice peut imposer dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées pour assurer la protection de ces informations au niveau requis. Les dispositions pertinentes se trouvent au paragraphe 3 *b*. Par exemple, il est courant, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, de verser ces informations dans un appendice au dossier de sollicitation, qui n'est pas rendu public. Toute mesure de cet ordre, toute autre exception aux règles de transparence de la Loi type ou toute autre mesure de protection des informations classifiées doit être communiquée au début de la passation de marché conformément au paragraphe 3 de cet article. (Pour la définition de l'expression "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", voir l'article 2-1 et le **commentaire s'y rapportant**.)

16. Il convient d'établir une distinction entre les prescriptions et mesures visées au paragraphe 3 *b* et celles visées au paragraphe 5 de cet article. Ces dernières font référence aux conditions et mesures générales applicables à toute passation de marché mettant ou non en jeu des informations classifiées, alors que le paragraphe 3 *b* concerne les exigences et mesures techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se conformer pour assurer l'intégrité des informations classifiées, telles que les exigences de cryptage. Elles permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser, par exemple, le niveau de l'agent chargé de recevoir les informations concernées. Ces prescriptions et mesures ne seraient autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant que dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées et pour ce type d'informations.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. L'article 8 a pour objet de permettre une participation pleine, sans restriction et internationale à la passation des marchés publics. Les paragraphes 1 et 2 de l'article énoncent 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 marchés. Les paragraphes 3 à 5 prévoient les garanties procédurales qui entrent en jeu lorsqu'une telle limitation est imposée.

2. Une décision de limiter la participation à une procédure de passation de marchés peut être prise dans diverses situations. Comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre, une telle situation peut découler de politiques socioéconomiques de l'État. D'autres questions intéressant l'État,

telles que la sûreté et la sécurité, peuvent justifier de limiter la participation. En particulier, comme il est noté plus haut dans le **commentaire de l'article 3**, il peut être nécessaire de limiter la participation pour appliquer des régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU.

3. Les paragraphes 1 et 2 visent à prendre en compte ces diverses situations. Alors que le paragraphe 1 vise la limitation de la participation aux procédures de passation de marchés sur la base de la nationalité, le paragraphe 2 est ouvert en ce qui concerne les critères pouvant justifier l'imposition d'une limitation.

4. L'application du paragraphe 1 n'aboutirait pas forcément à un "marché national" (c'est-à-dire une situation où seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, quelle que soit la manière dont l'État adoptant les définit, sont autorisés à participer à la procédure de passation). Il peut s'agir d'exclure uniquement les nationaux d'un État ou d'un groupe d'États visé par des sanctions internationales, la passation de marchés restant par ailleurs ouverte à la concurrence internationale.

5. Le paragraphe 2 vise les situations où la participation à une procédure de passation de marchés est limitée entièrement ou partiellement pour d'autres raisons, telles que des programmes réservés aux petites et moyennes entreprises ou aux entités de zones défavorisées. Comme dans le cas du paragraphe 1, l'application du paragraphe 2 n'aboutirait pas nécessairement à un marché national: la passation de marchés peut être internationale mais limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, des personnes handicapées).

6. Si elle recourt à une passation de marché national comme le permet cet article, l'entité adjudicatrice peut invoquer certaines dérogations aux exigences de la Loi type. Par exemple, elle n'est pas tenue de publier internationalement une invitation à participer à la procédure de passation de marchés (voir art. 33-4 et **commentaire s'y rapportant**).

7. Les paragraphes 1 et 2 de l'article mentionnent tous deux les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant comme source du pouvoir de l'entité adjudicatrice de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marchés. L'État adoptant qui formule des politiques prévoyant ce pouvoir doit envisager leurs conséquences à la lumière de ses obligations internationales, étant donné que toute limitation de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marchés risque d'enfreindre ses engagements de libre échange au titre des instruments internationaux pertinents, tels que l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*).

8. Si l'entité adjudicatrice se fonde sur un des motifs prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation pour limiter la participation à une procédure de passation de marchés, le paragraphe 3 lui impose de faire une déclaration en ce sens au début de la procédure. Cette déclaration doit être publiée dans l'invitation à participer à la procédure (par exemple, à participer à une procédure de préqualification ou à soumettre une offre; voir, par exemple, les articles 18-3 et 37) ou, si cette dernière n'est pas publiée, dans l'avis de passation de marchés (voir l'article 34-5). Pour assurer un traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, cette déclaration ne peut être modifiée ultérieurement.

9. Les paragraphes 4 et 5 contiennent d'autres garanties procédurales. Le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle se fonde pour justifier sa décision, en indiquant en particulier la base légale de la limitation de la participation. Le paragraphe 5 dispose que la même information doit être fournie à toute personne qui en fait la demande. Une décision de limiter la participation est un exemple de cas où l'État adoptant peut décider d'imposer à l'entité adjudicatrice d'étayer les raisons et circonstances de sa décision par des motifs juridiques, comme il est expliqué plus haut dans l'introduction de ce chapitre et ci-après dans le **commentaire de l'article 25** sur le procès-verbal de la procédure de passation de marchés.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Cet article vise à: dresser une liste exhaustive de critères que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marchés (par. 2); réglementer d'autres conditions et procédures qu'elle peut imposer à cette fin (par. 3 à 7); et énumérer les motifs de disqualification (par. 8). Ces dispositions visent à empêcher les entités adjudicatrices de formuler des critères de qualification trop stricts ou de limiter le nombre de participants pour réduire leur propre charge de travail.

2. Cet article vise également à empêcher que la procédure de qualification ne soit détournée pour restreindre l'accès au marché au moyen de barrières cachées (que ce soit au niveau national ou international). Des exigences concernant des licences particulières, des diplômes peu courants, une présence en personne ou une expérience appropriée peuvent se justifier dans le cas d'une passation de marché donnée ou être le signe d'une tentative de fausser la participation en faveur d'un fournisseur ou entrepreneur ou d'un groupe de fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions sont donc souples

et le risque d'utilisation abusive est atténué par les dispositions du paragraphe 2 sur la transparence, qui permettent d'évaluer la pertinence d'exigences particulières. Il serait particulièrement préoccupant que des exigences superflues utilisées de manière non transparente pour limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers (autres que les limitations à la participation que permet l'article 8) créent directement ou indirectement une discrimination à leur encontre. Une exigence pouvant être jugée superflue en ce sens est notamment celle d'établir une présence locale (filiale, bureau de représentation ou succursale) comme condition préalable de participation à une procédure de passation de marchés. (Voir également ci-après le commentaire des paragraphes 2 *e* et 6) de cet article pour d'autres exemples d'exigences qui pourraient intentionnellement ou non fausser ou restreindre la participation internationale). Les autres normes à respecter dans un État adoptant (y compris en vertu d'autres lois ou des règlements en matière de passation des marchés) 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. À cet égard, il convient de prendre en compte, en formulant les conditions de qualification des procédures de passation des marchés pertinentes, les réserves concernant la mise en œuvre de politiques socioéconomiques examinées à la section "**Équilibre entre la politique de passation des marchés formulée dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des États adoptants**", dans la première partie du présent *Guide*.

3. Comme il est dit au paragraphe 1 de cet article, les dispositions de celui-ci peuvent s'appliquer à tous les stades de la procédure de passation de marchés. Les qualifications peuvent être évaluées: i) au début de la passation de marché, lors de la préqualification visée à l'article 18 ou de la présélection visée à l'article 49-3; ii) lors de l'examen des soumissions (les motifs de rejet d'une offre visés à l'article 43-2 *a* comprennent l'insuffisance des qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur); iii) à tout autre moment de la procédure de passation de marchés où les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont priés de justifier à nouveau de leurs qualifications (voir par. 8 *d* de l'article et le commentaire s'y rapportant ci-après); et/ou iv) à la fin de la procédure de passation, lorsque seules les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur retenu sont évaluées (voir art. 57-2) ou lorsqu'il est prié de justifier à nouveau de ses qualifications (art. 43-5).

4. La Loi type encourage une concurrence ouverte à moins qu'il n'y ait une raison de limiter la participation. La préqualification, qui peut limiter la concurrence, peut être utilisée dans toutes les méthodes de passation de marchés et ses avantages sont examinés dans le **commentaire de l'article 18**; il convient cependant d'inviter les entités adjudicatrices à n'y recourir que si les coûts et avantages le justifient.

5. Le paragraphe 2 énumère les critères de qualification pouvant être utilisés dans le processus. Ces critères doivent être pertinents et convenir aux circonstances de la passation de marché. L'entité adjudicatrice ne doit pas appliquer l'ensemble des critères énumérés au paragraphe 2 mais se limiter à ceux qui sont appropriés aux fins de la passation de marché. Elle doit préciser dans les dossiers de préqualification, de présélection et de sollicitation les critères qui seront utilisés, ce qui permet d'évaluer leur pertinence mais aussi de les contester suffisamment tôt.

6. L'exigence du paragraphe 2 *a* selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir les "équipements et autres moyens matériels nécessaires" n'est pas censée être un moyen de restreindre la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et moyens nécessaires mais peuvent cependant s'assurer que leurs sous-traitants ou leurs partenaires les mettront à leur disposition aux fins de l'exécution du marché.

7. Au paragraphe 2 *b*, la référence à d'"autres normes" vise à indiquer que l'entité adjudicatrice est en droit de s'assurer de la conformité aux normes applicables dans un État adoptant (par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises). Si une entité adjudicatrice souhaite imposer des normes telles que des habilitations de sécurité, des normes environnementales, des normes du droit international du travail ou des normes internationales en matière de droits de l'homme, elle peut le faire sous les réserves visées à la section "**Équilibre entre la politique de passation des marchés formulée dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des États adoptants**", dans la première partie du présent *Guide*. Toutes les normes de qualification imposées en vertu de cet article doivent porter sur les normes et processus généralement appliqués par les fournisseurs ou entrepreneurs et non sur les caractéristiques de l'objet du marché (qui sont traitées ci-après dans le commentaire des **articles 10 et 11**).

8. Il convient d'appliquer le paragraphe 2 *e* en tenant compte de l'effet discriminatoire qu'il pourrait avoir sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers n'ayant pas de présence locale dans l'État adoptant. Les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne seront généralement pas tenus de payer des impôts ou des cotisations sociales dans l'État adoptant; l'article 8 interdit à l'entité adjudicatrice d'imposer des exigences autres que celles permises dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, et qui auraient pour effet d'empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation de marché.

9. Le paragraphe 2 *f* de l'article 9 fait référence à la disqualification de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la suite d'une procédure administrative de

suspension ou d'exclusion. Une telle procédure administrative—dans laquelle le fautif présumé devrait bénéficier du droit à une procédure régulière et notamment de la possibilité de réfuter les accusations—est couramment utilisée pour suspendre ou exclure des fournisseurs ou entrepreneurs reconnus coupables de fautes telles que soumission d'états financiers faux, déclarations fallacieuses ou fraude. Il est à noter que la Loi type laisse à l'État adoptant le soin de fixer la période durant laquelle une infraction pénale telle que celles visées au paragraphe 2 *f* devrait priver un fournisseur ou entrepreneur de la possibilité d'entrer en ligne de compte pour un marché.

10. Le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice d'exiger des fournisseurs ou entrepreneurs les pièces ou autres renseignements pertinents permettant d'évaluer leurs qualifications. 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. En fonction de l'objet du marché et du stade de la procédure de passation de marchés auquel les critères de qualification sont évalués, une simple déclaration du fournisseur ou de l'entrepreneur peut suffire. Elle peut suffire, par exemple, à l'ouverture d'une enchère électronique inversée en tant que procédure autonome s'il est prévu que les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur retenu seront dûment vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Les exigences concernant les pièces ou autres renseignements pertinents doivent s'appliquer de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et se justifier objectivement compte tenu des circonstances de la passation de marchés (voir par. 4 et 6 de l'article).

11. Le paragraphe 4 dispose que l'ensemble des critères et conditions utilisés pour évaluer les qualifications doivent être énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. 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 dispose que toutes les exigences doivent être énoncées dans les documents pertinents; 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).

12. Le paragraphe 6 interdit toute mesure pouvant avoir un effet discriminatoire ou ne se justifie pas objectivement dans l'évaluation des qualifications,

à moins qu'elle ne soit expressément autorisée par la législation de l'État adoptant. Cette disposition est conforme aux exigences de l'article 8, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**. Malgré ces interdictions dans la Loi type, certaines mesures pratiques telles que le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent être jugées discriminatoires à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux; l'État adoptant devra veiller à ce que mesures autorisées et mesures interdites soient clairement définies.

13. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs étrangers, le paragraphe 7 interdit d'imposer des conditions concernant l'authentification des pièces fournies à l'appui des qualifications à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs que celui qui a présenté la soumission retenue. Ces exigences doivent être prévues dans la législation de l'État adoptant concernant l'authentification des documents de ce type. L'article n'exige pas l'authentification de tous les documents fournis par le fournisseur ou entrepreneur gagnant. Il reconnaît que les États ont une législation en la matière et pose le principe qu'aucune formalité supplémentaire ne devrait être imposée en ce qui concerne la procédure de passation de marchés.

14. Les alinéas *a* à *c* du paragraphe 8 traitent des conséquences de la présentation par des fournisseurs ou entrepreneurs d'informations fausses, fallacieuses, ou comportant des erreurs ou omissions. L'alinéa *a* prévoit la disqualification du fournisseur ou entrepreneur soumettant des informations fausses ou fallacieuses. La notion d'"information fallacieuse" sera expliquée de manière plus approfondie dans le glossaire que la CNUDCI publiera ultérieurement. L'alinéa *b* autorise l'entité adjudicatrice à disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent "des erreurs ou omissions substantielles". L'adjectif "substantiel" employé en référence à une erreur ou omission repose sur une notion de seuil: il signifie que ces erreurs ou omissions compromettent l'intégrité de la concurrence ou du processus de passation de marchés en général. L'alinéa *c* autorise l'entité adjudicatrice à disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur pour des erreurs ou omissions non substantielles dans les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications uniquement si le fournisseur ou entrepreneur n'y remédie pas lorsqu'elle le lui demande.

15. L'objet des alinéas *a* à *c* du paragraphe 8 est de garantir à la fois les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs, qui souhaitent un traitement juste, égal et équitable, et ceux de l'entité adjudicatrice, qui souhaite ne conclure de marchés qu'avec des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. Les décisions de disqualification peuvent être contestées conformément aux dispositions du chapitre VIII. Les décisions rendues lors des procédures de

préqualification ou de présélection peuvent être contestées avant la date limite de présentation des soumissions, de sorte que la procédure de passation de marchés ne soit pas perturbée aux stades ultérieurs pour des motifs sans rapport avec ceux-ci. Le cas échéant, des dispositions plus strictes sur la suspension de la procédure de passation de marchés s'appliqueront (voir art. 67-4).

16. Le paragraphe 8 *d* prévoit que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés seront confirmées à un stade ultérieur de la procédure de passation de marchés, tel que l'examen des soumissions. L'entité adjudicatrice peut ainsi s'assurer que les informations fournies par un fournisseur ou entrepreneur concernant ses qualifications au moment de la préqualification, ou si les qualifications sont examinées séparément au début de la procédure, restent valables et exactes, avec de nouveau les garanties procédurales décrites au paragraphe précédent. Dans la plupart des passations de marchés (sauf peut-être les passations longues et complexes à phases multiples), l'application de ces dispositions devrait se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, comme le prévoient les articles 43-5 et 57-2 de la Loi type.

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

1. L'article 10 a pour objet de souligner qu'il importe de décrire l'objet du marché de manière claire, précise, complète et objective dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Une description ainsi faite encourage les fournisseurs et entrepreneurs à participer à la procédure de passation de marchés. Elle leur permet de prévoir les risques et les coûts de leur participation à la procédure et de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux, répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice. De plus, une description bien préparée de l'objet du marché permet d'évaluer et de comparer les offres sur une même base, ce qui est une des conditions fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Elle favorise également la transparence et réduit les risques d'actes ou de décisions erronés, arbitraires ou abusifs de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle selon laquelle la description de l'objet du marché devrait être formulée de manière à ne favoriser aucun fournisseur ou entrepreneur augmentera la probabilité qu'un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs puisse répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui facilitera l'utilisation d'une méthode de passation des marchés aussi concurrentielle que les circonstances le permettent (et aidera en particulier à limiter l'utilisation abusive de la sollicitation d'une source unique).

2. Le paragraphe 1 énonce l'obligation procédurale de fournir une description de l'objet du marché dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. L'alinéa *a* permet que l'objet du marché soit décrit en termes généraux dans le dossier de préqualification ou de présélection, tandis que l'alinéa *b* exige que le dossier de sollicitation en contienne la description détaillée. S'il n'est pas possible de fournir une description détaillée au début de la procédure de passation, comme dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue (dont l'utilisation est subordonnée à l'impossibilité de formuler une description "détaillée" de l'objet du marché (voir art. 30-2 *a*), les exigences minimales doivent figurer dans le dossier de sollicitation dans la description de l'objet du marché (cette exigence figure, par exemple, à l'article 49-5). (Pour un examen plus détaillé de cette question, voir le **commentaire des dispositions régissant la demande de propositions avec dialogue** et **celui du chapitre VII sur les procédures d'accords-cadres**, où la question est soulevée en rapport avec la nécessité de décrire l'objet du marché de façon suffisamment détaillée dès le début de la première étape de la procédure d'accord-cadre.)

3. Le paragraphe 2 interdit une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès à la procédure de passation de marchés, à moins que des mesures produisant un tel effet ne soient expressément autorisées par la législation de l'État adoptant. Cette disposition est conforme aux exigences de l'article 8, comme il est expliqué dans le **commentaire s'y rapportant**. Malgré ces interdictions dans la Loi type, et comme il est noté plus haut dans le **commentaire de l'article 9**, certaines mesures pratiques peuvent être envisagées pour restreindre la participation et limiter l'accès à la passation de marchés. Par exemple, les exigences concernant les caractéristiques environnementales de l'objet du marché peuvent être plus strictes dans un État que dans d'autres; il faut ici aussi définir clairement les mesures autorisées et les mesures interdites.

4. Les paragraphes 3 à 5 de l'article n'imposent pas d'obligation absolue concernant les éléments de la description. Le paragraphe 3 contient une liste d'éléments possibles. Le paragraphe 4 dispose que la description doit être objective, fonctionnelle et générique dans la mesure où cela est possible, et laisse à l'entité adjudicatrice la souplesse d'énoncer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance nécessaires en fonction des circonstances. Ces caractéristiques peuvent notamment être utiles pour la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant.

5. La description peut reposer sur ce dont l'objet est constitué (description technique) ou sur ce qu'il vise à faire (description fonctionnelle). Dans une

description technique, le risque d'utiliser des marques de fabrique ou de commerce qui limiteront l'accès au marché est plus élevé. Le paragraphe 4 précise donc que l'utilisation de marques de fabrique ou de commerce n'est autorisée que s'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché, et à condition d'en préciser les caractéristiques principales et d'indiquer expressément que l'article portant le nom de marque "ou l'équivalent" peut être proposé. Il serait bon que les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics traitent de la latitude laissée à l'entité adjudicatrice d'utiliser des marques de fabrique ou de commerce dans de telles circonstances, compte tenu de la portée que peut avoir cette disposition. À cet égard, il convient de considérer l'interaction entre les paragraphes 4 et 5: 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 égard.

6. Dans certains pays, il s'est avéré utile, pour appuyer l'exigence du paragraphe 5 concernant les termes commerciaux normalisés, d'exiger que la source de référence des termes techniques employés (telle que la Classification normalisée des produits et services des Nations Unies (UNSPSC) ou le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) de l'Union européenne) soit indiquée dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation.

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

1. L'article 11 énonce les exigences régissant la formulation, la communication et l'application des critères d'évaluation par l'entité adjudicatrice.

2. La règle principale énoncée au paragraphe 1 de cet article est qu'à l'exception des critères socioéconomiques visés au paragraphe 3, tous les critères d'évaluation appliqués par l'entité adjudicatrice doivent avoir un lien avec l'objet du marché (voir par. 1). Cette règle est fondamentale pour garantir le meilleur rapport qualité-prix et l'objectivité du processus, et pour éviter que la procédure ne soit utilisée à mauvais escient par l'utilisation de critères non pertinents pour favoriser un fournisseur ou entrepreneur ou un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Elle contribue également à différencier les

critères à appliquer en vertu du paragraphe 2 de cet article des critères exceptionnels ne pouvant être appliqués qu'en vertu du paragraphe 3 de l'article, comme il est expliqué ci-après aux paragraphes 7 à 13.

3. Le paragraphe 2 donne une liste indicative de critères d'évaluation, étant entendu que tous les critères énumérés ne s'appliqueront pas à l'ensemble des situations et qu'il serait impossible d'en dresser une liste exhaustive pour tous les types de passation de marchés, aussi générale soit leur formulation. L'entité adjudicatrice peut même appliquer des critères d'évaluation sortant des grandes catégories visées au paragraphe 2 à condition qu'ils répondent à l'exigence énoncée au paragraphe 1: avoir un lien avec l'objet du marché.

4. Selon les circonstances de la passation de marché, les critères d'évaluation peuvent être très simples, tels le prix et les critères ayant un lien étroit avec celui-ci (tels que quantités, période de garantie, délai de livraison) ou très complexes, englobant des considérations socioéconomiques telles que les caractéristiques de l'objet du marché liées à la protection de l'environnement. La Loi type donne donc des exemples de ces critères et permet à l'entité adjudicatrice de sélectionner la soumission à retenir sur la base des critères qu'elle juge appropriés dans le contexte de la passation de marché. L'État adoptant voudra peut être prévoir des règles ou orientations afin d'aider les entités adjudicatrices à concevoir des critères d'évaluation appropriés et pertinents. Ces règles ou orientations devraient souligner que le paragraphe 5 impose le prix comme critère d'évaluation dans toutes les passations de marchés.

5. Les critères énoncés au paragraphe 2 *c* (expérience, fiabilité et compétence professionnelle et managériales du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché) ne s'appliqueraient que dans le cas d'une procédure de demande de propositions. La raison en est que la procédure de demande de propositions s'utilise traditionnellement pour acquérir des services de consultant (par exemple, des services consultatifs), tels que des études juridiques et financières, des études de conception et des études environnementales, des travaux d'ingénierie, ou encore la fourniture de bureaux destinés à des fonctionnaires, pour lesquels il est essentiel que les personnes concernées aient l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et managériales voulues. Il convient de souligner qu'il s'agit ici de critères d'évaluation et non de qualification. Les mêmes caractéristiques peuvent constituer aussi bien des critères de qualification que des critères d'évaluation, mais les premiers sont des exigences minimales, alors que les seconds sont les avantages que l'entité adjudicatrice évalue de manière concurrentielle afin d'attribuer le contrat.

6. L'exigence du paragraphe 4 selon laquelle les critères autres que le prix doivent dans la mesure où cela est faisable être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires vise à permettre une évaluation et une comparaison des soumissions sur une base commune, ce qui réduit le risque de décisions arbitraires. L'expression "dans la mesure où cela est faisable" a été incluse compte tenu du fait que dans certaines procédures de passation de marchés, telles que la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 49 de la Loi type), il ne serait pas réaliste ni approprié d'exprimer en termes pécuniaires l'ensemble des critères d'évaluation autres que le prix. L'État adoptant voudra peut-être préciser dans les règlements ou orientations en matière de passation des marchés comment ces critères doivent être exprimés en termes pécuniaires lorsque cela est faisable.

7. Le paragraphe 3 porte sur un groupe spécial de critères d'évaluation: ceux par lesquels l'État adoptant poursuit ses politiques socioéconomiques (voir la définition de cette expression à l'article 2 *o* de la Loi type, **le commentaire s'y rapportant** et la section intitulée "**La mise en œuvre de politiques socioéconomiques au moyen de la passation des marchés dans la pratique**", dans l'introduction du présent chapitre). Le paragraphe 3 couvre deux situations: celle où les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant laissent l'entité adjudicatrice libre de prendre en compte les critères pertinents et celle où ils l'obligent à le faire. Il est peu probable que ces critères d'application générale soient admis comme critères d'évaluation au sens du paragraphe 2 puisqu'ils sont généralement sans lien avec l'objet du marché. On peut donner comme exemples la manière dont l'entité adjudicatrice peut éliminer les sous-produits d'un processus de fabrication ou compenser les émissions de carbone découlant de la production des biens et services concernés, ou la mesure dans laquelle des membres de certains groupes sociaux seront employés ou engagés comme sous-traitants. En revanche, 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. Les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics devraient renvoyer les entités adjudicatrices aux autres lois et règles pertinentes afin qu'elles sachent quels critères socioéconomiques elles sont tenues d'appliquer et quelle latitude elles ont pour en appliquer d'autres.

8. Les critères socioéconomiques sont donc énumérés séparément de ceux visés au paragraphe 2 et seront moins objectifs et plus discrétionnaires que ces derniers (bien qu'ils puissent être quantifiables et exprimés en termes pécuniaires comme l'exige le paragraphe 4 de cet article). Des critères subjectifs risqueraient de nuire aux bonnes pratiques dans la passation des

marchés et leur application pourrait réduire la confiance dans le processus. Pour ces raisons, ces critères devraient être considérés comme exceptionnels, comme le veut l'exigence que leur application soit soumise à une condition distincte: leur application doit être autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant.

9. Il convient donc d'être prudent en fournissant une liste élargie de critères socioéconomiques au paragraphe 3 *a* ou de circonstances dans lesquelles la marge de préférence visée au paragraphe 3 *b* peut être appliquée. 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. En énonçant des critères socioéconomiques, il convient de se garder de renvoyer à des catégories trop larges, telles que les considérations environnementales. Par exemple, comme l'envisage déjà le paragraphe 2 *b* de cet article, certaines considérations environnementales telles que le niveau des émissions de carbone sont liées à l'objet du marché (par exemple, s'il s'agit d'automobiles) et l'entité adjudicatrice pourrait donc les envisager en vertu de ce paragraphe. Dans certains cas, ces considérations ne doivent pas être spécifiquement autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si toutefois elles ne sont pas ainsi liées à l'objet du marché, elles peuvent toujours être envisagées mais uniquement aux conditions du paragraphe 3 de cet article.

10. Les règles et orientations en matière de passation des marchés émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics devraient non seulement prévoir tout critère pouvant être utilisé sans toutefois être autorisé ailleurs dans la législation de l'État adoptant, mais aussi réglementer ou préciser la manière dont les critères visés au paragraphe 3 peuvent être utilisés dans une passation de marché pour que leur 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), cet organisme voudra peut-être publier des réglementations, règles ou orientations sur l'application de ces normes afin que les entités adjudicatrices puissent les appliquer sans s'exposer à de perturbatrices procédures de recours.

11. En outre, dans le cas des marges de préférence, les règlements en matière de passation des marchés doivent prévoir une méthode de calcul. Celle-ci 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. Les règlements en matière de passation des marchés devront énoncer des règles de calcul et d'application d'une 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).

12. Les règlements en matière de passation des marchés devraient également 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). Ils devraient en outre fixer le montant de la marge de préférence, qui peut différer selon la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services). À cet égard, les dispositions de l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) 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.

13. Comme pour les autres critères d'évaluation, l'utilisation de critères socioéconomiques en vertu du paragraphe 3 *a* ou de la marge de préférence en vertu du paragraphe 3 *b* et leurs modalités d'application doivent être communiquées au préalable dans le dossier de sollicitation (conformément aux paragraphes 5 et 6 de cet article). En outre, l'utilisation et les modalités d'application de tout critère socioéconomique ou marge de préférence doivent être mentionnées au procès-verbal de la procédure de passation de marchés (voir art. 25-1 *i* et *t*). Ces dispositions sur la transparence sont essentielles: elles permettent d'évaluer dans quelle mesure la souplesse conférée par ces articles est utilisée à bon escient; un autre avantage est que le coût d'ensemble de la mise en œuvre des politiques socioéconomiques peut être comparé avec les avantages qui en découlent. (Pour cette question et d'autres questions liées au paragraphe 3 de cet article, voir l'**examen des politiques socioéconomiques** dans la première partie du présent *Guide* et dans l'introduction du présent chapitre, traitant notamment de l'utilisation d'une marge de préférence pour atteindre des objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence. Cet examen traite également des restrictions que certains traités internationaux et régionaux imposent à leurs États parties en ce qui concerne l'application de critères socioéconomiques aux procédures de passation de marchés, en particulier dans le but d'accorder un traitement préférentiel.)

14. Le paragraphe 5 énonce les informations concernant les critères et procédures d'évaluation qui doivent figurer au minimum dans le dossier de

sollicitation. Ces informations minimales sont: i) la base du choix de la soumission à retenir (prix seul ou associé à d'autres critères); ii) les critères d'évaluation eux-mêmes; et iii) les modalités d'application et le coefficient de pondération de chaque critère. Un panier de critères autres que le prix inclura normalement des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments plus subjectifs (par exemple, l'importance relative que l'entité adjudicatrice accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront fusionnés pour former un classement qualitatif global. L'entité adjudicatrice doit donc indiquer quel sera le poids des facteurs autres que le prix, notamment par rapport au prix, sauf dans le cas de la demande de propositions avec dialogue visée à l'article 49, où les critères peuvent être énoncés par ordre décroissant de priorité.

15. Les dispositions du paragraphe 5 visent à garantir une complète transparence, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs sachent comment leurs soumissions seront évaluées, et pour permettre une bonne compréhension de la valeur relative de tous les critères, ce qui est particulièrement important s'il y a des critères subjectifs dont l'importance risque d'être surestimée ou sous-estimée. L'importance de définir le niveau de détail approprié des critères d'évaluation est réaffirmée par les dispositions correspondantes des articles régissant la teneur du dossier de sollicitation pour chaque méthode de passation de marchés (voir art. 39, 47 et 49).

16. Le paragraphe 5 est complété par la règle énoncée au paragraphe 6, selon laquelle seuls les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation peuvent être appliqués par l'entité adjudicatrice lors de l'évaluation; en outre, ils ne peuvent être appliqués que de la manière prévue dans ce dossier. Cette règle renforce également les dispositions sur la transparence figurant au début de l'article et permet d'évaluer l'objectivité du processus et, si nécessaire, de former un recours.

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

1. L'article 12 vise à empêcher l'entité adjudicatrice de manipuler la valeur estimée d'un marché en la réduisant artificiellement, par exemple, pour limiter la concurrence et utiliser les exceptions prévues dans la Loi type pour les marchés de faible valeur. Ces exceptions portent sur l'obligation de respecter un délai d'attente (art. 22-3 *b*), de publier un avis d'attribution du marché (art. 23) et de publier internationalement l'invitation à participer à la procédure de passation de marchés (art. 18-2 et 33). En outre, selon certaines dispositions de la Loi type, la valeur estimée du marché peut avoir une incidence directe sur le choix de la méthode de passation. L'article 29-1 *b* dispose que l'appel d'offres restreint peut être utilisé au lieu de

l'appel d'offres ouvert lorsque 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. L'article 29-2 dispose que la demande de prix peut être utilisée pour certains marchés de faible valeur. Dans tous ces cas, la méthode choisie par l'entité adjudicatrice pour estimer la valeur du marché déterminera l'étendue de ses obligations en vertu de la Loi type. En l'absence de dispositions destinées à éviter la manipulation, l'entité adjudicatrice pourrait décider de fractionner le marché à des fins abusives.

2. Pour éviter toute subjectivité dans le calcul de la valeur du marché et tout comportement anticoncurrentiel et non transparent, le paragraphe 1 pose comme principe qu'il est interdit de fractionner un marché ou d'utiliser une méthode d'évaluation particulière dans le but de limiter la concurrence ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la Loi. L'interdiction vise donc directement i) tout fractionnement d'un marché non justifié par des considérations objectives, et ii) toute méthode d'évaluation réduisant artificiellement la valeur du marché.

3. Le paragraphe 2 exige que toutes les formes de rémunération (y compris les primes, honoraires, commissions et intérêts) soient prises en compte dans la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs. Pour les accords-cadres, la valeur estimée est la valeur totale maximale de l'ensemble des marchés envisagés dans l'accord. Pour les marchés avec options, la valeur estimée est la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options.

4. Les estimations sont destinées à être utilisées à des fins internes. L'entité adjudicatrice doit faire preuve de prudence pour ce qui est de les communiquer à des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels: si l'estimation est supérieure aux prix du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient proposer une soumission aussi proche que possible de celle-ci, au détriment de la concurrence; si elle est inférieure aux prix du marché, de bons fournisseurs ou entrepreneurs pourraient choisir de ne pas participer, au détriment de la qualité et de la concurrence. Cependant, une interdiction générale de communiquer ces estimations aux fournisseurs ou entrepreneurs serait inappropriée: il peut s'avérer nécessaire de communiquer la valeur estimée d'un accord-cadre pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de stocker l'objet du marché et garantir la sécurité de l'approvisionnement.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. L'article 13 vise à établir une certitude concernant la langue des documents et communications dans les procédures de passation de marchés de

l'État adoptant. Cette disposition est particulièrement utile aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers qui peuvent déterminer combien coûtera (en frais de traduction et d'interprétation) la participation à une procédure de passation de marchés dans l'État adoptant en se référant à sa loi sur la passation des marchés. L'objectif primordial est de faciliter l'accès à la passation de marché et la participation des fournisseurs ou entrepreneurs quelle que soit leur nationalité, en utilisant la ou les langues qui conviennent dans chaque cas.

2. Le paragraphe 1 énonce une règle générale selon laquelle les documents publiés par l'entité adjudicatrice aux fins de la procédure de passation de marchés doivent être dans la ou les langues officielles de l'État adoptant. Un État adoptant dont la langue officielle n'est pas d'usage courant dans le commerce international peut exiger, en conservant le deuxième passage entre crochets, que les documents soient aussi publiés en règle générale dans une telle langue. L'État adoptant voudra peut-être songer aux incidences d'un tel choix, en particulier au coût et aux capacités linguistiques pertinentes, en tenant compte des circonstances locales. Peut-être voudra-t-il également tenir compte du fait que cette exigence est généralement imposée dans le contexte de projets de développement financés par des donateurs multilatéraux et qu'elle figure dans l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*). Les dispositions du deuxième passage entre crochets permettent des exceptions: l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas publier le dossier dans une langue d'usage courant dans le commerce international dans les circonstances visées à l'article 33-4: lorsqu'il s'agit d'un marché national (voir le **commentaire de l'article 8**) ou d'un marché de faible valeur pour lequel elle estime que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions. Pour l'examen de ce qui constituerait un marché de faible valeur à cette fin, voir le commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre et ci-après le commentaire de l'**article 33-4**.

3. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il peut être souhaitable d'inclure dans la législation ou la réglementation en matière de passation des marchés 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 aussi être invitée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids, ou laquelle prime en cas de divergence. L'objectif de traitement juste, égal et équitable qui sous-tend la Loi type indiquerait que la première approche est négociable.

4. La règle de base énoncée au paragraphe 2 de l'article est que la langue des documents présentés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans une passation de marché donnée doit correspondre à la langue ou à l'une des

langues des documents de l'entité adjudicatrice. Ces dispositions n'excluent cependant pas la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'autoriser dans ses documents la présentation de documents dans une autre langue.

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. L'article 14 vise à réglementer le mode, le lieu et le délai de présentation des principaux documents du processus de passation de marchés: demandes de préqualification ou de présélection et soumissions (offres, propositions ou prix). D'importantes conséquences juridiques peuvent découler du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice (par exemple, l'entité adjudicatrice doit renvoyer une soumission tardive ou ne satisfaisant pas aux conditions applicables) (voir, par exemple, art. 40-3).

2. Le paragraphe 1 prévoit donc d'importantes garanties afin que les règles concernant le mode, le lieu et le délai de soumission des documents s'appliquent de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et soient précisées dès le début de la procédure. Il convient de porter à l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs toute modification apportée aux documents de préqualification, de présélection ou de sollicitation qui leur ont été fournis à l'origine (voir le paragraphe 5 de cet article et les articles 15-2 et 18-6). 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), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se les procurer.

3. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il importe de donner aux fournisseurs et entrepreneurs suffisamment de temps pour préparer leurs demandes ou soumissions. Le paragraphe 2 reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction de facteurs tels que la complexité du marché, la part de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumissions. C'est donc à l'entité adjudicatrice qu'il revient de fixer la date limite de soumission des demandes et soumissions en tenant compte des circonstances du marché en question. Un État adoptant voudra peut-être fixer dans les règlements en matière de passation des marchés les délais minimum que l'entité adjudicatrice doit permettre (en particulier si ses engagements internationaux le lui imposent). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation de marchés, des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international de la passation de marchés. 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.

4. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 3 impose à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances: premièrement, 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, de sorte qu'il est nécessaire de reporter cette date pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de tenir compte des informations pertinentes dans leurs demandes ou soumissions; et, deuxièmement, dans les cas visés à l'article 15-3, à savoir si une modification des informations publiées au début de la passation de marchés les rend substantiellement inexacts. La publication des informations modifiées est exigée dans de tels cas, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 15-3**. Comme il est noté dans le **commentaire de l'article 9-8**, l'idée d'erreur "substantielle" repose sur une notion de seuil. Dans le contexte de l'article 15-3, le seuil serait atteint si des modifications rendaient les informations inexacts au point de compromettre l'intégrité de la concurrence et du processus de passation de marchés. Une modification touchant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou de présélection ou des soumissions constitue toujours une modification substantielle et oblige l'entité adjudicatrice à reporter la date limite fixée à l'origine, à indiquer la nouvelle date limite dans le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation modifié, selon le cas, et à publier les informations modifiées conformément à l'article 15-3.

5. Le paragraphe 4 autorise l'entité adjudicatrice — sans l'y contraindre — à reporter la date limite de présentation des demandes ou soumissions dans d'autres cas, c'est-à-dire lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur demande ou soumission dans les délais en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cette disposition vise à préserver une concurrence suffisante dans des circonstances où un acteur important risquerait de ne pas pouvoir participer. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire présentant des risques d'abus, les règlements, règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient déterminer ce que peut recouvrir l'expression "circonstances indépendantes de la volonté [du fournisseur ou de l'entrepreneur]", comment ces circonstances doivent être démontrées et quelle doit être la réaction par défaut de l'entité adjudicatrice.

6. La Loi type ne traite pas la question de la responsabilité potentielle de l'entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système de communication. Des défaillances peuvent se produire dans les systèmes de communication

automatiques; l'entité adjudicatrice devra alors déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation de marchés se poursuive et, dans l'affirmative, décider s'il faut reporter la date limite de présentation des demandes ou soumissions. Les paragraphes 3 et 4 de cet article donnent à l'entité adjudicatrice suffisamment de souplesse pour reporter la date limite dans de tels cas. L'entité adjudicatrice peut aussi décider qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la passation de marchés et qu'elle doit donc abandonner la procédure. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité peuvent fournir davantage de précisions sur les défaillances des systèmes de communication et l'attribution des risques. Les défaillances dues à une négligence ou à une faute intentionnelle de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions qu'elle prend pour faire face aux conséquences de la défaillance du système, notamment en reportant des dates limites, sont susceptibles de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 15 vise à établir des procédures efficaces et équitables de clarification et de modification du dossier de sollicitation. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation de manière à ce que ses besoins soient satisfaits, mais il importe également de veiller à ce que toutes les conditions du marché soient fixées et communiquées dès le début de la procédure. L'article 15 dispose donc que les questions, les éclaircissements apportés en réponse et les modifications doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation. Il ne conviendrait pas de leur permettre l'accès aux éclaircissements sur demande, puisqu'ils n'auraient aucun moyen de savoir qu'il y en a eu. Cependant, si le dossier de sollicitation a été communiqué à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, s'il pouvait être téléchargé sur un site Web), les éclaircissements et modifications doivent au minimum apparaître là où on pouvait se le procurer. L'entité adjudicatrice est également tenue d'informer de tout éclaircissement ou toute modification les fournisseurs ou entrepreneurs dont elle connaît l'identité.

2. Les règles visent également à ce que l'entité adjudicatrice réponde suffisamment tôt à une demande présentée en temps voulu par des fournisseurs ou entrepreneurs pour que les éclaircissements puissent être pris en compte. Une communication rapide des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs, par exemple, en vertu de l'article 41-3, de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de

présentation des soumissions, à moins que le dossier de sollicitation ne prévoise pas un tel droit. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit leur être communiqué promptement afin qu'ils puissent également en tenir compte dans la préparation des soumissions.

3. Le paragraphe 3 traite des situations où, à la suite de clarifications ou de modifications, les informations initialement publiées deviennent substantiellement inexactes (au sens décrit dans le commentaire de l'article 14). L'entité adjudicatrice est alors tenue de publier promptement les informations modifiées au même endroit que les informations originales. Cette obligation s'ajoute à celle du paragraphe 2 selon laquelle les modifications doivent être communiquées personnellement à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel le dossier de sollicitation original a été fourni, le cas échéant. Le paragraphe 3 rappelle également l'obligation pour l'entité adjudicatrice de reporter dans de tels cas la date limite de présentation des soumissions (voir art. 14-3 et le **commentaire s'y rapportant**).

4. Il convient d'établir une distinction entre cette situation et une modification substantielle de la passation de marchés. Par exemple, comme il est dit dans le commentaire de l'article 14, des modifications touchant le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions rendront toujours les informations originales substantiellement inexactes, sans nécessairement provoquer de modification substantielle de la passation de marchés. Si toutefois ces modifications ont une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, s'il s'agit de présenter des soumissions 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" dans le contexte décrit ci-dessus. Dans un tel cas, les mesures envisagées au paragraphe 3 de l'article ne suffiraient pas—l'entité adjudicatrice devrait abandonner la passation de marché et entamer une nouvelle procédure. Il est également très probable qu'il y ait "modification substantielle" si à la suite d'une clarification ou d'une modification 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 idée correcte des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

5. Le paragraphe 4 fait référence aux demandes d'éclaircissements présentées lors d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs mais rien dans la Loi type n'empêche l'entité adjudicatrice d'y rendre compte également des demandes d'éclaircissements qui lui sont soumises avant la réunion et des réponses qu'elle y apporte. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique également dans ce cas.

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

1. L'article 16 vise à permettre de lever les incertitudes dans les informations concernant les qualifications et dans les soumissions. Une incertitude peut provenir d'une erreur pouvant être corrigée dans les informations soumissionnées. Si elle n'est pas corrigée et si les informations concernant les qualifications ou les soumissions sont acceptées, d'importants problèmes d'exécution du marché pourraient se poser. Deuxièmement, les procédures permettent un traitement plus équitable des fournisseurs et entrepreneurs commettant des erreurs mineures. Troisièmement, si elles conduisent à la correction d'une erreur, elles peuvent permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur le plus qualifié de participer à la passation de marchés et à la meilleure soumission d'être acceptée. Quatrièmement, elles permettent d'éviter la disqualification d'un fournisseur ou entrepreneur, le rejet d'une soumission ou l'abandon d'une passation de marchés par ailleurs injustifiés. Cinquièmement, elles peuvent éviter une nouvelle procédure de passation de marchés ou une répétition de la procédure en cours, qui pourrait permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de revoir leurs prix à la hausse, connaissant les prix soumis antérieurement, et prévenir ainsi les actes collusoires qu'une telle répétition peut faciliter. Enfin, elles permettent d'éviter les problèmes pouvant survenir si des soumissions contiennent des erreurs dont l'effet peut être de rendre le marché nul ou annulable.

2. Cet article autorise donc l'entité adjudicatrice à demander des éclaircissements sur les informations concernant les qualifications ou sur les soumissions présentées par les fournisseurs ou entrepreneurs (par. 1) et lui impose de corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des soumissions (par. 2). Les paragraphes 3 à 6 contiennent des garanties procédurales contre l'utilisation abusive de ces dispositions, tenant compte des particularités de certaines méthodes de passation de marchés.

3. Le paragraphe 1 de l'article permet à l'entité adjudicatrice de demander des éclaircissements sur les informations concernant les qualifications ou sur les soumissions présentées par un fournisseur ou un entrepreneur. L'objectif de la demande d'éclaircissements est d'aider à l'évaluation des qualifications ainsi qu'à l'examen et à l'évaluation des soumissions, et non de permettre une amélioration des informations précédemment soumises. Les procédures de clarification doivent donc être déclenchées par l'entité adjudicatrice et non par un fournisseur ou un entrepreneur. Les États adoptants voudront peut-être préciser dans des règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, que les modalités d'une demande d'éclaircissements en vertu de cet article devraient s'apparenter à la procédure d'enquête concernant les soumissions

anormalement basses visée à l'article 20, et que les dispositions de l'article 7 sur les communications imposent de fait le recours à une procédure écrite.

4. Les moments où les informations concernant les qualifications ou les soumissions peuvent devoir être clarifiées varieront en fonction des méthodes de passation et du moment de l'évaluation des qualifications (sur ce dernier point, voir le **commentaire de l'article 9-1**). Les dispositions ont donc été rédigées de manière à permettre à l'entité adjudicatrice de demander des éclaircissements à tous les stades de la procédure de passation de marchés.

5. L'existence d'une erreur peut être confirmée, déclenchant l'application du paragraphe 2 de l'article. Ce paragraphe impose à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen de soumissions. Il revient à l'entité adjudicatrice de corriger de telles erreurs et d'en aviser promptement le fournisseur ou l'entrepreneur concerné. Dans les procédures d'appel d'offres (ouvert, restreint et en deux étapes), si le fournisseur ou l'entrepreneur n'accepte pas la correction faite par l'entité adjudicatrice, son offre doit être rejetée en vertu de l'article 43-2 *b*. Les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliquent pas à certaines méthodes de passation de marchés, telles que la demande de prix, où la correction d'erreurs arithmétiques serait interdite en vertu de l'article 46-2, et la demande de propositions avec négociations consécutives, où les aspects financiers des propositions se précisent au cours des négociations. Elles ne s'appliquent pas non plus à la phase d'enchère dans une enchère électronique inversée, où les erreurs purement arithmétiques peuvent entraîner le rejet automatique de l'offre erronée par le système (bien que l'enchérisseur concerné puisse continuer à enchérir tant que l'enchère n'est pas close) ou la suspension ou la fin de l'enchère en application de l'article 56-5.

6. Toute erreur arithmétique relevée doit être corrigée de façon que les offres puissent être comparées objectivement et équitablement. La correction d'une erreur arithmétique ne peut cependant entraîner une modification de fond d'une soumission, en particulier une modification qui aurait pour effet de rendre conforme une soumission non conforme (voir par. 3 de l'article).

7. L'application des paragraphes 1 et 2 peut donner lieu à des pratiques discriminatoires. L'État adoptant doit donc prévoir des garanties procédurales pour réduire les risques de telles pratiques, par exemple, en imposant à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la passation de marchés toute erreur arithmétique relevée lors du processus d'examen et d'évaluation et les mesures prises à leur sujet. Toute décision découlant de l'application du paragraphe sera susceptible de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

8. Le paragraphe 3 interdit de demander, de proposer ou d'autoriser des modifications de fond des informations concernant les qualifications ou d'une soumission en application de cet article. Il donne comme exemple des modifications qui qualifieraient un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou rendraient conforme une soumission non conforme. Un État adoptant voudra peut-être donner d'autres exemples dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité.

9. Le paragraphe 4 interdit toute négociation et toute modification de prix à la suite d'une demande d'éclaircissements faite en vertu de cet article. Il est cependant entendu, comme il est noté plus haut, que certaines méthodes de passation des marchés comportent des négociations, notamment sur des aspects financiers des soumissions, tels que le prix. Le paragraphe 5 de l'article tient compte des particularités de ces méthodes de passation en les soustrayant à l'application du paragraphe 4. Le paragraphe 6 exige que toutes les communications découlant de l'application de cet article soient versées au procès-verbal de la procédure de passation de marchés.

10. La Loi type et le présent *Guide* ne prétendent pas traiter exhaustivement toutes les questions que peuvent soulever les erreurs ou omissions dans les informations concernant les qualifications ou dans les soumissions présentées par les fournisseurs ou entrepreneurs, et les éventuelles clarifications et corrections faites par l'entité adjudicatrice ou par un fournisseur ou entrepreneur. Certaines de ces questions peuvent être réglementées par le droit des contrats de l'État adoptant. Les États adoptants voudront peut-être également tenir compte des dispositions pertinentes de l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) qui visent à assurer le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs participants si l'entité adjudicatrice permet à un fournisseur ou entrepreneur de corriger des erreurs de forme non intentionnelles entre l'ouverture des offres et l'attribution du contrat.

Article 17. Garanties de soumission

1. L'entité adjudicatrice peut subir des pertes si un fournisseur ou entrepreneur retire sa soumission ou si un marché n'est pas conclu avec le fournisseur ou l'entrepreneur retenu par la faute de celui-ci (par exemple, le coût d'une nouvelle procédure de passation de marchés et les pertes dues aux retards dans la passation du marché). L'article 17 autorise l'entité adjudicatrice à exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marchés fournissent une garantie de soumission couvrant ces pertes éventuelles, afin de les dissuader de manquer à leurs obligations.

2. L'article 17 énonce les conditions que doivent remplir les garanties de soumission définies à l'article 2 *u*, notamment aux fins de leur acceptation par l'entité adjudicatrice, celles qui doivent être réunies pour qu'elle puisse réclamer le montant de la garantie de soumission, et celles auxquelles elle doit retourner ou faire retourner le document de garantie. Comme le dit le **commentaire de la définition de la garantie de soumission donnée à l'article 2**, l'expression "garantie de soumission" vise tous les types de garanties pouvant être demandées dans toutes les procédures de passation des marchés, quelle que soit la méthode de passation utilisée. La définition exclut également toute sûreté que l'entité adjudicatrice peut exiger en garantie de l'exécution du marché (en vertu de l'article 39 *k* par exemple). Cette dernière peut être exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur qui conclut le marché, alors que l'exigence de fournir une garantie de soumission, si elle est imposée par l'entité adjudicatrice, s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions (voir par. 1 de l'article).

3. Demander une garantie de soumission ne devrait pas être considéré comme une exigence habituelle, étant donné que les formalités et dépenses liées à la présentation d'une telle garantie peuvent décourager des fournisseurs et entrepreneurs de participer à la procédure de passation de marchés. L'entité adjudicatrice devrait envisager au cas par cas toutes les incidences (positives et négatives) que peut avoir une telle exigence avant de décider de l'imposer ou non. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité peut préciser dans les règlements, règles ou orientations en la matière dans quels cas demander une garantie de soumission se justifie, en donnant des exemples de cas où l'entité adjudicatrice pourrait juger cette exigence excessive et où, à l'inverse, elle se justifierait.

4. Les garanties de soumission peuvent être importantes dans les marchés de biens ou de travaux à valeur élevée. Pour les marchés de faible valeur, il peut être important d'exiger une garantie de soumission dans certains cas mais les risques que court l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la livraison ou l'exécution du marché et les pertes qu'elle peut subir sont en général faibles, et le coût de la présentation d'une garantie de soumission—qui sera normalement répercuté sur le prix du marché—se justifie moins. Une garantie de soumission devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle dans le cas des accords-cadres, compte tenu de leur nature: il peut être non seulement déconseillé d'en exiger une mais aussi impossible d'en obtenir une en pratique, puisque l'étendue des obligations du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné sera probablement incertaine.

5. La pratique pourrait être amenée à évoluer mais à la date de la rédaction du présent *Guide*, on dispose de peu d'expérience d'utilisation de garanties de soumission dans le cadre d'enchères électroniques inversées et les pratiques en la matière sont très diverses. Obtenir une garantie de soumission

dans ce contexte pourrait poser problème, les banques exigeant généralement un prix fixe pour les documents de garantie. Les garanties de soumission peuvent aussi ne pas convenir à certaines méthodes de passation, par exemple, la demande de propositions avec dialogue, où elles n'apporteraient pas de solution pratique pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (par opposition à la phase de la meilleure offre définitive). (Voir l'examen de ce point dans le **commentaire des dispositions pertinentes de l'article 49**.)

6. Des garanties sont prévues afin que l'exigence de la garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement aux fins voulues: garantir l'obligation qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de la soumission qu'ils ont présentée et de fournir une garantie de bonne exécution du marché s'il leur en est demandé une.

7. Le paragraphe 1 *c* vise à supprimer les obstacles inutiles qui pourraient entraver la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers s'ils ne pouvaient fournir qu'une garantie émise par une institution de l'État adoptant. Même si, dans le cas d'une passation de marchés nationale, l'entité adjudicatrice peut exiger que la garantie de soumission soit émise au niveau national, dans d'autres cas, comme le dit le paragraphe 1 *c*, une garantie de soumission ne peut être rejetée au motif qu'elle n'a pas été émise par une institution de l'État adoptant. La garantie de soumission émise à l'étranger peut être rejetée si en l'acceptant l'entité adjudicatrice viole une loi de l'État adoptant.

8. Au paragraphe 1 *d*, la référence à la confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises pour être agréé vise à tenir compte de la pratique de certains États exigeant la confirmation locale des émetteurs étrangers. Cette confirmation peut être nécessaire en cas de difficultés à réaliser les garanties d'émetteurs étrangers et quand il peut y avoir une incertitude concernant la solvabilité de ces émetteurs. Cette disposition ne vise cependant pas à encourager une telle pratique. Non seulement celle-ci constituerait une discrimination entre les garanties de soumission sur la seule base du lieu de l'émetteur, mais elle créerait aussi un obstacle à la participation des fournisseurs et entrepreneurs étrangers à la procédure de passation de marchés, obtenir une confirmation locale avant la date limite de présentation des soumissions pouvant s'avérer irréalisable; de plus, cette exigence n'entraînerait un surcoût que pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers.

9. Le paragraphe 2 a pour objet de lever toute incertitude quant au moment à partir duquel l'entité adjudicatrice ne peut plus faire jouer la garantie de soumission. La conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie

au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de celle-ci, l'obligation de retourner la garantie revêt une importance particulière si celle-ci se présente sous la forme d'un dépôt en espèces ou une forme analogue. La précision est également utile du fait qu'il subsiste des législations nationales où, contrairement à ce qu'on peut généralement supposer, une demande de paiement en garantie est considérée comme étant dans les délais même si elle est présentée après l'expiration de la garantie, pour autant que le fait générateur couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration.

10. Le paragraphe 2 *a* vise à interdire à l'entité adjudicatrice de mobiliser toute garantie de soumission après l'expiration de celle-ci, en application de l'article 41-2. Les entités adjudicatrices devront donc également proroger la garantie de soumission lorsque la période de validité de l'offre a été prorogée si elles entendent pouvoir mobiliser la garantie de soumission pendant la période de prorogation. Tout refus d'un fournisseur ou entrepreneur de proroger la validité de sa garantie de soumission ou d'en fournir une nouvelle doit être considéré comme un refus de proroger la période de validité de son offre, mais ne provoque pas la mobilisation de la garantie de soumission initiale. Dans un tel cas, la validité de l'offre et de la garantie de soumission prend donc fin à l'expiration de la période de validité initiale indiquée dans le dossier de sollicitation.

11. Comme l'article 41-3, le paragraphe 2 *d* de l'article 17 fait ressortir que l'entité adjudicatrice peut, en le précisant dans le dossier de sollicitation, se prévaloir d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de présentation des soumissions n'entraîne pas la perte de la garantie de soumission.

12. Étant donné le coût de la présentation d'une garantie de soumission, qui sera normalement répercuté sur le prix du marché, le recours à d'autres mécanismes devrait être envisagé et encouragé lorsque la situation le permet. Dans certains États, une déclaration de garantie de l'offre tient lieu de garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions telles qu'une disqualification pour la passation de marchés ultérieurs s'il survient un événement normalement couvert par une garantie de soumission. (Il ne fait pas l'objet d'une exclusion, cette sanction ne devant pas frapper les manquements à caractère commercial (voir le **commentaire de l'article 9**.)

Article 18. Procédure de préqualification

1. Cet article énonce les modalités de la procédure de préqualification, qui vise à identifier dès le début les fournisseurs et entrepreneurs ayant les

qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens, travaux ou services complexes ou de valeur élevée et peut même être à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible mais dont l'objet est extrêmement spécialisé. Dans les deux cas, l'évaluation des soumissions est beaucoup plus longue, compliquée et onéreuse que pour d'autres marchés. Des fournisseurs et entrepreneurs compétents sont parfois réticents à l'idée de participer à une procédure de passation de marchés concernant un marché de valeur élevée, lorsque le coût de la préparation de la soumission est élevé, si les concurrents sont trop nombreux et s'ils risquent de devoir affronter des soumissions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs non qualifiés. Le recours à la procédure de préqualification peut limiter le nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice évaluera à celles émanant de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. C'est donc un moyen de faciliter une passation de marchés efficace lorsque l'objet du marché est relativement complexe. Il constitue néanmoins une exception à la règle générale de la Loi type en vertu de laquelle la sollicitation doit être publique et sans restriction, et peut donc limiter la concurrence; les coûts et avantages doivent donc être examinés avant de recourir à la préqualification. De plus, les limitations s'appliquant aux critères de qualification, notamment qu'ils doivent être adaptés à la passation de marchés (comme il est dit dans le commentaire de l'article 9), destinées à éviter que la procédure ne soit détournée pour restreindre l'accès au marché, s'appliquent également aux critères de préqualification.

2. Le paragraphe 1 de l'article dispose que la préqualification est facultative et peut être utilisée quelle que soit la méthode de passation de marchés choisie. Étape supplémentaire, elle retarde la passation de marchés, et certains fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à une passation de marchés avec préqualification, compte tenu du coût. On n'y recourra donc qu'à bon escient, notamment dans les situations décrites au paragraphe précédent.

3. La procédure de préqualification énoncée à l'article 18 est assortie de plusieurs garanties importantes, dont les limitations de l'article 9 (en particulier celles concernant l'évaluation des qualifications, applicables également à la procédure de préqualification) et les procédures figurant aux paragraphes 2 à 10 de l'article 18. Cet ensemble de garanties procédurales vise à assurer que la procédure de préqualification est menée selon des conditions objectives communiquées intégralement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants; il vise aussi à assurer un minimum de transparence et à permettre à un fournisseur ou entrepreneur non préqualifié d'exercer son droit de contester sa disqualification.

4. La première garantie est que l'invitation à une procédure de préqualification se fait selon les mêmes modalités que l'invitation à une sollicitation ouverte. Le paragraphe 2 exige donc que l'invitation à participer à la préqualification paraisse dans une publication indiquée non dans la Loi type mais dans les règlements en matière de passation des marchés, comme le font l'article 33-1 dans le cas de l'invitation à participer à l'appel d'offres et l'article 34-5 dans le cas de l'avis préalable de passation de marchés. Il est probable que dans de nombreux États, une telle publication doit se faire au journal officiel, mais une approche plus souple a été retenue afin de permettre l'évolution des procédures des États adoptants. Le journal officiel étant traditionnellement une publication papier, cette approche respecte également le principe de neutralité technologique consacré par la Loi type (en évitant de privilégier l'environnement papier). Voir aussi l'examen de l'accès effectif aux informations publiées concernant la passation des marchés, dans le **commentaire des articles précédents**, et **l'article 5** sur la publication des textes juridiques.

5. La règle par défaut veut également que l'invitation soit publiée au niveau international d'une manière qui la rende facilement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, sauf si (comme dans le cas d'une invitation à participer à un appel d'offres prévu à l'article 33-4), l'entité adjudicatrice estime peu probable que des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers veuillent participer, compte tenu de la faible valeur du marché. On trouvera plus haut, dans l'introduction du chapitre premier, un examen des questions générales qui se posent si on fixe des seuils de faible valeur en vertu de la Loi type. La cohérence y est fortement recommandée pour ce qui est de désigner ce qui constitue un marché de faible valeur (qu'il y ait un seuil explicite ou non). Il convient de ne pas interpréter la notion de marché de faible valeur comme donnant aux États adoptants toute latitude de fixer le seuil pertinent assez haut pour soustraire la plupart de leurs passations de marchés à l'exigence de publication internationale. Les règlements ou orientations en matière de passation des marchés publics émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc préciser ce qu'il convient d'entendre par "faible valeur" dans ce cas. Il convient également de souligner que la faible valeur du marché ne justifie pas à elle seule l'exclusion de la participation internationale de fournisseurs ou 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 Internet.

6. Les États adoptants voudront peut-être aussi inviter les entités adjudicatrices à déterminer d'abord si une participation internationale est probable

compte tenu des circonstances de chaque passation de marché, en supposant qu'il y a publication internationale, et que le marché soit ou non de faible valeur. À cette fin, elles peuvent devoir tenir compte de facteurs géographiques et du faible nombre ou de l'absence de fournisseurs étrangers, ce qui peut être le cas, par exemple, s'il s'agit d'artisanat autochtone. Elles devront ensuite déterminer quelles autres mesures nécessitent une participation internationale. À cet égard, la Loi type reconnaît que dans de tels cas de marché de faible valeur, l'entité adjudicatrice peut ou non avoir un intérêt économique à empêcher la participation de fournisseurs ou entrepreneurs étrangers: leur exclusion générale pourrait priver inutilement l'entité adjudicatrice de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. D'un autre côté, une participation internationale peut entraîner des coûts de traduction et des délais plus longs pour permettre la traduction de l'avis et des réponses des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, et amener l'entité adjudicatrice à devoir examiner des offres ou soumissions dans plus d'une langue. Si une restriction est permise, l'entité adjudicatrice voudra évaluer au cas par cas les coûts et avantages d'une participation internationale.

7. Le terme "adresse" utilisé au paragraphe 3 *a*, comme ailleurs dans la Loi type, désigne le lieu physique enregistré ainsi que toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de téléphone, adresse électronique, et autres données, le cas échéant).

8. Les dispositions de cet article permettent de demander un paiement pour le dossier de préqualification mais pas de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Comme il est dit au paragraphe 4 de l'article, il est entendu que le prix demandé se limitera aux frais minimaux de distribution du dossier (et de son impression, le cas échéant). En outre, les États adoptants devraient noter que la meilleure pratique est de ne pas faire payer pour ces documents.

9. Au paragraphe 5 *d*, le terme "endroit" ne désigne pas un lieu physique mais une publication officielle ou un portail officiel, par exemple, où les textes actualisés et faisant foi des lois et règlements de l'État adoptant sont mis à la disposition du public. Les questions soulevées dans le **commentaire de l'article 5** concernant l'accès approprié à des textes juridiques actualisés sont donc également pertinentes dans le contexte de ce paragraphe.

10. Aux paragraphes 9 et 10, il convient d'interpréter le terme "promptement" comme signifiant que les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés avant la sollicitation. Cette garantie essentielle assure la possibilité d'un recours efficace contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice au cours de la procédure de préqualification. C'est également pour cela que le paragraphe 10 impose à l'entité adjudicatrice de communiquer à

chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

11. Les dispositions de cet article concernant la communication d'informations aux fournisseurs ou entrepreneurs ou au public sont soumises à l'article 24 sur la confidentialité (qui prévoit des exceptions limitées pour ce qui est de l'information du public).

12. Il convient d'établir une distinction entre la préqualification et la présélection, la Loi type n'envisageant cette dernière que dans le contexte de la demande de propositions avec dialogue en vertu de l'article 49. Dans le cas de la préqualification, tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent présenter des soumissions. Dans le cas de la présélection, le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter une soumission est fixé au début de la procédure de passation de marchés et le nombre maximum de participants est précisé dans l'invitation à participer à la présélection. Dans la procédure de préqualification, l'identification des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés se fait sur la base de critères de qualification préétablis, remplis ou non par les candidats, alors que la présélection suppose des procédures de sélection supplémentaires, généralement concurrentielles, si le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs est dépassé (la présélection peut, par exemple, comporter un test éliminatoire puis un classement selon les critères de qualification, les meilleurs candidats qualifiés étant sélectionnés dans la limite du maximum fixé). Cette mesure est prise (même si des critères de préqualification rigoureux peuvent en fait limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés) pour les raisons expliquées ci-après dans le **commentaire de l'article 49-3**.

Article 19. Abandon de la passation de marchés

1. L'article 19 permet à l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marchés. C'est son droit absolu avant l'acceptation de la soumission à retenir, après quoi elle ne peut le faire que si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été retenue ne signe pas le marché ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution du marché comme il le doit (voir par. 1 et art. 22-8 et le **commentaire s'y rapportant**, décrivant les autres options possibles dans de telles circonstances).

2. Cette disposition est importante parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir abandonner la passation de marchés pour des motifs d'intérêt général, notamment s'il apparaît que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, si elle n'a plus besoin de l'objet du marché ou si le marché ne peut plus être passé en raison d'une évolution de la politique des pouvoirs publics

ou du retrait d'un financement, ou parce que toutes les soumissions s'avèrent non conformes ou que les prix proposés dépassent de beaucoup le budget disponible. Les dispositions de l'article reconnaissent donc qu'il peut être préférable dans l'intérêt général de permettre à l'entité adjudicatrice d'abandonner un marché peu souhaitable plutôt que d'en exiger la passation.

3. L'entité adjudicatrice ayant le droit absolu d'abandonner la passation d'un marché tant que la soumission retenue n'a pas été acceptée, l'article prévoit des garanties contre tout abus de ce droit. La première garantie est l'obligation de notification prévue au paragraphe 2, qui vise à favoriser la transparence et la responsabilité et à faciliter un recours efficace. Ce paragraphe impose de communiquer promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission la décision d'abandonner la passation de marchés et les raisons de cette décision afin qu'ils puissent la contester s'ils le souhaitent. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de justifier sa décision (étant entendu qu'en règle générale, elle devrait être libre d'abandonner la procédure de passation de marchés pour des raisons économiques, sociales ou politiques qu'elle n'a pas à justifier) mais doit fournir un bref exposé des raisons de cette décision, suffisant pour en permettre un examen véritable.

4. Une garantie supplémentaire est l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'annoncer sa décision d'abandonner la passation de marchés au même endroit que celui où ont été publiées les informations initiales concernant le marché et de la même manière. Cette mesure est importante pour permettre au public de contrôler les pratiques des entités adjudicatrices de l'État adoptant.

5. Certaines dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article visent les soumissions présentées que l'entité adjudicatrice n'a pas encore ouvertes (par exemple, si la décision d'abandonner la passation de marchés est prise avant la date limite de présentation des offres). Une fois prise la décision d'abandonner la passation de marchés, toute soumission non ouverte doit être renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée. Cette exigence évite le risque que des informations figurant dans ces soumissions ne soient utilisées à des fins illégitimes, par exemple, révélées à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents. Cette disposition vise aussi à empêcher l'entité adjudicatrice d'abuser de son droit d'abandonner la passation de marchés pour des motifs illégitimes ou illicites, par exemple, après avoir obtenu les informations souhaitées sur la situation du marché ou appris qu'un fournisseur ou entrepreneur qu'elle privilégie ne remportera pas le marché.

6. Dans de nombreux pays, la décision d'abandonner la passation de marchés n'est normalement pas susceptible de révision, en particulier par des

autorités administratives, sauf en cas de pratiques abusives. Cependant, la Loi type n'exonère pas les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marchés des procédures de contestation ou d'appel visées au chapitre VIII (même si l'article 67 a été libellé avec prudence, étant donné que dans certains États l'organe administratif n'aurait pas compétence pour ce type de recours). L'objet du paragraphe 3 de cet article est de limiter à des circonstances exceptionnelles la responsabilité de l'entité adjudicatrice ayant décidé d'abandonner la procédure de passation de marchés. Sa responsabilité vis-à-vis des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions y est donc limitée à toute situation où l'abandon de la passation de marchés découle de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part.

7. Le chapitre VIII de la Loi type prévoit le droit de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marchés mais la responsabilité éventuelle de l'entité adjudicatrice dépendra des éléments de fait de l'espèce. Le paragraphe 3 est considéré comme important à cet égard parce qu'il protège l'entité adjudicatrice de contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon injustifié de la procédure de passation de marchés. On considère toutefois que malgré les limitations de responsabilité visées au paragraphe 3, l'entité adjudicatrice ayant abandonné la passation de marchés peut voir sa responsabilité engagée en vertu d'autres branches du droit. En particulier, bien que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses afférentes, l'abandon de la passation de marchés peut donner lieu à une responsabilité envers ceux dont les soumissions ont été ouvertes, même dans des circonstances non prévues au paragraphe 3.

8. Le droit administratif de certains pays peut limiter l'exercice du droit d'abandonner la passation de marchés, par exemple, en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Celui d'autres pays peut au contraire prévoir un droit absolu d'abandonner la passation de marchés à tout stade de la procédure, même si la soumission à retenir a été acceptée, indépendamment des dispositions de la Loi type. La législation peut aussi prévoir d'autres recours contre des décisions administratives abusives prises par des agents publics. L'État adoptant devra donc peut-être aligner les dispositions de l'article sur les dispositions pertinentes de ses autres lois applicables. Le glossaire mentionné plus haut, qui sera bientôt publié par la CNUDCI, donnera des exemples du type de comportement que vise cette disposition, et l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité voudra peut-être donner aux entités adjudicatrices des indications plus précises sur l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire et de leur responsabilité éventuelle en vertu de la loi sur les marchés publics et de toute autre loi de

l'État adoptant selon laquelle un acte administratif engagerait la responsabilité de son auteur.

9. Il convient d'établir une distinction entre l'abandon de la passation par l'entité adjudicatrice en vertu de cet article et la décision de mettre fin à la procédure de passation de marchés visée à l'article 67-9 g. Les conséquences sont cependant les mêmes dans les deux cas: l'entité adjudicatrice ne peut plus prendre aucune mesure ni décision concernant la passation de marchés après que la décision de l'abandonner ou d'y mettre fin a pris effet.

Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'article 20 permet à l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission dont le prix est anormalement bas et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné d'exécuter le marché. Il s'applique à toute procédure de passation de marchés prévue dans la Loi type.

2. L'article prévoit des garanties pour protéger les intérêts des deux parties. D'un côté, il permet à l'entité adjudicatrice de s'occuper d'éventuelles soumissions anormalement basses avant la conclusion du marché et d'éviter le risque que celui-ci ne puisse être exécuté ou ne puisse l'être au prix soumis, et les coûts supplémentaires, retards ou perturbations que cela entraînerait.

3. D'un autre côté, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter automatiquement une soumission au seul motif que le montant indiqué semble anormalement bas: un tel droit pourrait donner lieu à des abus, puisque des soumissions pourraient être rejetées sans que le fournisseur ou entrepreneur concerné ne puisse expliquer les raisons du prix soumis ou sur la base d'une évaluation purement subjective. Un tel risque pourrait être élevé dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre.

4. Pour ces raisons, cet article ne permet le rejet d'une soumission anormalement basse que si l'entité adjudicatrice a pris des mesures pour confirmer le bien-fondé de ses craintes concernant l'exécution du marché, sans préjudice de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter la soumission, par exemple, en cas d'infraction (telle que le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (telles que le non-respect des obligations de salaire minimal ou de sécurité sociale, ou la collusion).

5. Le paragraphe 1 énonce donc les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre avant de pouvoir rejeter une soumission anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

6. En premier lieu, l'entité adjudicatrice doit adresser au fournisseur ou à l'entrepreneur une demande d'éclaircissements écrite. Cette demande peut porter notamment sur des informations ou échantillons démontrant la qualité du produit offert, les méthodes de tout procédé de fabrication pertinent, les solutions techniques retenues ou toute condition exceptionnellement favorable dont le fournisseur ou l'entrepreneur bénéficie pour exécuter le marché. L'entité adjudicatrice pourra ainsi déterminer si le fournisseur ou l'entrepreneur serait à même d'exécuter le marché au prix soumis.

7. L'État adoptant peut choisir de réglementer le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander dans le cadre de cette procédure d'explication du prix. Il convient de noter ici que l'évaluation porte sur la question de savoir si le prix est réaliste et se fonde sur des éléments tels que les estimations d'avant la passation de marché, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il s'agit ici de demander des informations sur le prix lui-même et non sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour le déterminer. En effet, la capacité des entités adjudicatrices à évaluer avec précision le risque lié à l'exécution, objectif de l'exercice, ne peut reposer exclusivement sur une analyse de ces coûts de base.

8. En second lieu, l'entité adjudicatrice doit tenir compte, dans l'évaluation du prix, de la réponse du fournisseur ou entrepreneur. Si un fournisseur ou entrepreneur refuse de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice, celle-ci n'a pas automatiquement le droit de rejeter la soumission comme étant anormalement basse mais tiendra compte de ce refus pour déterminer si elle l'est effectivement.

9. Ce n'est qu'après avoir pris les mesures décrites au paragraphe 1 de l'article que l'entité adjudicatrice peut rejeter la soumission anormalement basse. L'article n'oblige pas l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse. L'État adoptant voudra peut-être préserver cette latitude, reconnaissant que l'évaluation du risque lié à l'exécution est par nature très subjective. Il peut aussi décider de limiter le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter ces soumissions afin de garantir la cohérence et les bonnes pratiques et d'éviter les abus.

10. La décision de rejet doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marchés et communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, conformément au paragraphe 2 de l'article. Elle peut être contestée conformément au chapitre VIII de la Loi type.

11. Les États adoptants devraient savoir que d'autres exigences que celles mentionnées dans cet article peuvent prévenir efficacement les risques liés

à l'exécution découlant de soumissions anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen ou l'évaluation de leurs soumissions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Il faut pour cela que les exigences concernant les qualifications soient correctement formulées et que l'objet du marché soit décrit avec précision. Les entités adjudicatrices devraient être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, notamment sur leur comportement antérieur, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des soumissions et non seulement au prix (par exemple, aux frais d'entretien et de remplacement). Ces mesures peuvent aider à déceler efficacement les risques liés à l'exécution.

12. Des mesures supplémentaires peuvent consister à: i) sensibiliser aux effets néfastes des soumissions anormalement basses; ii) former les agents chargés de la passation des marchés et leur fournir des ressources et des informations suffisantes, notamment des prix de référence ou des prix du marché; et iii) prévoir suffisamment de temps pour chaque étape du processus de passation de marchés. Pour dissuader les fournisseurs et entrepreneurs de présenter des soumissions anormalement basses et promouvoir un comportement responsable de leur part, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices précisent dans le dossier de sollicitation que les soumissions anormalement basses et suscitant des préoccupations quant à l'exécution peuvent être rejetées.

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

1. L'article 21 énonce les motifs pour lesquels un fournisseur ou entrepreneur sera obligatoirement exclu de la procédure de passation de marchés, autres que ceux liés à la qualification ou au contenu d'une soumission. Le terme même de "corruption" n'y est pas utilisé mais on y trouve des exemples de comportements connexes (incitation, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts). Ceux-ci étant des exemples couramment cités de comportements liés à la corruption, l'article constitue une mesure importante de lutte contre la corruption.

2. L'article se veut conforme aux normes internationales et vise à proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Ces normes se trouvent dans des instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), ou dans des documents publiés par des

organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et les banques multilatérales de développement. Elles peuvent évoluer avec le temps. Conformément à l'article 3 de la Loi type, qui consacre la prééminence des engagements internationaux des États adoptants, ceux-ci sont invités à tenir compte des normes internationales de lutte contre la corruption applicables au moment de l'adoption de la Loi type. Certaines de ces normes peuvent lier l'État adoptant s'il est partie aux instruments internationaux considérés.

3. Même si les procédures et garanties de la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et donc à réduire la corruption, on ne peut attendre d'une loi sur la passation des marchés qu'elle élimine à elle seule les pratiques de corruption dans les marchés publics de l'État adoptant. On ne devrait pas non plus attendre des entités adjudicatrices qu'elles traitent toutes les questions liées à cette corruption. L'État devrait donc disposer en général d'un système efficace de sanctions contre la corruption commise par des agents publics, notamment des employés des entités adjudicatrices, et par des fournisseurs et entrepreneurs, qui s'appliquerait aussi au processus de passation des marchés et viserait à améliorer la gouvernance dans l'ensemble des marchés publics.

4. Le terme "incitation" apparaissant dans le titre de l'article peut désigner de manière générale toute tentative de fournisseurs ou entrepreneurs d'influencer irrégulièrement l'entité adjudicatrice. 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.

5. Il appartient à l'État adoptant de définir ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts aux fins de l'application du paragraphe 1 *b*. Les dispositions ne traitent que des conflits d'intérêts du fournisseur ou de l'entrepreneur. Les conflits d'intérêts de l'entité adjudicatrice sont régis par des règles distinctes, telles que l'article 26 sur le code de conduite des agents des entités adjudicatrices. Pour éviter tout avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts, les normes applicables de l'État adoptant devraient, par exemple, interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation de marchés pour laquelle ce dossier est utilisé. Les normes applicables devraient aussi réglementer la participation de filiales à la même procédure de passation de marchés. Certains aspects de ces concepts peuvent être réglementés par d'autres branches du droit de l'État adoptant, telles que la législation antimonopoles.

6. Un "avantage concurrentiel injuste" est un concept ouvert, la portée des définitions existantes variant d'un système à l'autre. Il fait intervenir des

questions d'équité, de législation antimonopoles et de situation du marché. Il peut découler d'un conflit d'intérêts mais ce ne doit pas forcément être le cas. Une situation où un fournisseur ou entrepreneur recourt aux services d'un ancien responsable de la passation des marchés ayant une connaissance experte des procédures et des structures organisationnelles pourrait être considérée comme présentant un conflit d'intérêts, un avantage concurrentiel injuste ou les deux, selon les définitions appliquées. Toutefois, dans le contexte de la Loi type, les conflits d'intérêts et l'avantage concurrentiel injuste sont des notions distinctes. L'avantage concurrentiel injuste tel que l'envisage la Loi type se caractérise essentiellement par le fait qu'un fournisseur ou entrepreneur détient des informations auxquelles les autres n'ont pas eu accès; il se peut aussi que certains fournisseurs ou entrepreneurs aient été traités injustement par une entité adjudicatrice qui aurait fixé un seuil ou établi un cahier des charges favorisant un fournisseur ou entrepreneur particulier.

7. À cet égard, l'équité du processus serait faussée si l'entité adjudicatrice venait à discuter de solutions techniques possibles avec un seul fournisseur ou entrepreneur potentiel et à rédiger sur cette base une description de ses exigences techniques convenant à ce fournisseur ou entrepreneur. On considérerait alors que le fournisseur ou entrepreneur aurait un conflit d'intérêts lors des discussions avec l'entité adjudicatrice s'il prévoyait de participer ensuite à la procédure de passation de marchés et jouirait ensuite d'un avantage concurrentiel injuste par rapport aux autres fournisseurs ou entrepreneurs participants. Ce fournisseur ou entrepreneur devrait donc être exclu de la procédure de passation de marchés. Le risque peut apparaître dans les discussions au stade de la planification des marchés et si les garanties de transparence et d'égalité de traitement ne sont pas respectées lors du processus de passation de marchés.

8. Les autorités compétentes de l'État peuvent cependant devoir déterminer au cas par cas ce qui constitue un avantage concurrentiel injuste et les conséquences qui en découlent.

9. 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 cette section du *Guide*. S'il existe des définitions juridiques pertinentes de ces notions dans un État adoptant, elles devraient être diffusées dans le cadre des textes juridiques régissant la passation des marchés (voir à cet égard l'article 5 et le **commentaire s'y rapportant**). S'il n'en existe pas, des exemples de cas constituant et ne constituant pas des pratiques visées par cet article devraient être donnés.

10. Les dispositions de l'article sont sans préjudice d'autres sanctions qui peuvent être imposées au fournisseur ou à l'entrepreneur, telles que

l'exclusion (voir à ce propos le **commentaire de l'article 9**). Toutefois, une sanction—notamment une condamnation pénale—n'est pas une condition préalable à l'exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur en vertu de cet article.

11. Pour éviter toute application abusive de l'article 21, la décision d'exclusion et les motifs de celle-ci doivent être versés au procès-verbal de la procédure de passation de marchés et communiqués promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné afin de permettre une contestation. Les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient aider à déterminer si des éléments concrets justifient l'exclusion. Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir le **commentaire de l'article 26** sur le code de conduite.

12. L'application de l'article est également subordonnée à d'autres lois anticorruption de l'État adoptant pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte de ses politiques anticorruption. Il convient à cet égard d'encourager et de faciliter l'échange d'informations et la coordination entre organismes publics, comme il est dit à la section "**Appui institutionnel**", dans la première partie du présent *Guide*, et dans l'introduction du chapitre premier.

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

1. L'article 22 énonce des règles détaillées concernant: i) l'acceptation de la soumission retenue; ii) une garantie sous la forme d'un délai d'attente permettant aux fournisseurs ou entrepreneurs de former une contestation avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre; et iii) l'entrée en vigueur du marché. Il est complété par les exigences de transparence de la Loi type concernant les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation de marchés. Par exemple, l'article 39 *v* dispose que le dossier de sollicitation doit comporter des informations sur l'application et la durée du délai d'attente. L'article 39 *w* exige de préciser dans le dossier de sollicitation les formalités à accomplir après l'acceptation d'une soumission retenue pour qu'un marché entre en vigueur. Conformément à l'article 22, il peut notamment s'agir de la signature d'un contrat écrit et de l'approbation par une autre autorité.

2. Le paragraphe 1 dispose qu'en règle générale l'entité adjudicatrice doit accepter la soumission retenue, ce qui signifie que le marché ou l'accord-cadre doit être attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée

(le fournisseur retenu), aux conditions qui y sont énoncées. (Il n’y a pas de définition unique de la soumission retenue. Les articles régissant les procédures des différentes méthodes de passation de marchés définissent cette expression dans le contexte de chacune de ces méthodes. Voir les articles 43-3 *b*, 46-3, 47-10, 49-13, 51-5 et 57-1.) Les exceptions à la règle générale du paragraphe 1 sont énoncées aux alinéas *a* à *d* (disqualification du fournisseur ou de l’entrepreneur retenu, abandon de la passation de marché, rejet de la soumission retenue au motif qu’elle est anormalement basse, conformément à l’article 20, ou exclusion du fournisseur ou de l’entrepreneur retenu en raison d’incitations de sa part, d’un avantage concurrentiel injuste ou d’un conflit d’intérêts, conformément à l’article 21).

3. Il convient d’interpréter le motif de rejet de la soumission retenue énoncé à l’alinéa *a* (disqualification) en tenant compte des dispositions de l’article 9-1, qui permet la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marchés, de l’article 9-8 *d*, qui permet à l’entité adjudicatrice de demander à tout fournisseur ou entrepreneur préqualifié de justifier à nouveau de ses qualifications, et des articles 43-5 et 57-2, qui régissent spécifiquement l’évaluation des qualifications du fournisseur retenu.

4. Il est entendu que la liste d’exceptions des alinéas *a* à *d* du paragraphe 1 n’est pas exhaustive: elle ne mentionne que les motifs pouvant être invoqués par l’entité adjudicatrice. D’autres motifs peuvent découler d’une procédure de contestation ou d’appel, par exemple, si l’instance indépendante mentionnée à l’article 67 ordonne de mettre fin à la procédure de passation de marchés, prie l’entité adjudicatrice de reconsidérer sa décision ou exige d’autres mesures correctives. Il convient en outre de ne pas confondre ces motifs avec ceux justifiant l’attribution du marché à la soumission à retenir suivante conformément à l’article 22-8, qui interviendrait après l’acceptation de la soumission retenue et non au stade où l’entité adjudicatrice décide si elle l’accepte.

5. Le paragraphe 2 régit l’application du délai d’attente, défini à l’article 2 *r* comme “la période commençant à l’expédition de l’avis visé au paragraphe 2 de l’article 22 de la présente Loi, pendant laquelle l’entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission retenue et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi contre la décision communiquée”. L’objectif premier du délai d’attente est donc d’éviter de devoir annuler un marché ou un accord-cadre entré en vigueur.

6. Le délai d’attente est notifié à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, y compris au fournisseur ou à l’entrepreneur

retenu (il convient de ne pas confondre cet avis et l'avis d'acceptation de la soumission retenue, envoyé uniquement au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu conformément au paragraphe 4 de l'article). Les informations communiquées en vertu du paragraphe 2 comprennent celles énumérées aux alinéas *a* à *c*. Les dispositions de l'article 24 sur la confidentialité indiqueront s'il y a lieu de ne pas communiquer l'une ou l'autre des informations visées à l'alinéa *b* pour des raisons de confidentialité. Bien qu'il puisse falloir préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles en énonçant les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marchés reçoivent suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

7. Parce que le délai d'attente commence à courir au moment de l'expédition de l'avis, les dispositions exigent, aux fins de la transparence, de l'intégrité et du traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs durant la passation de marché, que l'avis soit expédié promptement et simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Il ne suffirait pas, par exemple, de le mettre en ligne sur le site Web.

8. Les dispositions n'obligent pas l'entité adjudicatrice à informer les fournisseurs ou entrepreneurs non retenus des motifs pour lesquels ils ne l'ont pas été. Le retour d'information sur demande d'un fournisseur ou entrepreneur constitue cependant la meilleure pratique et devrait être encouragé par l'État adoptant (sur le **retour d'information**, voir la fin du commentaire de cet article).

9. Les dispositions du paragraphe 2 exigent également que l'entité adjudicatrice précise dans l'avis la durée du délai d'attente, mentionnée dans le dossier de sollicitation. Cette information dans l'avis visé au paragraphe 2 est importante à titre de rappel mais aussi de précision: puisque le délai d'attente court à compter de la notification de l'expédition, l'avis précisera les dates de début et de fin de ce délai, censées correspondre à la durée totale indiquée dans le dossier de sollicitation.

10. Il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs d'une part et l'entité adjudicatrice d'autre part connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente pour que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent prendre les décisions qui s'imposent et l'entité adjudicatrice attribuer le marché sans risquer de créer des problèmes. La date d'expédition, qui crée le plus haut degré de certitude, est indiquée dans la Loi type comme point de départ du délai d'attente. La même solution est retenue pour les autres types d'avis délivrés en vertu de cet article (voir par. 17 et 19 ci-dessous). On trouvera

au paragraphe 9 de l'article une explication de la signification du mot "expédition".

11. La Loi type laisse à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer au cas par cas la durée précise du délai d'attente en fonction des circonstances de la passation de marchés et en particulier des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international du marché. Pour assurer l'égalité de traitement, il peut être nécessaire de prévoir plus de temps, par exemple, pour qu'un avis envoyé par la poste parvienne à des fournisseurs ou entrepreneurs situés à l'étranger.

12. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice pour fixer la durée du délai d'attente n'est pas sans limite. Elle est soumise à un minimum qui doit être fixé par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés. Plusieurs points doivent être pris en considération pour fixer cette durée minimum, 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 marchés, 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.

13. La durée du délai d'attente peut être exprimée en jours ouvrables ou calendaires, selon la durée même 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 marchés et d'autres mesures appropriées.

14. Le paragraphe 3 énonce les exceptions à l'application du délai d'attente. La première concerne les marchés attribués au titre d'accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape: l'attribution se faisant dans ce cas selon des conditions prédéterminées, un délai d'attente est jugé

superflu (voir la définition à l'article 2 *e v*) (un délai d'attente s'applique à la conclusion d'un accord-cadre et pour tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape).

15. La deuxième exception s'applique aux marchés de faible valeur. Comme il est dit plus haut dans l'introduction du chapitre premier, l'État adoptant devrait envisager d'aligner le seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés en vertu de l'article 22-3 *b* sur d'autres seuils, notamment ceux déclenchant une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (en vertu de l'article 23-2) et le recours à la procédure de demande de prix (en vertu de l'article 29-2).

16. La troisième exception est liée aux considérations urgentes d'intérêt général, dont la nature est examinée dans le **commentaire de l'article 65-3** sur les motifs justifiant la levée de l'interdiction d'entrée en vigueur du marché.

17. Le paragraphe 4 précise à quel moment l'avis d'acceptation de la soumission retenue doit être envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. Il peut y avoir plusieurs cas de figure. Premièrement, si un délai d'attente a été appliqué et si aucune contestation ni aucun appel ne sont en cours, l'entité adjudicatrice expédie l'avis à l'expiration du délai d'attente. Deuxièmement, si un délai d'attente a été appliqué et si une contestation ou un appel sont encore en cours, l'entité adjudicatrice ne peut expédier l'avis d'acceptation (en vertu de l'article 65 de la Loi type) que lorsqu'elle reçoit des autorités compétentes un avis lui ordonnant de le faire ou l'y autorisant. Troisièmement, si aucun délai d'attente n'a été appliqué, l'entité adjudicatrice doit expédier l'avis d'acceptation dès qu'elle a décidé quelle soumission retenir, à moins qu'un tribunal ou une autre autorité compétente ne lui ordonne de ne pas le faire.

18. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, sachant que les États adoptants peuvent préférer l'une ou l'autre méthode et que même au sein d'un État différentes méthodes peuvent être employées selon les circonstances.

19. Selon une de ces méthodes (décrite au paragraphe 5), sauf indication contraire dans le dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur retenu. La raison de lier l'entrée en vigueur du marché à l'expédition et non à la réception de l'avis d'acceptation est que l'entité adjudicatrice doit notifier l'acceptation pendant que la soumission est en vigueur pour que le fournisseur ou l'entrepreneur soit tenu d'exécuter le marché. Si on se fondait sur la "réception", il suffirait qu'un avis dûment envoyé soit retardé, perdu ou

fourvoyé sans qu'il y ait faute de l'entité adjudicatrice pour que celle-ci perde son droit de lier le fournisseur ou l'entrepreneur à l'expiration de la période de validité de la soumission. Si on se fonde sur l'"expédition", au cas où l'avis est retardé, perdu ou fourvoyé, le fournisseur ou entrepreneur peut n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de sa soumission que celle-ci a été acceptée mais dans la plupart des cas cette conséquence sera moins grave que la perte par l'entité adjudicatrice de son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur.

20. Une deuxième méthode (décrite au paragraphe 6) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur retenu d'un contrat écrit conforme à la soumission. Elle n'est possible que si une telle exigence figure dans le dossier de sollicitation et ne doit pas être considérée comme la norme pour l'ensemble des procédures de passation de marchés. Les États adoptants sont invités à préciser dans leurs règlements en matière de passation des marchés dans quelles circonstances un contrat écrit peut être exigé, compte tenu du fait que cette 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.

21. Une troisième méthode (par. 7) dispose que le marché entre en vigueur après avoir été approuvé par une autre autorité. Dans les États adoptant cette disposition, les règlements en matière de passation des marchés peuvent préciser dans quelles circonstances cette approbation sera requise (par exemple, seulement si le marché dépasse une certaine valeur). Le paragraphe 7 réaffirme le rôle du dossier de sollicitation, qui notifie aux fournisseurs ou entrepreneurs les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. L'exigence d'indiquer dans le dossier de sollicitation une estimation du délai nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans ce délai ne devrait pas entraîner de prorogation de la période de validité de la soumission retenue ni de la garantie de soumission vise à établir un équilibre entre les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elle vise notamment à éviter qu'un entrepreneur ou fournisseur retenu ne reste engagé indéfiniment envers l'entité adjudicatrice sans avoir l'assurance que le marché finira par entrer en vigueur.

22. À titre de bonne pratique, le paragraphe 8 précise que si le fournisseur ou l'entrepreneur retenu ne signe pas le marché en temps voulu, l'entité adjudicatrice peut choisir d'abandonner la passation de marché ou d'attribuer le marché à la soumission suivante. Celle-ci est déterminée conformément aux dispositions applicables à la sélection de la soumission à retenir dans la passation de marché concernée. La latitude qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché dans de tels cas vise, entre autres, à

atténuer les conséquences d'une collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient guider la décision à prendre et traiter de la manière d'éviter tout abus de cette latitude.

Retour d'information

23. Le retour d'information est un processus informel par lequel l'entité adjudicatrice indique généralement un fournisseur ou entrepreneur non retenu les raisons pour lesquelles sa soumission a été rejetée ou, plus rarement, donne des informations aux fournisseurs ou entrepreneurs retenus. Il vise globalement à réduire le risque de contestation, à rendre les responsables de la passation de marchés comptables de leurs décisions et à améliorer l'efficacité du processus et la qualité des soumissions futures.

24. Le retour d'information peut se faire sur demande ou systématiquement aux fournisseurs ou entrepreneurs exclus au stade de la préqualification ou après l'attribution mais devrait avoir lieu aussi tôt que possible. Il peut se faire oralement (notamment lors de réunions), par écrit ou par toute autre méthode acceptable par l'entité adjudicatrice. Même si un retour d'information oral est approprié ou nécessaire, la bonne gouvernance veut que les informations fournies soient consignées par écrit puis communiquées au fournisseur ou entrepreneur intéressé (le "fournisseur ou entrepreneur demandeur").

25. Le retour d'information devrait comporter au minimum:

a) L'évaluation par l'entité adjudicatrice des faiblesses ou lacunes importantes des qualifications ou de la soumission du fournisseur ou entrepreneur demandeur, selon le cas;

b) Une comparaison des informations visées à l'alinéa a du présent paragraphe et de l'évaluation par l'entité adjudicatrice des caractéristiques, du prix et des autres éléments qualitatifs et avantages relatifs de la soumission retenue;

c) Les qualifications, le prix global évalué et la note technique, le cas échéant, du fournisseur ou entrepreneur retenu et ceux du fournisseur ou de l'entrepreneur demandeur, ainsi que les informations concernant la qualification de celui-ci;

d) Le classement général de l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs, si l'entité adjudicatrice en a établi un durant la passation de marchés;

e) Un résumé des motifs de la décision concernant la qualification ou de l'attribution; et

f) Des réponses raisonnables aux questions pertinentes sur le respect des procédures de passation de marchés énoncées dans la sollicitation, les règlements applicables et les autres autorités compétentes.

26. Il est essentiel que le retour d'information ne donne pas lieu à la divulgation d'informations commerciales sensibles—que cette divulgation soit ou non interdite par la loi sur la passation des marchés et quelle que soit la source de ces informations. L'entité adjudicatrice devra donc trouver le juste équilibre entre fournir des informations utiles au fournisseur ou entrepreneur demandeur et protéger les informations confidentielles.

27. Un résumé du retour d'information devrait être versé au procès-verbal de la procédure de passation de marchés. Cette mesure relève de la bonne gouvernance et de la pratique administrative mais peut aussi contribuer à atténuer le risque de divulguer des informations confidentielles, ce qui pourrait dans des cas extrêmes donner lieu à une action en justice. Les questions de régularité de procédure se posant dans les retours d'information ne sont pas très différentes de celles liées à certains recours, notamment une demande de réexamen présentée à l'entité adjudicatrice (voir art. 66). On trouvera dans l'introduction du chapitre VIII un examen de ces questions.

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

1. Afin de promouvoir la transparence dans le processus de passation des marchés et la responsabilité de l'entité adjudicatrice, l'article 23 exige que celle-ci publie promptement un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation est distincte de celle d'adresser un avis d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre, le cas échéant) aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, visée à l'article 22-10, et de celle de communiquer à toute personne qui le demande les informations sur le marché ou l'accord-cadre conclu figurant au procès-verbal de la procédure de passation de marchés, visée à l'article 25-1 *b* et 25-2. La Loi type ne précise pas les modalités de publication de l'avis; il appartient à l'État adoptant de les préciser dans les règlements en matière de passation des marchés, conformément au paragraphe 3 de l'article. Pour les règles minimales s'appliquant à la publication de ce type d'informations, voir les indications concernant l'article 5, qui sont pertinentes à cet égard.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné qu'une telle exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les

marchés quelle qu'en soit la valeur, les règlements en matière de passation des marchés fixeront une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication ne sera pas exigée. Le paragraphe 2 exige la publication périodique, au moins une fois par an, d'un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. 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 il est peu probable qu'elle concerne les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés ainsi attribués excéderait très probablement la faible valeur du seuil.

Article 24. Confidentialité

1. L'article 24 a pour objet de protéger les informations confidentielles de toutes les parties à la passation de marchés. Il impose différentes obligations de confidentialité à différents groupes de personnes selon le type d'informations considéré. Il est complété par l'article 69, qui traite de la protection des informations confidentielles dans une procédure de contestation.

2. Le paragraphe 1 vise les informations que l'entité adjudicatrice n'a le droit de divulguer ni aux fournisseurs ou entrepreneurs ni à aucune autre personne. Il s'agit en premier lieu des informations dont la non-divulgaration est nécessaire pour protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant, et qui peuvent être juridiquement considérées comme des informations classifiées. Les intérêts essentiels de sécurité peuvent concerner la défense nationale d'un État mais aussi d'autres secteurs ou d'autres questions, par exemple, la sécurité liée à la santé et au bien-être publics. Voir également ci-après, au paragraphe 8.

3. Le paragraphe 1 vise aussi les informations dont la divulgation peut "nuire à la concurrence loyale". Cette formule est à interpréter au sens large comme visant non seulement la passation de marché en cours mais aussi les passations de marchés ultérieures. Compte tenu du large champ d'application de la disposition et du risque d'abus, il est essentiel que l'État adoptant donne dans les règlements en matière de passation des marchés sinon une liste exhaustive de ces informations du moins leurs sources juridiques.

4. Les informations visées au paragraphe 1 ne peuvent être divulguées que sur décision du tribunal ou de l'organe compétent désigné par l'État adoptant (par exemple, l'instance indépendante visée à l'article 67). L'identité de tout organe ayant un tel pouvoir doit être précisée dans la loi; la décision du tribunal ou autre organe désigné déterminera l'étendue de la divulgation et les procédures pertinentes.

5. Le paragraphe 2 traite des informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs. Par nature, de tels documents contiennent des informations commerciales sensibles; leur divulgation à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à une personne non autorisée pourrait nuire à la concurrence loyale et porterait préjudice à des intérêts commerciaux légitimes. Une telle divulgation est donc généralement interdite. Dans ce contexte, l'expression "personne non autorisée" désigne tout tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions) sauf l'organisme de surveillance, de recours ou autre organisme compétent autorisé dans l'État adoptant à accéder aux informations en question. Toutefois, la Loi type reconnaît qu'il importe de divulguer aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou au public en général certaines des informations soumises, pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure de passation de marchés et permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs une contestation efficace et au public un contrôle effectif. Le paragraphe 2 de l'article prévoit donc des exceptions à l'interdiction générale. Il renvoie aux obligations d'aviser de l'attribution envisagée les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission (art. 22-2 et 22-10); de mentionner dans l'avis public d'attribution du marché le nom du fournisseur ou entrepreneur retenu et le prix du marché (art. 23); de divulguer des informations en autorisant l'accès à certaines parties du procès-verbal et des dossiers (art. 25); et d'annoncer à l'ouverture publique des offres certaines des informations qui y figurent (art. 42-3).

6. Alors que les paragraphes 1 et 2 sont d'application générale, le paragraphe 3 se limite aux procédures de passation de marchés visées aux articles 48-3 et 49 à 52, qui prévoient une interaction entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs. Le paragraphe 3 impose le respect de la confidentialité à l'entité adjudicatrice mais aussi à toute partie et concernant toutes les informations apparaissant dans cette interaction au cours de ces procédures. La divulgation de ces informations n'est possible qu'avec le consentement de l'autre partie ou si la législation l'exige ou si le tribunal ou organe compétent désigné par l'État l'ordonne. La référence à une décision du tribunal ou de l'organe compétent désigné par l'État adoptant est identique à celle du paragraphe 1 de l'article (voir plus haut, par. 4). En désignant cet organe, l'État adoptant devrait donc veiller à la cohérence entre les paragraphes 1 et 3 de l'article.

7. L'entité adjudicatrice peut chercher à obtenir une autorisation générale de divulguer toutes les informations soumises par les fournisseurs ou entrepreneurs, par exemple, en prévoyant dans le dossier de sollicitation que la participation à la passation de marchés est subordonnée à une telle autorisation, mais cette approche peut faire l'objet d'abus et exige l'intervention d'une autre autorité. Tout consentement donné devrait donc être interprété

au sens strict, puisqu'une interprétation plus large pourrait être contraire au paragraphe 1 ou 2 de l'article.

8. Le paragraphe 4 a aussi une portée limitée puisqu'il ne s'applique qu'à la passation des marchés mettant en jeu des informations classifiées (pour la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", voir l'article 2-1 et l'**examen des informations classifiées** dans la première partie du présent *Guide* et dans l'**introduction du chapitre premier**). Il prévoit que l'entité adjudicatrice peut prendre, outre les mesures de protection juridique générale visées au paragraphe 1, des mesures de protection des informations classifiées dans le contexte d'une passation de marché particulière. De telles mesures supplémentaires peuvent ne concerner que les fournisseurs ou entrepreneurs ou être étendues à leurs sous-traitants. Elles peuvent être justifiées par le caractère sensible de l'objet du marché ou par l'existence d'informations classifiées même si l'objet lui-même n'est pas sensible (par exemple, s'il faut assurer la confidentialité des informations concernant les délais ou le lieu de livraison), ou les deux.

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

1. L'article 25 vise à promouvoir la transparence et la responsabilité en exigeant que l'entité adjudicatrice tienne un procès-verbal complet de la procédure de passation de marchés et en prévoyant un accès approprié à celui-ci. Ce procès-verbal résume les principales informations de la procédure. Il est essentiel qu'une fois autorisé cet accès soit rapide pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs une contestation efficace. La législation sur la passation des marchés prévoit ainsi les moyens d'en suivre et d'en imposer l'application dans la mesure du possible. En outre, le respect d'obligations strictes de tenue d'un procès-verbal facilite la tâche des organes de surveillance exerçant une fonction de vérification ou de contrôle et favorise la responsabilité des entités adjudicatrices.

2. L'article ne prescrit ni la forme du procès-verbal ni la manière dont il doit être tenu. Ces questions relèvent de l'article 7 sur les communications dans la passation des marchés et en particulier des normes énoncées aux paragraphes 1 et 4 de celui-ci (voir également le **commentaire s'y rapportant**).

3. La liste des renseignements à verser au procès-verbal en vertu du paragraphe 1 ne se veut pas exhaustive. L'alinéa *w* de ce paragraphe est une disposition "fourre-tout", qui devrait garantir que toutes les décisions importantes prises au cours de la procédure de passation de marchés et leurs motifs sont consignés. Certaines décisions, bien que non énumérées au paragraphe 1

de l'article, doivent être versées au procès-verbal en vertu d'autres dispositions de la Loi type. Ainsi, l'article 35-3 exige de consigner la décision motivée de recourir à la sollicitation directe dans une procédure de demande de propositions. Les articles 53-2 et 60-7 exigent de consigner la décision motivée de limiter la participation à des enchères électroniques inversées et à des accords-cadres ouverts en raison de contraintes technologiques. L'alinéa *w* mentionne également les renseignements dont les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger l'inscription au procès-verbal.

4. Dans le chapeau du paragraphe 1, la référence à la tenue du procès-verbal suppose également que celui-ci doit être tenu à jour. Les renseignements y sont donc versés dans la mesure où ils sont connus de l'entité adjudicatrice. Par exemple, si dans une procédure de passation de marchés toutes les propositions n'ont pas été finalisées ou les auteurs des propositions se sont retirés sans soumettre de meilleure offre définitive, l'entité adjudicatrice devra inclure en vertu du paragraphe 1 *s* un résumé de chaque soumission au moment pertinent de la procédure. Il convient d'interpréter la référence au prix comme permettant dans certains cas, en particulier dans les marchés de services de consultant (par exemple, des services consultatifs) d'inclure dans les soumissions non pas le prix lui-même mais une formule permettant de le déterminer.

5. Les exigences en matière de procès-verbal devraient préciser dans quelle mesure et à qui les informations pertinentes devraient être communiquées. Des objectifs tels que la transparence et la responsabilité, et la nécessité de fournir aux fournisseurs et entrepreneurs les informations leur permettant d'évaluer leur performance et d'envisager une contestation le cas échéant doivent être mis en balance avec la nécessité de protéger leurs intérêts commerciaux légitimes. L'article 25 prévoit donc deux niveaux de communication. Au paragraphe 2, il impose de communiquer à toute personne les renseignements visés aux alinéas *a* à *k* du paragraphe 1—informations de base visant la responsabilité de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public en général. Au paragraphe 3, il impose de communiquer aux fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté une soumission des informations plus détaillées sur la conduite de la procédure, nécessaires pour leur permettre d'évaluer leur performance relative dans la procédure de passation de marchés et de contrôler l'application par l'entité adjudicatrice des dispositions de la loi. L'entité adjudicatrice ne peut refuser de communiquer ces informations même si elle pense nuire ainsi à la concurrence loyale (par exemple, en favorisant la collusion dans des passations de marchés ultérieures ou en forçant des fournisseurs ou entrepreneurs à fermer). Il est toutefois recommandé d'exiger dans les règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité que

l'entité adjudicatrice avise les fournisseurs ou entrepreneurs de son intention de divulguer des parties du procès-verbal les concernant: ces fournisseurs ou entrepreneurs voudront peut-être contester la décision de l'entité adjudicatrice en application des dispositions du chapitre VIII, sur la base d'une violation de l'article 24 sur la confidentialité.

6. Les fournisseurs ou entrepreneurs visés au paragraphe 3 se limitent à ceux qui ont présenté des soumissions: les autres, notamment ceux qui ont été disqualifiés, ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des soumissions. Les motifs de disqualification des fournisseurs ou entrepreneurs disqualifiés leur auront été communiqués conformément aux articles 18-10 et 49-3 *e*. Ils devraient donc disposer de suffisamment d'éléments pour décider s'ils contestent leur exclusion.

7. Le paragraphe 3 vise à permettre de communiquer les parties pertinentes du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lorsqu'ils ont pris connaissance de la décision d'accepter une soumission particulière, afin de donner effet au droit de contestation visé à l'article 64. Les règlements en matière de passation des marchés devraient exiger que l'entité adjudicatrice accorde rapidement l'accès à ces données, puisque retarder la communication, par exemple, jusqu'à l'entrée en vigueur du marché pourrait priver les fournisseurs ou entrepreneurs d'un recours réel. Ces dispositions visent aussi à tenir compte des deux situations où les fournisseurs ou entrepreneurs concernés peuvent prendre connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière: lorsque le délai d'attente leur est notifié conformément à l'article 22-2 et lorsqu'ils l'apprennent en l'absence d'une telle notification, par la publication d'un avis de marché prévu à l'article 23 ou par une divulgation de la société civile, des médias ou de rapports de surveillance, notamment.

8. La divulgation d'informations au public ou aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés est sans préjudice du paragraphe 4 *a* de l'article, qui énonce les motifs permettant à l'entité adjudicatrice de ne pas divulguer des informations (voir le **commentaire de l'article 24**), et du paragraphe 4 *b*, qui indique quelles informations ne peuvent être divulguées. Il s'agit des informations relatives à l'examen et à l'évaluation des soumissions, celles-ci pouvant naturellement comporter des informations commerciales sensibles; les fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté des soumissions ont donc un intérêt légitime à protéger ce type d'informations. Le paragraphe 4 *b* vise donc notamment à éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles à des fournisseurs et entrepreneurs concurrents. Cette nécessité est particulièrement forte en ce qui concerne les informations sur l'évaluation des soumissions. Le paragraphe 4 *b* restreint donc la divulgation

d'informations plus détaillées que celles versées au procès-verbal sous la forme d'un résumé de l'évaluation des soumissions tel que l'exige le paragraphe 1 *t* de l'article.

9. Le mécanisme de divulgation limitée visé aux paragraphes 2 et 3 n'empêche pas l'application à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État adoptant conférant au grand public un droit général d'accès aux documents officiels. Par exemple, la divulgation des informations du procès-verbal aux organes de contrôle peut être imposée par le droit de l'État adoptant.

10. Le paragraphe 5 de l'article provient d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) selon laquelle "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (art. 9-3 de la Convention). L'obligation de conserver les documents de la procédure de passation de marchés et les règles applicables à l'enregistrement et à l'archivage, notamment la durée durant laquelle le procès-verbal de la passation de marché et tous les documents la concernant, devrait être énoncée dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si l'État adoptant estime que les règles et directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et le dossier de la passation d'un marché, les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité peuvent l'exiger.

Article 26. Code de conduite

1. L'article 26 vise à souligner que les États doivent adopter un code de conduite pour les administrateurs et employés des entités adjudicatrices (le "personnel intervenant dans la passation des marchés"). Suivant la tradition juridique de l'État adoptant, un code de conduite peut être adopté dans le cadre du droit administratif de l'État, en tant que législation ou que réglementation, notamment dans les règlements en matière de passation des marchés. Il peut s'appliquer de manière générale à tous les agents publics quel que soit le secteur économique ou spécifiquement au personnel intervenant dans la passation des marchés, et certains codes peuvent faire partie de la législation et de la réglementation des marchés. Si un code de conduite général s'appliquant aux agents publics est adopté, on présume qu'il contiendra des dispositions traitant spécifiquement de la conduite du personnel intervenant dans la passation des marchés.

2. Les dispositions de l'article exigeant que le code de conduite soit promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour doivent se lire conjointement avec l'article 5-1 de la Loi type, qui prévoit une obligation similaire pour les textes juridiques d'application générale. Le **commentaire de l'article 5-1** est donc pertinent dans le contexte des dispositions correspondantes de l'article 26.

3. Il convient de considérer l'adoption d'un code de conduite comme une mesure destinée à appliquer certaines dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), dont les articles 8 et 9 touchent directement la passation des marchés publics, notamment le personnel concerné. En particulier, l'article 8-5 de la Convention fait référence: "[aux] mesures et [aux] systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts".

4. Il existe d'autres règlements internationaux portant sur les pratiques de corruption dans le contexte de la passation des marchés, tels que ceux de l'Organisation de coopération et de développement économiques. Ces règlements évoluent et l'État adoptant qui envisage d'adopter un code de conduite ou de moderniser un code existant destiné à ses agents publics ou spécifiquement au personnel intervenant dans la passation des marchés est invité à consulter la réglementation applicable lorsqu'il adopte la Loi type.

5. Cet article vise à ce que les États adoptants combrent au moyen de ces codes de conduite les lacunes de la réglementation et des mesures promulguées pour appliquer les dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) et des autres règlements internationaux applicables. Le code de conduite ainsi adopté devrait donc, conformément aux normes internationales applicables, proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Il devrait prévoir des mesures réglementant les questions liées au personnel intervenant dans la passation des marchés et les situations présentant des risques pour l'intégrité du processus de passation de marchés. Cet article ne vise pas l'exhaustivité. Il ne mentionne que quelques mesures, telles qu'une déclaration d'intérêt, des procédures de sélection et des exigences en matière de formation, et s'intéresse avant tout aux conflits d'intérêts dans la passation des marchés, compte tenu des incidences particulièrement négatives qu'ils ont sur la transparence, l'objectivité et la responsabilité dans la passation des marchés publics. La Loi type ne fournit que des principes généraux, étant donné qu'il serait impossible d'énoncer des règles exhaustives comprenant des mesures d'atténuation des risques d'irrégularités dans diverses situations.

6. Le code de conduite adopté par l'État ne devrait pas se limiter aux mesures et situations visées à l'article 26. Il devrait traiter des conflits d'intérêts réels ou supposés, des risques accrus d'irrégularités de la part du personnel intervenant dans la passation des marchés dans ces situations et dans d'autres situations, et des mesures d'atténuation de ces risques.

7. Les dispositions de l'article 26 ne prétendent pas imposer à l'État adoptant d'adopter un code de conduite régissant les relations des fournisseurs et entrepreneurs avec l'entité adjudicatrice, mais certaines dispositions de ce code peuvent fixer des limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé vis-à-vis des agents publics. Le code de conduite peut également porter sur la manière de traiter la filiale d'un consultant dans la procédure de passation de marchés ou d'autres questions telles que les préoccupations que soulève le phénomène du "tourniquet" (où des agents publics cherchent à obtenir ou se voient proposer un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marchés). Un code de conduite adopté en vertu de l'article 26 peut également traiter, outre les sujets mentionnés dans cet article, des relations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs, notamment des contrôles internes appropriés chez ces fournisseurs et entrepreneurs.

8. Pour traiter ces questions dans un code de conduite, les États adoptants devraient tenir compte des rapports étroits entre un tel code et d'autres branches du droit, en particulier le droit pénal et la législation antimonopoles, et donc de la nécessité d'une coopération et d'une coordination étroites avec les administrations publiques concernées.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES; SOLlicitATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉS

Section I. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

A. Introduction

1. *Résumé*

1. Les méthodes et techniques figurant dans la section I du chapitre II visent à tenir compte des diverses situations de passation de marchés pouvant se présenter dans la pratique. Elles sont censées permettre à l'entité adjudicatrice examinant la manière de conduire une procédure de passation de marchés de tenir compte des biens, travaux ou services à acquérir (l'objet du marché), de la situation du marché (le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, le degré de concentration du marché, son caractère plus ou moins concurrentiel), d'un éventuel degré d'urgence et du niveau de technologie approprié (pour déterminer, par exemple, s'il convient de recourir à la passation de marchés en ligne).

2. *Incorporation: considérations de politique générale*

2. Compte tenu des différents stades de développement des systèmes de passation de marchés dans les États adoptants, la présente section du *Guide* traite des caractéristiques de certaines méthodes de passation de marchés visant à donner à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand, ainsi que des moyens et de l'infrastructure nécessaires à leur bon fonctionnement. L'objectif est de permettre aux États adoptants de décider si chacune de ces méthodes est adaptée ou non à leur situation, en renvoyant également aux questions soulevées dans le commentaire sur l'application et l'utilisation, à la section suivante.

3. La Loi type exige que l'appel d'offres ouvert soit toujours prévu dans la législation, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 27**.

Les États adoptants devraient prévoir suffisamment de possibilités autres que l'appel d'offres ouvert pour faire face aux situations normales dans lesquelles ils passent des marchés. Ils devraient au moins prévoir (outre l'appel d'offres ouvert) une méthode pouvant être utilisée pour la passation de marchés simples et de faible valeur, une méthode pouvant être utilisée en cas de catastrophe et dans d'autres situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes.

4. Ces autres méthodes de passation de marchés sont censées permettre l'acquisition de divers articles et services, allant d'articles standard à des produits très complexes, pour lesquels l'appel d'offres ouvert peut ne pas convenir. Certaines sont des méthodes avec appel d'offres (appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes et accords-cadres ouverts dans le contexte d'autres méthodes de passation de marchés) exigeant une description de l'objet du marché fondée sur des spécifications techniques et dans lesquelles l'entité adjudicatrice conserve le contrôle et la responsabilité de la solution technique. D'autres sont des méthodes avec demande de propositions (demande de propositions sans négociation, demande de propositions avec dialogue et demande de propositions avec négociations consécutives) par lesquelles l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de proposer des solutions répondant à ses besoins, décrits comme des exigences et normes techniques minimales. Dans ces méthodes, il appartient aux fournisseurs ou entrepreneurs de s'assurer que leurs solutions répondent effectivement aux besoins de l'entité adjudicatrice. D'autres méthodes encore sont moins structurées ou plus souples (demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en raison des situations particulières dans lesquelles elles peuvent être utilisées (marché de très faible valeur, catastrophe, situation d'urgence, etc), qui ne se prêtent guère à des méthodes plus structurées et plus réglementées.

5. L'ensemble des méthodes et techniques disponibles peuvent être considérées comme une série d'outils parmi lesquels l'entité adjudicatrice doit choisir celui convenant le mieux à la passation de marché envisagée. Il est toutefois admis que les conditions d'utilisation et les fonctionnalités de certaines méthodes se chevaucheront, ainsi qu'il est expliqué ci-après dans le **commentaire de l'article 28**. Par exemple, l'appel d'offres restreint prévu à l'article 29-1 *b*, la demande de prix ou les enchères électroniques inversées peuvent convenir à la passation de marchés relativement simples et de valeur relativement faible. Les États adoptants sont invités à examiner dans quelle mesure il convient d'adopter des méthodes de passation de marchés pouvant faire double emploi, compte tenu de leur situation: plus ils prévoient de méthodes, plus difficile sera le choix de la méthode convenant le mieux aux circonstances de la passation de marchés.

6. Pour cette raison, si l'État adoptant introduit pour la première fois une législation sur la passation des marchés, il serait peut-être judicieux que son système comporte moins de méthodes que l'éventail complet prévu dans la Loi type. Pour décider quelles méthodes de passation de marchés prévoir dans sa législation, il doit procéder à un examen complet de sa situation. On peut également considérer que ces méthodes doivent comprendre des méthodes fondées sur l'appel d'offres pour tous les types de marchés autres que ceux passés en situation d'urgence ou portant sur des articles de très faible valeur (pour lesquels des méthodes moins structurées ou moins réglementées sont prévues dans la Loi type); les capacités acquises dans l'utilisation de ces méthodes permettront d'introduire ultérieurement d'autres méthodes avec négociations ou dialogue, notamment la demande de propositions.

7. Étant donné que certaines méthodes peuvent être considérées comme plus exposées que d'autres aux abus et à la corruption ou nécessitent des moyens plus importants pour bien fonctionner, les orientations ci-après concernant chaque méthode visent à aider les États adoptants à déterminer lesquelles conviennent à leur situation. Elles soulignent les questions que peut soulever l'utilisation de diverses méthodes de passation de marchés et les problèmes de capacité que chacune peut poser. Ces orientations peuvent également servir de référence aux personnes qui rédigent la réglementation et les textes explicatifs.

8. Dans la Loi type, le choix de la méthode de passation de marchés ne se fonde pas sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marchés et d'assurer la plus grande concurrence possible (voir art. 28-2 et **commentaire** s'y rapportant). Ces dispositions ont été rédigées de manière souple, en conciliant les besoins des emprunteurs, l'évolution constante des politiques et pratiques de passation des marchés et le développement des capacités.

9. Les États adoptants voudront déterminer si les accords internationaux auxquels ils sont parties ou les conditions fixées par les donateurs exigent d'adapter les conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type, comme on le verra en particulier dans le commentaire des méthodes fondées sur la demande de propositions. Par exemple, ils voudront peut-être tenir compte du fait que, dans le passé, les règlements de certaines banques multilatérales de développement ne prévoyaient pas de méthodes de passation de marchés telles que la demande de propositions avec dialogue ou les négociations avec appel à la concurrence, envisagées dans la Loi type. Ces donateurs multilatéraux n'ont inclus des méthodes de passation de marchés semblables à la demande de propositions sans

négociation ou avec négociations consécutives envisagée dans la Loi type que pour la passation de marchés de services de consultant (par exemple, des services consultatifs). La situation pouvant évoluer, les États adoptants—emprunteurs potentiels auprès des banques multilatérales de développement—devraient vérifier en temps opportun quelles politiques en matière de passation des marchés publics ces donateurs peuvent appliquer aux projets qu’ils financent.

3. Questions d’application et d’utilisation

10. Lorsqu’ils déterminent quelles méthodes de passation de marchés incorporer dans leur droit interne, les États adoptants devraient examiner en particulier si l’entité adjudicatrice possède le jugement et l’expérience nécessaires pour choisir celle qui convient parmi les différentes méthodes possibles et l’utiliser efficacement. On trouvera ci-après dans le **commentaire de l’article 28** et plus bas dans celui accompagnant chaque méthode de passation de marchés de plus amples indications sur le choix entre les différentes méthodes, soulignant les questions de capacité qui entrent en jeu.

11. Si les États adoptants considèrent qu’il leur serait utile de renforcer leurs capacités pour améliorer la qualité de la prise de décisions sur ces questions, ils devraient faire en sorte que les règlements, règles ou orientations émanant de l’organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité précisent en particulier comment sélectionner la méthode appropriée lorsque les conditions d’utilisation de plusieurs méthodes ou techniques s’appliquent. Ils voudront donc peut-être envisager de recourir à une classification des méthodes de passation de marchés et à des orientations sur le choix de la méthode appropriée selon les circonstances.

12. La note de bas de page accompagnant l’article 27 prévoit que “Les États peuvent décider d’exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l’approbation d’une autorité supérieure désignée”. Les questions liées à l’inclusion d’un tel mécanisme d’approbation *ex ante* sont examinées dans le commentaire sur l’**“Appui institutionnel”**, dans la première partie du présent *Guide*.

B. Commentaire par article

Article 27. Méthodes de passation des marchés

1. L’article 27 énumère toutes les méthodes et techniques de passation des marchés prévues dans la Loi type. Le paragraphe 1 dresse la liste des

méthodes disponibles et le paragraphe 2 mentionne une technique de passation de marchés appelée dans la Loi type procédure d'accord-cadre (voir la définition de l'article 2 e).

2. L'article 27 est accompagné d'une note de bas de page indiquant aux États adoptants qu'ils "pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article," et qu'"il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert". En d'autres termes, les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode de premier recours (ou méthode par défaut), parce que les procédures s'y rattachant contribuent le plus à la réalisation des objectifs de la Loi type, en appliquant les principes de concurrence, d'objectivité et de transparence (ce point est examiné plus avant dans le commentaire du chapitre III). L'entité adjudicatrice doit donc utiliser cette méthode à moins que d'autres méthodes de passation de marchés (que l'appel d'offres ouvert) ne se justifient. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 28, le principal moyen de justifier le recours à d'autres méthodes est de satisfaire aux conditions d'utilisation de celles-ci.

3. Bien qu'apparaissant au paragraphe 1 *i* en tant que méthode autonome, les enchères électroniques inversées peuvent également être utilisées comme une technique (comme les procédures d'accords-cadres mentionnées au paragraphe 2) en tant qu'étape finale précédant l'attribution du marché dans toute méthode de passation énumérée au paragraphe 1, ainsi que pour l'attribution de marchés au titre d'un accord-cadre (voir en outre le commentaire du chapitre VI).

4. Le paragraphe 2 mentionne la procédure d'accord-cadre. Celle-ci n'est pas une méthode de passation des marchés en soi mais une technique de passation de marchés consistant à attribuer un accord-cadre en recourant à l'une des méthodes énumérées au paragraphe 1 ou en concluant un accord-cadre ouvert, puis à passer des commandes sur la base de l'accord-cadre ainsi attribué (voir ci-après le commentaire du chapitre VII).

Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés

1. L'article 28 a pour objet de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la méthode adaptée aux circonstances d'une passation de marché déterminée.

2. Le paragraphe 1 pose la règle fondamentale selon laquelle l'appel d'offres ouvert est la méthode de passation de marchés par défaut. Son

utilisation n'est soumise à aucune condition, elle peut toujours être utilisée. L'appel d'offres ouvert étant la méthode par défaut, l'utilisation de toute autre méthode de passation de marchés doit être justifiée. On détermine pour cela si les conditions d'utilisation de cette autre méthode sont réunies. Le paragraphe 1 énonce donc la règle générale selon laquelle les autres méthodes ne peuvent être utilisées que si les conditions d'utilisation visées aux articles 29 à 31 de la Loi type le permettent. L'entité adjudicatrice n'a donc pas toute latitude pour choisir à son gré une méthode autre que l'appel d'offres ouvert: elle doit d'abord déterminer si une autre méthode peut être utilisée dans les circonstances de la passation de marchés. Les conditions d'utilisation contiennent des garanties visant en particulier à empêcher que des méthodes de passation de marchés moins structurées et moins réglementées ne soient utilisées pour éviter l'appel d'offres ouvert ou d'autres méthodes supposant certes des procédures plus longues mais offrant plus de transparence, d'objectivité et de concurrence.

3. Les conditions d'utilisation visent à prendre en compte les circonstances différentes souvent rencontrées pouvant justifier le recours à l'une des autres méthodes de passation de marchés. Par exemple, une des conditions justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (art. 29-1 *a*) est l'acquisition de produits extrêmement complexes disponibles auprès d'un nombre limité de fournisseurs. S'il est impossible ou malaisé de formuler au début de la procédure de passation de marchés une description complète (avec spécifications techniques) de l'objet du marché, un appel d'offres en deux étapes ou une demande de propositions avec dialogue peut convenir davantage. Si les aspects qualitatifs sont très importants (ce qui est souvent le cas de marchés de services de consultant (par exemple, des services consultatifs)), la demande de propositions sans négociations ou avec négociations consécutives peut être utilisée. Les négociations avec appel à la concurrence sont destinées à la passation de marchés touchant des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant ou passés en situations d'urgence, alors que la sollicitation d'une source unique ne peut se justifier que par les motifs objectifs énumérés (par exemple, les situations d'urgence ou dans lesquelles un seul fournisseur dans un secteur déterminé est en mesure de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice).

4. On trouvera dans les commentaires des procédures de chaque méthode de passation de marchés des orientations assorties d'explications sur les conditions d'utilisation de chacune des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert prévues dans la Loi type. On y trouvera également un examen de certaines des circonstances particulières dans lesquelles chaque méthode peut être utilisée et des précisions sur les procédures s'y rattachant (lesquelles peuvent influencer sur le choix de la méthode). Les conditions d'utilisation indiquent si telle ou telle méthode ou technique

de passation de marchés peut être utilisée pour une procédure de passation de marchés mais ne permettent pas à elles seules de déterminer si c'est la méthode ou la technique qui convient pour la procédure en question.

5. La principale raison pour laquelle les conditions d'utilisation ne fournissent pas d'indications complètes sur le choix de la méthode de passation de marchés est que les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes peuvent s'appliquer à une situation donnée (en plus de l'appel d'offres ouvert, qu'il est toujours possible d'utiliser). Seul un examen de l'ensemble des circonstances de la passation de marchés permet de déterminer quelle est la méthode appropriée ou la plus appropriée. C'est ce qui ressort du paragraphe 2 de l'article, qui exige que l'autre méthode choisie par l'entité adjudicatrice soit adaptée aux circonstances de la passation de marchés. Ces circonstances varieront d'une passation de marchés à l'autre et, comme il est indiqué plus haut dans l'**introduction de la présente section**, l'entité adjudicatrice devra posséder une connaissance, une expérience et des compétences professionnelles suffisantes pour choisir la méthode la plus adaptée aux circonstances de la passation de marché envisagée.

6. Par exemple, pour décider si elle doit recourir à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice doit déterminer si elle souhaite garder le contrôle de la solution technique lorsque l'objet du marché est relativement complexe. Si elle souhaite en garder le contrôle mais aussi préciser la description et les spécifications techniques communiquées au début de la procédure pour obtenir la meilleure solution en discutant avec les fournisseurs ou entrepreneurs, un appel d'offres en deux étapes conviendra probablement mieux qu'un appel d'offres ouvert (l'appel d'offres en deux étapes peut également être précédé d'une consultation permettant d'élaborer la description et les spécifications techniques initiales). Si l'entité adjudicatrice ne peut conserver ce contrôle ou considère non souhaitable de le faire, la demande de propositions avec dialogue conviendra. On considère généralement que la mise en œuvre de la demande de propositions avec dialogue, pour laquelle l'entité adjudicatrice doit pouvoir évaluer et vérifier différentes solutions et engager un dialogue sur les conditions techniques et commerciales, notamment le prix, exige davantage de moyens que celle de l'appel d'offres en deux étapes.

7. Le paragraphe 2 de l'article exige en outre que l'entité adjudicatrice "s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible" lorsqu'elle choisit la méthode de passation de marchés. En d'autres termes, la Loi type encourage la concurrence la plus large et la plus rigoureuse convenant aux circonstances de la passation de marchés. Dans ce contexte, la concurrence signifie que l'entité adjudicatrice doit premièrement privilégier la

sollicitation publique et sans restriction afin d'avoir le plus grand nombre possible de fournisseurs participants et deuxièmement éviter que la procédure ne limite le nombre de participants au point où ils ne sont plus suffisamment nombreux pour se faire effectivement concurrence.

8. L'obligation d'assurer la plus grande concurrence possible déterminera quelle est la méthode la plus appropriée parmi celles pouvant être utilisées dans certaines situations. Par exemple, dans les situations d'urgence suivant une catastrophe naturelle ou autre, la Loi type prévoit deux méthodes: les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes sont pratiquement identiques: elles exigent respectivement que l'objet du marché soit nécessaire "d'urgence" ou "d'extrême urgence" en raison d'une catastrophe, sous réserve dans les deux cas qu'il ne soit pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marchés en raison du temps que cela prendrait. On considère certes que par rapport aux autres méthodes de passation de marchés, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique réduisent la concurrence (ainsi que l'objectivité et la transparence), mais il est clair que la concurrence existe jusqu'à un certain point dans les négociations avec appel à la concurrence et qu'elle fait essentiellement défaut dans la sollicitation d'une source unique. C'est pourquoi le recours à la sollicitation d'une source unique ne se justifie que dans des cas d'extrême urgence, notamment pour faire face aux besoins apparaissant immédiatement après la catastrophe (par exemple, en eau potable, aide alimentaire d'urgence, abris de fortune ou besoins médicaux immédiats). D'autres besoins toujours directement liés à la catastrophe peuvent laisser suffisamment de temps pour recourir aux négociations avec appel à la concurrence plutôt qu'à la sollicitation d'une source unique (et plus on avance dans le temps, moins il est probable que l'une de ces deux méthodes soit utilisée, puisqu'on aura suffisamment de temps pour envisager d'autres méthodes). Le commentaire concernant ces deux méthodes traite de cette question ainsi que d'autres mesures pouvant être prises pour limiter les risques qu'elles présentent; le commentaire sur les accords-cadres décrit également l'utilisation de cette technique à titre de préparation aux situations d'urgence.

9. Le paragraphe 3 de l'article insiste sur la nécessité de justifier l'utilisation de méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert en exigeant que l'exposé des raisons et circonstances de ce choix soit versé au procès-verbal de la passation de marchés. Cette exigence figure également à l'article 25-1 *e*. La tenue de ce procès-verbal est d'une importance capitale car elle permet de conserver une trace des décisions concernées et, le cas échéant, de procéder à leur contrôle.

Articles 29 à 32: Conditions d'utilisation des méthodes et techniques de passation des marchés

Le commentaire des conditions d'utilisation de chaque méthode et technique de passation de marchés figure dans le commentaire des procédures de chacune d'entre elles. Il se présente comme suit:

- a) **Appel d'offres ouvert;**
- b) **Appel d'offres restreint;**
- c) **Demande de prix;**
- d) **Demande de propositions sans négociation;**
- e) **Appel d'offres en deux étapes;**
- f) **Demande de propositions avec dialogue;**
- g) **Demande de propositions avec négociations consécutives;**
- h) **Négociations avec appel à la concurrence;**
- i) **Enchère électronique inversée;**
- j) **Sollicitation d'une source unique; et**
- k) **Accords-cadres.**

Section II. Sollicitation et avis de passation de marchés

A. Introduction

1. Résumé

1. La section II du chapitre II, qui comprend les articles 33, 34 et 35 de la Loi type, établit les règles qui régissent la sollicitation pour chacune des méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type. Celle-ci dispose que la sollicitation publique et sans restriction constitue la règle générale. Une telle sollicitation est requise dans l'appel d'offres ouvert (chap. III), l'appel d'offres en deux étapes (art. 48), l'enchère électronique inversée (chap. VI) et l'accord-cadre ouvert (chap. VII). Elle est également la règle par défaut dans les méthodes de passation de marchés avec demande de propositions (art. 47, 49 et 50). D'autres méthodes de passation de marchés (appel d'offres restreint (art. 45), demande de prix (art. 46), négociations avec appel à la concurrence (art. 51) et sollicitation d'une source unique

(art. 52)) se caractérisent par la sollicitation directe, qui suppose l'envoi d'une invitation à participer à la procédure de passation de marchés à des fournisseurs et entrepreneurs identifiés par l'entité adjudicatrice. Le commentaire de chacune de ces méthodes prévoit cependant des garanties visant à assurer une participation et une concurrence effectives dans de telles passations de marchés.

2. Incorporation: considérations de politique générale et questions d'application et d'utilisation

2. Les questions touchant l'application et l'utilisation des dispositions sur la sollicitation sont étroitement liées aux questions de politique générale concernées. La principale condition d'une application et d'une utilisation efficaces est une explication claire et détaillée des questions de politique générale et de la manière dont celles-ci délimitent les éléments de discrétion dans la prise de décisions concernant les modalités de sollicitation. Pour cette raison, les considérations de politique générale et les questions d'application et d'utilisation sont examinées ensemble dans la présente section.

3. La règle par défaut dans la Loi type est la sollicitation publique et sans restriction, qui suppose une invitation publique à participer à la passation de marchés, l'envoi du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'avis et l'examen des qualifications et soumissions des fournisseurs et entrepreneurs présentant des offres ou autres soumissions.

4. Aux fins de promouvoir la transparence et la concurrence, la première caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction (voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 33) est l'énoncé des procédures minimales de publicité à appliquer pour solliciter des offres ou d'autres soumissions d'un public suffisamment large et assurer ainsi une concurrence effective. Ces procédures exigent que l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions paraisse dans une publication désignée dans les règlements en matière de passation des marchés. La publication doit être désignée dans les règlements en matière de passation des marchés et non dans la Loi type pour permettre une certaine souplesse si les procédures d'un État adoptant viennent à changer, pour fournir une source officielle d'informations concernant la passation des marchés et pour assurer la neutralité technologique en évitant toute référence à un média particulier. La Loi type ne régit ni les moyens de publication ni le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou les deux, comme indiqué dans le **commentaire de l'article 5**.

5. Étant donné que la Loi type a pour objectif de favoriser et d'encourager la participation internationale aux procédures de passation de marchés, la deuxième caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction est que l'invitation est également publiée internationalement, c'est-à-dire dans les médias diffusés internationalement. Ces procédures visent à garantir que l'invitation soit publiée de manière à être reçue et comprise par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. À cet égard, rien n'exige que l'invitation soit publiée dans une langue en particulier mais les dispositions prévoient implicitement qu'elle doit être publiée dans une langue la rendant accessible à l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels dans le contexte de la passation de marchés. Comme on l'a noté dans le **commentaire de l'article 13**, certaines banques multilatérales de développement exigent de publier l'invitation dans une langue d'usage courant dans le commerce international, ce qui peut en pratique supposer l'usage de l'anglais. L'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) contient des dispositions similaires, considérées comme une garantie importante pour ce qui est d'assurer la transparence et la concurrence. En adoptant les dispositions sur la sollicitation, les États adoptants voudront déterminer s'il est nécessaire de suivre les exigences des accords internationaux auxquels ils sont parties, ou les conditions fixées par les donateurs.

6. Il existe des exceptions à cette règle générale sur la publication internationale de l'invitation. La première concerne les cas où l'entité adjudicatrice passe un marché national et la seconde les marchés de faible valeur dont l'entité adjudicatrice estime qu'ils ne susciteront probablement pas l'intérêt de fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation internationale mais n'y est pas tenue. Toutefois, si des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers souhaitent participer (par exemple, s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés.

7. La première exception—passation d'un marché national—n'est possible, aux termes de l'article 8 de la Loi type, que pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (voir également le **commentaire de cet article**). La seconde exception—passation de marchés de faible valeur—repose en grande partie sur le jugement de l'entité adjudicatrice. Voir également dans l'**introduction du chapitre premier** le commentaire sur les seuils des marchés de faible valeur.

8. Les règles de publication énoncées par la Loi type sont des règles minimales. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger en outre que les entités adjudicatrices publient l'invitation à soumettre une offre par des moyens supplémentaires permettant au plus grand nombre

de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation de marchés. 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, elle peut inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation: cette approche est avantageuse en termes d'efficacité et de transparence.

9. L'exigence d'une sollicitation publique et sans restriction visée à l'article 33 ne s'applique pas à la préqualification mais ce n'est qu'un détail technique puisque l'article 18 sur la préqualification reproduit cette exigence au plus près (voir le **commentaire de l'article 18**). On assure donc également dans le cas d'une procédure de préqualification une large diffusion internationale auprès des fournisseurs et entrepreneurs potentiellement intéressés, comme dans une sollicitation publique et sans restriction. La procédure de préqualification n'est pas soumise à l'application de l'article 33 car lorsqu'il y a eu une procédure de préqualification, la sollicitation se déroule de manière différente: l'invitation à soumettre une offre ou à présenter des soumissions suit la procédure de préqualification et n'est communiquée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés, conformément aux dispositions de l'article 18.

10. Comme il est noté dans l'**introduction de la présente section**, la sollicitation directe est une caractéristique inhérente de certaines méthodes de passation de marchés; dans les méthodes pour lesquelles ce n'est pas le cas, le recours à la sollicitation directe peut être dicté par les circonstances de la passation de marchés, telles que la nécessité de protéger des informations classifiées. La Loi type prend en compte ces différences dans les articles 34 et 35. Elle prévoit une sollicitation directe dans plusieurs méthodes de passation de marchés: lorsque l'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs (appel d'offres restreint et demande de propositions en vertu des articles 34-1 *a* et 35-2 *a* respectivement); lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres ou d'autres soumissions seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché (appel d'offres restreint et demande de propositions, articles 34-1 *b* et 35-2 *b* respectivement); dans une procédure de demande de propositions mettant en jeu des informations classifiées (art. 35-2 *c*); dans une demande de prix (art. 34-2); dans des négociations avec appel à la concurrence (art. 34-3) et dans la sollicitation d'une source unique (art. 34-4). Dans tous les cas sauf la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence et la

sollicitation d'une source unique en situation d'urgence, la sollicitation directe doit être précédée d'un avis préalable de passation de marché, comme expliqué ci-après, afin d'apporter de la transparence au processus.

11. La sollicitation directe allant à l'encontre des objectifs de la Loi type—favoriser et encourager la libre participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et promouvoir la concurrence entre eux—, celle-ci exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans les procédures de demande de propositions (voir, par exemple, l'article 35-3). Avec l'exigence de l'avis préalable de passation de marché, examinée ci-après, cette disposition vise à accroître la transparence et la responsabilité lorsque la sollicitation directe est utilisée. Lorsque la passation de marché a lieu dans un marché concentré ou est répétitive, il convient d'évaluer la probabilité de collusion et d'en prendre note avant de décider de recourir à la sollicitation directe (c'est-à-dire en début de procédure), en gardant néanmoins à l'esprit que la concurrence peut être acharnée même sur des marchés très concentrés lorsque les participants se connaissent.

Avis préalable de passation de marchés

12. Les articles 34-5 et 35-4 visent à promouvoir la transparence et la responsabilité en ce qui concerne la décision de recourir à l'appel d'offres restreint, aux négociations avec appel à la concurrence, à la sollicitation d'une source unique et à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions, en exigeant de publier un avis de passation de marchés dans un média que l'État adoptant spécifie dans ses règlements en matière de passation des marchés. Est également pertinente à cet égard la règle des articles 28-3 et 35-3 (qui est d'application générale), lue conjointement avec les dispositions de l'article 25-1 *e*, qui impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la procédure de passation de marchés un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation de marchés et de la sollicitation directe dans les procédures de demande de propositions.

13. Ces dispositions prescrivent la publication d'un avis avant la sollicitation directe. Cet avis diffère donc de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre exigé en vertu de l'article 23 de la Loi type. (Voir à la sous-section précédente l'examen des médias et moyens de publication.)

14. Les informations à publier dans l'avis préalable de passation de marché constituent le minimum requis pour permettre au public d'exercer un contrôle

effectif et à des fournisseurs ou entrepreneurs lésés de former un éventuel recours en application du chapitre VIII de la Loi type. En particulier, le choix de la méthode de passation de marchés peut être contesté par tout fournisseur ou entrepreneur lésé si, par exemple, la sollicitation d'une source unique ou l'appel d'offres restreint ont été retenus au motif qu'un fournisseur ou entrepreneur ou un petit groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvaient fournir l'objet du marché. Tout autre fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché peut contester le choix de la méthode de passation de marchés en se fondant sur les informations figurant dans l'avis de passation de marchés. En vertu du chapitre VIII, il pourra le faire avant la date limite de présentation des soumissions et la procédure de passation de marchés pourrait alors être suspendue. Comme il est indiqué dans le commentaire du chapitre VIII, afin d'éviter les recours abusifs pouvant être extrêmement néfastes lorsqu'ils sont introduits en dernière minute, le fournisseur ou entrepreneur doit démontrer que ses intérêts ont été affectés ou ont pu l'être au moment considéré: il peut, par exemple, être amené à démontrer qu'il avait réellement l'intention de participer dans les circonstances décrites ci-dessus (par exemple, en présentant un projet d'offre ou autre soumission).

15. L'exigence de l'avis préalable de passation de marché dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de proposition, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique est essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'assurer la transparence. Avec les dispositions du chapitre VIII, elle permet aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation—et les y encourage—au début de la procédure de passation de marchés et non à la fin, lorsqu'une réparation peut être impossible ou coûteuse pour le public, les possibilités de recours étant donc limitées.

16. L'exigence de la publication d'un avis préalable de passation de marché ne s'applique pas à la procédure de demande de prix, étant donné que les conditions d'utilisation de cette méthode, très restrictives, limiteront toute utilisation excessive ou abusive. Elle ne s'applique pas non plus aux négociations avec appel à la concurrence ni à la sollicitation d'une source unique lorsque ces méthodes sont utilisées dans des situations d'urgence ou d'extrême urgence dues à des événements catastrophiques (c'est-à-dire dans les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation de marchés visées aux articles 30-4 *a* et *b* et 30-5 *b*). Dans une situation normale où l'avis préalable est en principe exigé, une exemption peut toutefois s'appliquer en vertu de l'article 24 (confidentialité), en particulier dans le cas d'une passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées. (Pour des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, voir **l'examen des informations classifiées dans la première partie** du présent

Guide et dans l'**introduction du chapitre premier**, ainsi que le commentaire des articles 2, 24 et 25.)

B. Commentaire par article

Articles 33 à 35: La sollicitation dans chaque méthode de passation de marchés

Le commentaire sur les questions de sollicitation dans chaque méthode de passation de marchés figure dans le commentaire des procédures de chacune d'elles. Il se présente donc comme suit:

- a) **Appel d'offres ouvert;**
- b) **Appel d'offres restreint;**
- c) **Demande de prix;**
- d) **Demande de propositions sans négociation;**
- e) **Appel d'offres en deux étapes;**
- f) **Demande de propositions avec dialogue;**
- g) **Demande de propositions avec négociations consécutives;**
- h) **Négociations avec appel à la concurrence;**
- i) **Enchère électronique inversée;**
- j) **Sollicitation d'une source unique; et**
- k) **Accords-cadres.**

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

A. Introduction

1. *Résumé*

1. L'appel d'offres ouvert est largement reconnu comme étant en général la méthode de passation de marchés la plus efficace pour ce qui est de promouvoir les objectifs de la Loi type, énoncés dans son Préambule. La Loi type en fait donc la méthode de passation de marchés par défaut dans les circonstances autres que celles décrites aux articles 29, 30, 31 et 32. Les principales caractéristiques de l'appel d'offres ouvert sont la sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; une description et une spécification complètes de l'objet du marché dans le dossier de sollicitation, donnant aux fournisseurs et entrepreneurs une base commune pour préparer leurs offres; la communication aux fournisseurs ou entrepreneurs de l'ensemble des critères à utiliser pour évaluer et comparer les offres et sélectionner l'offre à retenir; l'interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la teneur de leurs offres; l'ouverture publique des offres à la date limite de soumission; et la divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent faire respecter ces conditions, le cas échéant, au moyen du mécanisme de contestation prévu au chapitre VIII de la Loi type.

2. À quelques exceptions près, les dispositions sur l'appel d'offres ouvert sont applicables en vertu de la Loi type aux procédures d'appel d'offres restreint et d'appel d'offres en deux étapes visées respectivement aux articles 45 et 48. Les orientations fournies dans la présente section devraient donc également être prises en compte pour ces méthodes de passation de marchés.

2. *Incorporation: considérations de politique générale*

3. Comme il est expliqué dans la note de bas de page accompagnant l'article 27, la Loi type exige que l'appel d'offres ouvert soit toujours incorporé dans le droit interne, ce qui montre que les principales caractéristiques de cette méthode de passation de marchés, décrites ci-dessus dans le résumé,

en font le moyen le plus efficace de promouvoir les objectifs de la Loi type. Sous réserve de toute modification nécessaire pour assurer la cohérence de la législation de l'État adoptant, il est donc recommandé d'incorporer intégralement dans le droit interne les règles de sollicitation de l'article 33 concernant l'appel d'offres ouvert et les procédures des articles 36 à 44.

3. *Questions d'application et d'utilisation*

4. Dans les règlements, règles ou orientations sur l'emploi de la méthode, l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devrait souligner l'importance des principales caractéristiques énoncées plus haut dans le résumé, les avantages de la méthode et les incidences de la règle de l'article 28 selon laquelle l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres ouvert sauf si le recours à une autre méthode de passation de marchés se justifie. Il apparaît dès lors que l'utilisation d'autres méthodes est censée être l'exception et non la règle.

5. Outre les orientations recommandées ci-après dans le commentaire par article, les dispositions générales du chapitre premier sont fondamentales pour ce qui est d'assurer le bon fonctionnement de l'appel d'offres ouvert.

B. **Commentaire par article**

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres ouvert (article 28-1)

L'utilisation de l'appel d'offres ouvert n'est soumise à aucune condition. L'article 28-1 dispose que l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché sauf si les conditions d'utilisation d'une autre méthode de passation de marchés visées aux articles 29 à 31 de la Loi type sont réunies. L'appel d'offres ouvert est donc la méthode de passation de marchés par défaut et peut être utilisé pour toute passation de marché.

Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert (articles 33 et 36 à 39)

1. La sollicitation dans une procédure d'appel d'offres ouvert est régie par l'article 33, qui fait de la sollicitation publique, internationale et sans restriction la règle par défaut (pour une explication plus détaillée de ce concept, voir le **commentaire de la section II du chapitre II**). L'obligation d'une telle sollicitation publique et sans restriction ne souffre d'aucune exception. Si une procédure de préqualification précède l'appel d'offres ouvert, comme le permet l'article 18, elle garantit une sollicitation publique et sans restriction puisqu'elle exige de publier selon les modalités prescrites pour une

invitation à l'appel d'offres ouvert une invitation à participer à la procédure de préqualification. Le principe de la sollicitation publique et sans restriction est donc préservé, même si la sollicitation qui suit la procédure de préqualification n'est adressée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

2. L'article 33-4 prévoit quelques exceptions à l'exigence de sollicitation internationale, uniquement dans le cas de marchés nationaux ou de faible valeur, comme il est expliqué dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. Dans tous les autres cas, l'invitation à participer à l'appel d'offres doit donc être publiée dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés et au niveau international dans une publication garantissant un accès effectif des fournisseurs et entrepreneurs situés à l'étranger.

Article 36. Procédures de sollicitation des offres

L'article 36 applique les dispositions de l'article 33 à la sollicitation dans un appel d'offres ouvert. La principale exigence est que la sollicitation publique, internationale et sans restriction soit la règle par défaut, selon l'explication de ce concept dans le commentaire ci-dessus.

Article 37. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 37 exige que les invitations à soumettre une offre contiennent tous les renseignements dont les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin pour déterminer si l'objet du marché est d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Les renseignements exigés constituent le minimum requis, de sorte que l'entité adjudicatrice peut en ajouter d'autres si elle le juge approprié.

Article 38. Communication du dossier de sollicitation

1. Le dossier de sollicitation vise à fournir aux fournisseurs ou entrepreneurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et à les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres ouvert. L'article 38 a pour objet de garantir que tous les fournisseurs ou entrepreneurs s'étant dits intéressés à participer à la procédure d'appel d'offres ouvert, ayant accompli les procédures fixées par l'entité adjudicatrice et répondant aux exigences qu'elle a fixées reçoivent le dossier de sollicitation. Ces procédures et exigences doivent être énoncées dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 37 et peuvent porter notamment sur des questions telles que les modalités d'obtention du dossier

de sollicitation, le lieu où il peut être obtenu, le prix demandé, les modalités de paiement et la monnaie, mais aussi sur la question plus fondamentale visée à l'article 37 *d*, selon lequel la participation à la procédure de passation de marchés peut être limitée conformément à l'article 8 (avec pour conséquence que les fournisseurs ou entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure ne pourront obtenir le dossier de sollicitation visé à l'article 38).

2. L'inclusion d'une disposition concernant le prix à demander pour le dossier de sollicitation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer, par exemple, les frais d'impression et de distribution du dossier, tout en évitant un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs remplissant les conditions requises de participer à la procédure d'appel d'offres ouvert. Cette disposition n'est pas censée permettre de recouvrer des coûts de développement (notamment des frais de consultants et de publicité). Le prix demandé devrait se limiter au coût réel de la mise à disposition du dossier.

3. Cette disposition, qui figure dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte similaire, peut être considérée comme énonçant une bonne pratique destinée à empêcher l'entité adjudicatrice de demander un prix excessif pour le dossier de sollicitation. Il convient d'examiner avec soin les incidences négatives que peuvent avoir de tels coûts sur la participation de fournisseurs ou entrepreneurs, en particulier de petites et moyennes entreprises, et sur les prix que proposeront finalement ceux participant à la passation de marché. Les États adoptants voudront peut-être prévoir une disposition expresse en ce sens dans les règlements en matière de passation des marchés visés à l'article 4.

Article 39. Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 39 énumère les renseignements que doit contenir au minimum le dossier de sollicitation. Ces renseignements permettent aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et d'assurer que celle-ci peut comparer les offres de manière objective et équitable. De nombreux éléments énumérés à l'article 39 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type, notamment l'article 9 sur les qualifications, l'article 10 sur la description de l'objet du marché et les conditions du marché (ou de l'accord-cadre) et l'article 11 sur les critères et procédures d'évaluation. Il est utile que l'article énumère les renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, notamment ceux dont l'inclusion est expressément prévue ailleurs dans la Loi type, car cela permet aux entités adjudicatrices de s'en servir comme "liste de contrôle" en préparant le dossier. L'entité adjudicatrice doit toutefois déterminer au cas par cas si tous ces renseignements sont nécessaires: certains (notamment ceux visés aux

alinéas *i*, *j* et *s* peuvent ne pas l'être s'il s'agit d'un marché national (voir le **commentaire de l'article 8**) ou, en ce qui concerne l'alinéa *g*, si la présentation d'offres partielles n'est pas autorisée.

2. Une première catégorie de renseignements énumérés à l'article 39 concerne l'objet et les conditions du marché (al. *b* à *f* et *w*). Ces dispositions visent à fournir à tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels suffisamment de renseignements sur les exigences de l'entité adjudicatrice concernant les fournisseurs ou entrepreneurs, l'objet du marché, les conditions de livraison et d'autres conditions du marché (ou de l'accord-cadre). Ces renseignements sont essentiels pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer s'ils ont les qualifications, compétences et capacités requises pour exécuter le marché en question. La quantité exacte des biens doit généralement être précisée en vertu de l'alinéa *d* mais si une procédure d'appel d'offres est utilisée pour attribuer un accord-cadre, l'entité adjudicatrice ne pourra indiquer au début de la passation de marché qu'une quantité estimative, ce que lui permettent les dispositions du chapitre VII de la Loi type (on trouvera ci-après, dans le **commentaire des dispositions pertinentes du chapitre VII**, des indications supplémentaires). La "formule de contrat" visée à l'alinéa *e* est liée aux formalités mentionnées à l'alinéa *w* de cet article: alors qu'en vertu de l'alinéa *w*, l'entité adjudicatrice peut préciser qu'un marché doit être conclu par écrit, elle sera tenue en vertu de l'alinéa *e* de préciser également, le cas échéant, si un contrat standard doit être signé (celui-ci pouvant lui-même préciser, par exemple, des conditions de livraison, une période de garantie ou un calendrier de paiement standard).

3. La deuxième catégorie de renseignements concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (al. *a*, *g* à *p* et *u*, tels que les modalités, le lieu et la date limite de présentation des offres, notamment les modalités de formulation du prix). Ces dispositions visent à réduire le risque que des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés soient désavantagés ou que leurs offres soient rejetées par manque de clarté sur la manière d'établir les offres.

4. La Loi type tient compte du fait que, dans le cas de marchés pouvant être scindés en deux éléments distincts ou plus (par exemple, l'acquisition de différents types d'appareils de laboratoire ou d'une centrale hydroélectrique comportant la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice peut vouloir permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre des offres pour l'ensemble du marché ou pour une ou plusieurs parties de celui-ci. L'entité adjudicatrice peut ainsi maximiser l'économie en achetant à un seul fournisseur ou entrepreneur ou à plusieurs, selon que l'une ou l'autre solution s'avère plus rentable. Autoriser les offres partielles peut aussi favoriser la participation de petites et moyennes entreprises qui peuvent ne pas être à même de soumettre une offre d'ensemble. L'article 39 *g* vise donc à permettre les offres partielles et à rendre la phase

d'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, puisque l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à diviser l'ensemble du marché en marchés distincts comme bon lui semble après la soumission des offres.

5. D'autres renseignements visés à l'article 39 (al. *b*, *c* et *q* à *s*) portent en particulier sur les modalités de vérification des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs et d'examen et d'évaluation des offres, et sur les critères applicables; ces renseignements sont nécessaires pour assurer la transparence et l'équité de la procédure d'appel d'offres. Il convient toutefois d'évaluer la pertinence des renseignements visés à l'alinéa *s* en cas de passation d'un marché national (voir par. 1 de la présente section).

6. Les renseignements visés aux alinéas *t* et *v* reflètent le principe général de transparence qui sous-tend la Loi type: ils informent les fournisseurs et entrepreneurs du cadre juridique applicable à la passation des marchés publics dans l'État adoptant en général et des règles particulières pouvant s'appliquer à la procédure de passation de marchés en question (par exemple, si des informations classifiées sont en jeu); ils les informent également des possibilités de former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice, leur indiquant notamment si un délai précis (délai d'attente) est fixé pour leur permettre de contester les décisions et mesures prises par l'entité adjudicatrice concernant l'examen et l'évaluation des offres avant l'entrée en vigueur du marché. L'endroit où les lois et règlements applicables peuvent être consultés, mentionné à l'alinéa *t*, désigne non pas un lieu physique mais la publication officielle ou le portail où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour (voir le **commentaire de l'article 5**).

7. L'article n'énumère que les renseignements qui doivent être fournis au minimum. L'entité adjudicatrice peut décider d'en ajouter d'autres.

8. L'ensemble des éléments énumérés à l'article 39, complétés par ceux énumérés à l'article 37 (teneur de l'invitation à soumettre une offre), constituent des conditions de la sollicitation. Tous peuvent être contestés en vertu du chapitre VIII de la Loi type avant l'expiration du délai de présentation des soumissions.

Procédures de l'appel d'offres ouvert (articles 40 à 44)

Article 40. Présentation des offres

1. Le paragraphe 1 assure le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le mode, le lieu et la date

limite de soumission des offres soient spécifiés dans le dossier de sollicitation (l'article 2 définit le dossier de sollicitation comme englobant les modifications qui y sont apportées). Cette exigence est développée à l'article 14, qui énonce les règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions. Des garanties particulières sont prévues dans cet article ainsi qu'à l'article 15-3 pour tenir compte des cas où des modifications sont apportées aux informations initialement publiées concernant la procédure de passation de marchés. Si ces modifications rendent les informations initiales substantiellement inexactes, entraînant des conséquences similaires à celles décrites dans le **commentaire de l'article 15-3**, les informations modifiées doivent être publiées de la même manière et au même endroit que les informations originales. Conformément aux articles 14-5 et 15-2, toute modification des informations initialement publiées concernant la passation de marchés, notamment toute prolongation du délai de présentation des soumissions, doit également être notifiée à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice peut également décider de publier les informations modifiées dans le même média que l'avis initial. (Voir également le commentaire des articles 14 et 15.)

2. Le paragraphe 2 contient des exigences spécifiques concernant la forme et les modalités de présentation des offres, qui complètent les conditions générales de forme et de moyens de communication énoncées à l'article 7 (voir le **commentaire de cet article**). Il dispose que les offres doivent être présentées par écrit et signées et que leur authenticité, leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité doivent être préservées. L'exigence de l'"écrit" vise à assurer la conformité avec la condition de forme énoncée à l'article 7-1 (les offres doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement). L'exigence de la "signature" vise à assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs présentant une offre s'identifient et confirment qu'ils approuvent la teneur de leur offre avec suffisamment de crédibilité. L'exigence d'"authenticité" vise à donner le niveau approprié d'assurance qu'une offre présentée par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice est définitive et fait foi, qu'elle ne peut être annulée et qu'elle permet de remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise. Avec les exigences de l'"écrit" et de la "signature", elle vise donc à établir de manière tangible l'existence et la nature de l'intention des fournisseurs ou entrepreneurs présentant les offres d'être liés par les informations qui y figurent. La preuve ainsi donnée sera conservée à des fins d'enregistrement, de contrôle et d'audit. Les exigences de "sécurité", d'"intégrité" et de "confidentialité" des offres visent à assurer que les informations figurant dans les offres présentées ne pourront être modifiées, complétées ni manipulées ("sécurité" et "intégrité"), qu'on ne pourra y accéder

avant le moment prévu pour l'ouverture publique et qu'ensuite seules les personnes autorisées pourront y accéder, aux seules fins prescrites et conformément aux règles ("confidentialité").

3. Dans un environnement papier, toutes les exigences décrites au paragraphe précédent du présent *Guide* sont respectées par les fournisseurs ou entrepreneurs, qui présentent à l'entité adjudicatrice, dans une enveloppe scellée, des offres partielles ou non, présumées dûment signées et authentifiées (sous peine d'être rejetées à l'ouverture), et par l'entité adjudicatrice, qui garde les enveloppes scellées jusqu'au moment de leur ouverture publique. Dans un environnement sans papier, ces mêmes exigences peuvent être satisfaites par différentes normes et méthodes pour autant que celles-ci donnent au moins le même degré d'assurance que les offres présentées sont effectivement écrites, signées et authentifiées et que leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité sont préservées. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés devraient établir des règles claires concernant les conditions pertinentes et, si nécessaire, des équivalents fonctionnels pour l'environnement sans papier. Il convient de se garder de lier les obligations juridiques à un stade déterminé de développement technologique. Le système doit au moins garantir que nul ne peut avoir accès à la teneur des offres entre leur réception par l'entité adjudicatrice et le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit également 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 marchés. 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-avantages. Il convient en outre de se garder 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. Ces questions ainsi que d'autres devront être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés. (Pour un examen général des questions que pose la passation des marchés en ligne, voir le

commentaire sur les “**Questions spécifiques liées à l’application et à l’utilisation de la passation des marchés en ligne**”, dans la première partie du présent *Guide*.)

4. Le paragraphe 2 *b* dispose que l’entité adjudicatrice doit délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l’heure de réception de leur offre. Dans un environnement papier, elle le fait généralement au moyen d’une confirmation écrite que l’offre a été reçue, avec un timbre indiquant le jour, l’heure et le lieu de réception. Dans un environnement sans papier, cette opération devrait se faire automatiquement. Dans les situations où le système de réception des offres ne permet pas d’établir avec précision le moment de la réception, l’entité adjudicatrice peut avoir besoin d’une certaine latitude pour fixer le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres présentées doit être enregistré. Toutefois, cette marge de manœuvre doit être réglementée par référence aux normes juridiques applicables au commerce électronique pour éviter les abus et assurer l’objectivité. Quelle que soit la méthode utilisée pour consigner la date et l’heure dans une passation de marché donnée, elle doit être précisée dans le dossier de sollicitation dès le début de la procédure. Moyennant ces garanties, la certification de la réception par l’entité adjudicatrice devrait être irréfutable. Si la soumission d’une offre échoue avant la réception, en particulier à cause des mesures de protection prises par l’entité adjudicatrice pour empêcher que le système ne soit endommagé par suite de la réception d’une offre, on la considèrera comme non avenue, en application de la règle générale selon laquelle la soumission des offres se fait au risque des fournisseurs et entrepreneurs. Les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres ne peuvent être reçues par le système de l’entité adjudicatrice devraient en être immédiatement informés pour pouvoir, si possible, soumettre à nouveau leurs offres avant l’expiration du délai de soumission. Aucune nouvelle soumission ne peut être permise après l’expiration du délai.

5. Le paragraphe 2 *c* soulève les questions examinées plus haut concernant la sécurité, l’intégrité et la confidentialité des offres présentées. À la différence du sous-alinéa *a ii*, il ne contient pas d’exigence quant à l’authenticité des offres (la question ne se pose qu’à la présentation des offres). On présume que dès réception d’une offre par l’entité adjudicatrice à la date et à l’heure enregistrées conformément au paragraphe 2 *b* de cet article, l’authenticité a déjà été assurée de manière satisfaisante.

6. Il est admis que des défaillances inévitables des systèmes automatisés peuvent empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite. La Loi type laisse aux règlements en matière de passation de marchés ou à d’autres règlements appropriés le soin de traiter cette question. L’article 14-4 dispose que l’entité adjudicatrice peut à son gré,

avant la date limite de présentation des offres, reporter cette date si en raison de circonstances indépendantes de leur volonté un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent soumettre leur offre dans les temps. En pareil cas, elle doit notifier promptement tout report de la date limite à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel elle a adressé le dossier de sollicitation (voir art. 14-5 de la Loi type). Par conséquent, en cas de défaillance, l'entité adjudicatrice doit déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour poursuivre la passation de marchés et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des offres. Toutefois, si elle établit qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la passation de marchés, elle peut l'abandonner et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances de systèmes automatisés dues à des actes irréfléchis 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 type.

7. La règle du paragraphe 3 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, l'intégrité du processus et la confiance en celui-ci. En autorisant l'examen d'offres présentées après l'ouverture d'autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur d'autres offres avant de soumettre la leur, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix et favoriser la collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Une telle situation serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et au bon déroulement du processus d'ouverture des offres. Les dispositions exigent donc que les offres tardives ne soient pas ouvertes et soient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Les États adoptants peuvent exiger que la soumission d'offres tardives soit mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés en vertu de l'article 25-1 w.

*Article 41. Période de validité des offres; modification
et retrait des offres*

1. L'article 41 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.
2. Il importe de toute évidence que la période de validité des offres soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas réaliste de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité généralement

applicable, visant à répondre aux besoins de la plupart des procédures d'appel d'offres, voire de toutes. Une telle solution serait inefficace car dans de nombreux cas cette période serait plus longue que nécessaire. Une période de validité trop longue risquerait d'entraîner une augmentation du prix des offres, puisque les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des coûts et des risques auxquels ils seraient exposés durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de faire face aux retards pris dans la procédure d'appel d'offres en demandant une prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu—risque qui les dissuaderait de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, le même paragraphe dispose qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas de garantie portant sur la période supplémentaire de validité de l'offre est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre. Dans ce cas, la validité de son offre prend fin à l'expiration de la période de validité initiale indiquée dans le dossier de sollicitation.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 15 concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de réagir à une clarification ou à une modification du dossier ou à toute autre circonstance en modifiant leur offre si nécessaire ou en la retirant s'ils en décident ainsi. Cette règle favorise la participation tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains États, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement si le dossier de sollicitation le précise. (Voir aussi le [commentaire de l'article 48](#).)

Article 42. Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 vise à éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de celles-ci. Un tel délai

pourrait donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priverait les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au minimum les risques de tels comportements fautifs en soumettant leur offre à la dernière minute, juste avant l'ouverture des offres.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres ou à leurs représentants de participer à l'ouverture des offres. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent participer en personne ou de toute autre manière conforme aux dispositions de l'article 7 de la Loi type. Conformément à ces exigences, qui correspondent à celles d'autres instruments internationaux traitant de la même question, les moyens de communication pouvant être utilisés lors de toute réunion avec les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être couramment utilisés et garantir que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer pleinement et en direct aux réunions (pour un examen des exigences pertinentes, voir le **commentaire de l'article 7-4**).

3. L'ouverture des offres constitue une réunion aux fins de l'article 7-4. Les fournisseurs et entrepreneurs doivent donc pouvoir suivre virtuellement l'ouverture des offres (oralement ou par écrit). L'expression "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 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 leur être communiquées suffisamment tôt pour leur permettre, conformément aux dispositions de l'article 7-4, de participer à l'ouverture des offres.

4. Les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (lieu, manière, moment et procédures) devraient également permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'être présents physiquement ou virtuellement, compte tenu de facteurs tels que le décalage horaire, la nécessité de prévoir, outre le lieu physique d'ouverture des offres, des moyens d'assurer la participation de ceux qui ne peuvent être présents en personne ou la possibilité de choisir un lieu virtuel.

5. La règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres d'assister à

l'ouverture des offres ou à s'y faire représenter contribue à la transparence de la procédure d'appel d'offres. Elle permet aux fournisseurs et entrepreneurs de constater que la législation et la réglementation des marchés sont respectées et contribue ainsi à promouvoir la confiance en le fait que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou infondée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 exige qu'à l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, soient annoncés aux personnes présentes. À ces mêmes fins, il dispose également que ces renseignements doivent être communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres.

6. En cas d'ouverture automatisée des offres, l'État adoptant doit être conscient de la nécessité de mettre en place des garanties supplémentaires pour assurer la transparence et l'intégrité du processus d'ouverture. Le système doit garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès de lui auront le droit d'y fixer ou d'y modifier le moment de l'ouverture des offres conformément au paragraphe 1 de cet article, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres. Seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au moment fixé. L'État adoptant peut exiger qu'au moins deux personnes autorisées procèdent par une action simultanée à l'ouverture des offres. Dans ce contexte, l'expression "action simultanée" signifie que les personnes autorisées désignées devraient ouvrir à peu près en même temps les mêmes parties d'une offre, en enregistrant le moment de l'ouverture. Il est souhaitable qu'avant l'ouverture, le système confirme la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté. Les personnes autorisées devraient être priées de vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et de s'assurer qu'elles ont été soumises dans les délais.

7. 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 un logiciel malveillant. Le système doit également être configuré de manière à permettre de retracer toutes les 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 celles-ci. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à prendre connaissance de leur teneur et de leurs données (par exemple, les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation de marchés) y auront accès par la suite. Ces questions et les questions techniques qui s'y rapportent devraient être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés et d'autres règlements de l'État adoptant.

Article 43. Examen et évaluation des offres

1. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 43 régissent l'examen des offres, qui consiste à vérifier les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté des offres, évaluer la conformité de leurs offres ("examen") et déterminer s'il existe un motif de rejeter des offres conformément au paragraphe 2 de l'article. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 10 et 39 *q*, les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés de l'ensemble des critères et de la procédure d'examen dès le début de la procédure de passation de marchés.
2. Le paragraphe 1 énonce les règles à suivre pour déterminer si une offre est conforme et permettre de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs, ou des erreurs ou omissions qui peuvent être corrigées sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts mineurs, erreurs ou omissions comprennent tout écart ne modifiant pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences énoncées dans le dossier de sollicitation.
3. En permettant à l'entité adjudicatrice d'examiner des offres comportant des écarts mineurs ou des erreurs ou omissions pouvant être corrigées sans modifier l'offre quant au fond (par. 1 *b* de l'article), on favorise la participation à la procédure d'appel d'offres et la concurrence, ainsi qu'un traitement plus équitable des fournisseurs et entrepreneurs qui commettent des erreurs techniques mineures. Si ce n'était pas le cas, l'entité adjudicatrice pourrait devoir faire face à des conséquences indésirables telles que le rejet de la meilleure offre soumise par le fournisseur ou l'entrepreneur le plus qualifié, pour un motif que l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) qualifie d'"erreurs de forme involontaires".
4. Cependant, une correction d'erreur ou d'omission ne peut en aucun cas entraîner une modification de fond des soumissions. En particulier, on ne peut apporter une modification qui rendrait conforme une soumission non conforme. Un État adoptant voudra peut-être fournir dans les règles et orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité des exemples de modifications faisant qu'un fournisseur ou entrepreneur non qualifié deviendrait qualifié ou une soumission non conforme deviendrait conforme.
5. Le paragraphe 1 *b* de l'article ne concerne pas les erreurs purement arithmétiques, qui doivent être corrigées par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 16-2 (voir le **commentaire s'y rapportant**), mais renvoie à une conception plus large des erreurs et corrections. Les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés émanant de l'organisme

chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité doivent traiter des différences entre ces deux notions en renvoyant à des exemples concrets.

6. Le paragraphe 1 *b* dispose que les écarts mineurs et les erreurs et omissions doivent être quantifiés dans la mesure du possible. Ils doivent dûment être pris en compte lors de l'examen et de l'évaluation des offres, de façon que celles-ci puissent être comparées objectivement et équitablement.

7. Dans la pratique, l'application du paragraphe 1 *b* donnera probablement lieu à une procédure de clarification en vertu de l'article 16, afin d'aider l'entité adjudicatrice à déterminer s'il y a erreur, omission ou écart et à en évaluer l'ampleur. L'article 16 interdit toute négociation avec un fournisseur ou entrepreneur dans un tel processus. Dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, cette interdiction est renforcée par l'interdiction à l'article 44 de toute négociation avec un fournisseur ou entrepreneur concernant une offre présentée par celui-ci (voir ci-après le **commentaire de l'article 44**).

8. Comme c'est le cas avec la correction des erreurs arithmétiques visées sous l'article 16 (voir le **commentaire s'y rapportant**), l'application du paragraphe 1 *b* peut donner lieu à des pratiques discriminatoires. L'État adoptant doit donc prévoir des garanties procédurales pour réduire les risques de telles pratiques, par exemple, en imposant à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la passation d'un marché les écarts mineurs, erreurs ou omissions relevées lors du processus d'examen et d'évaluation et les mesures prises à leur sujet. Toute décision découlant de l'application de ce paragraphe sera susceptible de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

9. Comme il est noté dans le **commentaire de l'article 16**, la Loi type et le présent *Guide* ne prétendent pas traiter exhaustivement toutes les questions que posent les erreurs ou omissions dans les soumissions et les éventuelles clarifications et corrections apportées par l'entité adjudicatrice ou par un fournisseur ou entrepreneur. Certaines de ces questions peuvent être réglées par le droit des contrats d'un État adoptant ou par un accord international auquel l'État adoptant est partie, tel que l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*).

10. Le paragraphe 2 énumère les motifs de rejet des offres. La liste est exhaustive et ne mentionne que les motifs expressément prévus par la Loi type. Le motif visé à l'alinéa *a*—absence des qualifications requises—est à rapprocher de l'article 9, qui énonce les exigences concernant les qualifications et les motifs de disqualification. Le motif visé à l'alinéa *b*—refus du fournisseur ou entrepreneur d'accepter la correction d'une erreur

arithmétique — doit se lire conjointement avec les dispositions de l'article 16, qui permettent à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques et lui imposent d'en aviser le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre concernée. Comme il est noté dans le **commentaire de l'article 16**, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, aucun autre échange entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur concernant l'erreur arithmétique corrigée ne devrait être autorisé: si le fournisseur ou entrepreneur concerné n'accepte pas la correction, son offre est rejetée. Le motif visé à l'alinéa *c* — non-conformité de l'offre — doit être interprété à la lumière de l'article 10 et du paragraphe 1 de l'article, qui fixent le cadre juridique dans lequel l'entité adjudicatrice doit se prononcer sur la conformité des offres. Les motifs visés à l'alinéa *d* découlent de l'article 20, qui autorise l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse, et de l'article 21, qui lui impose d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts.

11. Les paragraphes 3 et 4 régissent l'évaluation des offres, c'est-à-dire la comparaison de toutes les offres non rejetées à l'issue de l'examen. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 11 et 39 *r* et le paragraphe 3 *a* de cet article, les offres conformes sont évaluées selon les critères d'évaluation indiqués préalablement et conformément aux procédures d'évaluation indiquées préalablement. Comme le rappelle le paragraphe 3 *b* de l'article, l'offre à retenir peut être l'offre au prix le plus bas ou l'offre jugée la plus avantageuse. Conformément à l'article 11-5 *a* de la Loi type, il convient de préciser au début de la passation de marchés, dans le dossier de sollicitation, si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix seulement ou sur la base du prix et d'autres critères, ce paramètre ne pouvant être modifié ultérieurement.

12. La règle du paragraphe 4, selon laquelle les prix soumis sont convertis dans une seule monnaie aux fins de la comparaison et de l'évaluation des offres, vise à renforcer la justesse et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice. Cette monnaie doit être précisée dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 39 *s*, de même que le taux de change applicable ou la méthode à utiliser pour le déterminer. Ces dispositions peuvent ne pas être pertinentes en cas de passation de marchés nationaux.

13. Le paragraphe 5 permet à l'entité adjudicatrice de prier le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue de confirmer ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation de marchés de longue durée, où l'entité adjudicatrice voudra peut-être s'assurer que les renseignements concernant les qualifications soumis antérieurement restent valables. Le recours à la confirmation est discrétion-

naire puisque son utilité dépend des circonstances de chaque procédure d'appel d'offres.

14. Pour que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 6 exige que l'offre soit rejetée si le fournisseur ou l'entrepreneur ne confirme pas ses qualifications et établit la procédure que l'entité adjudicatrice doit suivre pour choisir une autre offre en pareil cas. Ce paragraphe réaffirme également que l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner la passation de marché dans de tels cas, ce qui constitue une garantie essentielle contre les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs.

*Article 44. Interdiction des négociations avec les fournisseurs
ou entrepreneurs*

L'article 44 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à propos d'une offre soumise par celui-ci. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", où une offre soumise par un fournisseur ou entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs ou entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres lorsque de telles techniques sont utilisées ou, s'ils y participent, gonflent leurs prix en prévision des négociations. L'interdiction de négocier ne vise pas les échanges que peuvent avoir l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur en vue de clarifier l'offre de celui-ci conformément à l'article 16 de la Loi type ou de conclure le marché.

CHAPITRE IV. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION

A. Introduction

1. Résumé

1. Le chapitre IV de la Loi type énonce les procédures de trois méthodes de passation de marchés pouvant se substituer à l'appel d'offres ouvert: l'appel d'offres restreint (art. 45), la demande de prix (art. 46) et la demande de propositions sans négociation (art. 47). En règle générale, ces méthodes sont utilisées lorsque les besoins de l'entité adjudicatrice peuvent d'emblée être déterminés et décrits conformément aux dispositions de l'article 10 et lorsqu'il n'est pas nécessaire que des discussions, un dialogue ou des négociations aient lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. À d'autres égards, elles s'appliquent à une large gamme de circonstances justifiant l'utilisation de ces méthodes plutôt que de l'appel d'offres ouvert (conformément aux articles 28 et 29) et pouvant être classées en trois grandes catégories, selon les situations dans lesquelles elles peuvent être appliquées. La première catégorie correspond à l'acquisition, dans un marché restreint, de produits ou services spécialisés ou complexes; la deuxième concerne les marchés de produits ou de services pouvant être de faible valeur, déjà disponibles sur le marché, ou sur un marché où interviennent de nombreux fournisseurs ou entrepreneurs; la troisième a trait aux marchés de produits ou de services pour lesquels les considérations techniques ou qualitatives sont particulièrement importantes. En outre, les conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV sont étroitement liées aux règles de sollicitation de chaque méthode. Ces règles et catégories sont expliquées de manière plus détaillée dans les sections ci-après.

2. Incorporation: considérations de politique générale

2. Les méthodes de passation de marchés du chapitre IV ont en commun le recours à la sollicitation directe comme caractéristique inhérente de la méthode elle-même (appel d'offres restreint et demande de prix) ou à titre

facultatif (demande de propositions sans négociation). La Loi type fait de la sollicitation publique et sans restriction la règle par défaut, comme il est expliqué dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. Une telle sollicitation suppose la publication d'une invitation à participer au marché, la communication du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'invitation et l'examen complet des qualifications et des soumissions — offres ou autres propositions — des fournisseurs et entrepreneurs.

3. La sollicitation directe dans les méthodes de passation de marchés du chapitre IV comporte des risques d'abus en ce que l'identification du marché et donc des fournisseurs et entrepreneurs qui seront invités à participer aux procédures de passation fait intervenir des évaluations essentiellement subjectives. Il existe également des risques d'abus consistant à favoriser un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ou à limiter la concurrence. Pour réduire ces risques et favoriser la transparence, les articles 34-5 et 35-4 exigent de publier un avis préalable de passation de marché, de sorte que les fournisseurs et entrepreneurs potentiels puissent prendre contact avec l'entité adjudicatrice et demander à participer à la passation de marché.

4. La sollicitation directe dans l'appel d'offres restreint et la demande de propositions sans négociation est possible lorsque le marché porte sur des biens, travaux ou services spécialisés ou complexes disponibles sur un marché restreint (première catégorie décrite ci-dessus) et lorsque le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché (deuxième catégorie décrite ci-dessus). La sollicitation directe dans la demande de propositions sans négociation est aussi possible dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées (art. 35-2 c).

5. Si la passation de marché porte sur un objet spécialisé ou complexe disponible sur un marché restreint, la sollicitation doit être adressée à tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché est disponible. La deuxième situation, dans laquelle le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché, recouvre les cas où le marché comporte tellement de participants susceptibles d'être qualifiés que la rationalité économique de la procédure ne peut être garantie. Les règles de sollicitation permettent donc à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de participants, sous réserve de garanties tenant compte des risques que comportent le choix du nombre approprié de participants invités et les modalités de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs invités à participer.

6. La première garantie est l'exigence d'un avis préalable de passation de marché visée aux articles 34-5 et 35-4, comme il est indiqué plus haut au

paragraphe 3. Cette exigence s'applique à toutes les situations justifiant le recours à la sollicitation directe décrites ci-dessus. La deuxième garantie est l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de solliciter des offres ou propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence effective et de sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs participants de manière non discriminatoire (voir art. 34-1 *b* et 35-2 *b*).

7. Il convient de noter que demander à l'entité adjudicatrice de suivre des procédures de préqualification dans de tels cas alourdirait la charge administrative sans pour autant régler la question centrale, c'est-à-dire le nombre excessif de fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles d'être qualifiés. L'exigence visée aux articles 34-1 *b* et 35-2 *b* est de trouver un moyen de sélectionner de manière non discriminatoire, parmi le grand nombre de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés potentiels, suffisamment de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence effective. Cette exigence doit aussi être lue à la lumière de l'obligation visée à l'article 28-2 d'assurer la plus grande concurrence possible.

8. Les conséquences de ces dispositions sur l'efficacité de ces méthodes de passation de marchés faisant appel à la sollicitation directe sont examinées dans la section qui suit, en même temps que les mécanismes destinés à assurer l'objectivité, à éviter la discrimination et à maximiser la concurrence dans une telle sollicitation.

9. Les procédures de demande de prix qui par nature font intervenir la sollicitation directe ne comportent pas les garanties mentionnées ci-dessus, comme il est expliqué plus en détail ci-après dans le **commentaire relatif à cette méthode de passation de marchés**. En particulier, il n'y a aucune exigence concernant un avis préalable de passation de marché ou la publication des conditions de la passation de marché. Il est également probable que si un marché descend sous le seuil indiqué pour l'utilisation de cette méthode de passation de marchés, il descendra également sous le seuil indiqué pour la publication de l'avis d'attribution du marché visé à l'article 23 (voir dans l'**introduction du chapitre premier** le commentaire sur les marchés de faible valeur et les seuils, qui souligne en particulier la nécessité d'une approche cohérente de ces marchés). Cette méthode est donc souple mais non transparente; c'est pourquoi elle est censée n'être utilisée qu'à titre exceptionnel, comme il est expliqué dans le commentaire s'y rapportant.

10. La passation de marchés en ligne permet d'automatiser de nombreux éléments de l'examen et de l'évaluation des offres, et donc de gagner du temps, de diminuer les coûts et de réduire la charge administrative, éléments justifiant la sollicitation directe dans les méthodes de passation de marchés du chapitre IV. De plus, la passation de marchés en ligne et les outils qui

y sont associés—tels que les enchères électroniques inversées (chap. VI), les accords-cadres et les catalogues en ligne (chap. VII)—permettent l'utilisation de techniques qui devraient rendre moins nécessaire le recours à la méthode de demande de prix.

11. Les questions que pose la troisième catégorie de méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV, pour lesquelles les considérations techniques et qualitatives sont particulièrement importantes, incluent les questions liées à la sollicitation examinées ci-dessus en ce qui concerne la première catégorie de méthodes de passation de marchés de ce chapitre. L'utilisation de la méthode pour garantir la prise en compte appropriée de considérations techniques et qualitatives est examinée ci-après dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociation.

12. Compte tenu des considérations qui précèdent, les États adoptants voudront peut-être déterminer si, compte tenu de leur situation, ils ont besoin de l'ensemble des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV, ainsi que des accords-cadres et des enchères électroniques inversées. S'ils prévoient l'ensemble de ces méthodes, ils voudront peut-être en réglementer l'utilisation de manière plus détaillée que ne le fait la Loi type, de sorte qu'elles ne soient pas utilisées lorsque des procédures plus transparentes et plus objectives pourraient leur être substituées. Les questions pouvant inspirer des règlements, règles ou orientations à cet effet sont examinées dans la section qui suit.

3. Questions d'application et d'utilisation

13. De toute évidence, l'évaluation de l'applicabilité des conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés du chapitre IV suppose que l'entité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Il ressort de l'examen des questions de politique générale concernant ces méthodes de passation de marchés que les principaux points à traiter pour en assurer une application et une utilisation efficaces sont les suivants:

a) Souligner l'obligation de publier un avis préalable de passation de marché lorsque la sollicitation directe est utilisée autrement que dans le cadre d'une demande de prix, pour garantir la transparence;

b) Veiller, lorsque la sollicitation directe est utilisée pour une passation de marché hautement complexe ou spécialisée dans un marché restreint, à définir correctement le marché où les biens ou services sont disponibles;

c) Veiller, lorsque la sollicitation directe est utilisée en raison du nombre probablement trop élevé de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés

(voir la section précédente), à ce que le nombre et l'identité des participants à inviter soient déterminés de manière objective; et

d) Examiner des moyens de réduire la charge administrative que suppose la sollicitation publique et sans restriction, sans compromettre l'objectivité, la transparence ni la concurrence.

14. En ce qui concerne les avis préalables de passation de marchés, il n'y a pas de seuil sous lequel l'exigence soit levée dans l'appel d'offres restreint et la demande de propositions sans négociation. Cette garantie est particulièrement importante dans les marchés de faible valeur (art. 34-1 *b* et 35-2 *b*) puisque, comme on l'a noté plus haut dans les considérations de politique générale, il se peut que la valeur estimée de tels marchés descende sous le seuil de publication de l'avis d'attribution de marché visé à l'article 23 (voir le commentaire sur les marchés de faible valeur et les seuils dans l'**introduction du chapitre premier**).

15. Les avis préalables permettent en fait à l'entité adjudicatrice d'ajuster sa perception de l'étendue du marché. Ils constituent un mécanisme de contrôle sur l'exercice par l'entité adjudicatrice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer les marchés et les participants pour la passation concernée et atténuent le risque d'abus dans la définition du marché ou l'identification des participants appropriés. Pour garantir qu'ils aient l'effet voulu, l'État adoptant voudra peut-être veiller à ce que le contrôle de ces passations de marchés porte également sur les réponses à ces avis.

16. L'exigence d'un avis préalable est donc essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'assurer la transparence. Conjointement aux dispositions du chapitre VIII, les avis préalables permettent aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation, et les y encouragent, au début de la procédure plutôt qu'à la fin, lorsqu'une réparation peut être devenue impossible ou coûteuse pour le public, et les possibilités de recours limitées. En ce qui concerne la définition du marché, il convient de souligner dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité l'importance d'une approche cohérente et la garantie que l'entité adjudicatrice est tenue d'inviter tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à participer à la procédure. La définition du marché relevant également du droit de la concurrence et de la politique en la matière, il se peut que l'interaction entre les autorités chargées de la concurrence et l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, suggérée plus haut dans la section "**Appui institutionnel**" de la première partie du présent *Guide*, permette à ces autorités d'aider cet organisme à rédiger les règles et orientations pertinentes, en tenant compte de la nécessité

d'assurer l'efficacité et l'objectivité de leur application par les entités adjudicatrices.

17. Il convient également d'inviter les entités adjudicatrices à garder à l'esprit les risques qu'elles courent si elles n'identifient pas l'ensemble des fournisseurs et entrepreneurs potentiels dans un marché restreint. Il peut s'agir notamment d'une contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type de la part d'un fournisseur ou entrepreneur estimant être à même de fournir l'objet du marché mais n'ayant pas été invité à participer. Si des fournisseurs ou entrepreneurs inconnus jusque-là répondent à l'avis préalable, ils doivent être autorisés à soumettre une offre ou des propositions, à moins qu'ils ne soient disqualifiés ou ne répondent pas, de quelque autre manière, aux conditions de l'avis (par exemple, des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers dans le cas d'une passation de marché purement nationale en vertu de l'article 8 de la Loi type). Si 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 de marchés de l'État adoptant, la sollicitation publique et sans restriction ou la préqualification peuvent être des solutions appropriées.

18. Il convient également de souligner le lien entre l'obligation d'inviter tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels et les dispositions des articles 14 et 15 de la Loi type, qui accroissent les risques de charge administrative supplémentaire et de retards dans la passation du marché au cas où apparaîtrait un fournisseur ou entrepreneur supplémentaire. Ces articles exigent que la date limite de présentation des soumissions laisse aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment de temps pour présenter leurs soumissions et en permettent le report si nécessaire. Même s'ils n'exigent pas expressément le report de la date limite de présentation des soumissions au cas où de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs apparaissent, cette obligation peut découler de celle d'accorder suffisamment de temps pour présenter les soumissions. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient s'étendre sur l'application des articles 14 et 15 à la lumière de l'exigence d'un avis préalable et de l'obligation d'inviter tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché est disponible. Une manière pratique de réduire au minimum le risque de demandes de participation tardives est d'inclure dans l'avis préalable une déclaration priant les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître à l'entité adjudicatrice avant la date de communication du dossier de sollicitation.

19. En ce qui concerne la sollicitation directe utilisée pour éviter les coûts disproportionnés de l'examen d'un trop grand nombre d'offres ou de

propositions par rapport à la valeur du marché, la détermination du nombre maximal et le choix du mode de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs qui seront invités à participer sont deux éléments clefs pour éviter toute utilisation abusive ou excessive. L'entité adjudicatrice disposera d'un large pouvoir discrétionnaire pour fixer le maximum approprié en fonction des circonstances de la passation de marché. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient aussi établir un minimum raisonnable. À cet égard, ils pourraient aussi renvoyer à l'obligation de chercher à assurer la plus grande concurrence possible lors du choix et de l'utilisation d'une méthode de passation de marchés, visée à l'article 28-2 de la Loi type. Dans le cas de la demande de prix, le nombre minimum de participants est de trois, mais cette méthode est utilisable dans une gamme de circonstances beaucoup plus restreinte que les autres méthodes du chapitre IV. De nombreux commentateurs estiment que, dans la plupart des cas, il est raisonnable d'inviter au moins cinq participants pour éviter la collusion et la possibilité que le marché soit attribué à un fournisseur ou entrepreneur favorisé.

20. Sur un marché tel que celui des produits de base, il existe plusieurs moyens de sélectionner objectivement le nombre voulu de fournisseurs ou d'entrepreneurs: "premier arrivé, premier servi", tirage au sort, roulement ou autre méthode de sélection aléatoire. L'objectif est que la concurrence soit aussi large et effective que possible.

21. Le mode de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs appelés à participer peut être contesté en vertu du chapitre VIII de la Loi type. Le simple fait qu'un fournisseur ou entrepreneur n'a pas été sélectionné ne suffit pas à démontrer le non-respect des dispositions de la Loi type (ce qui est nécessaire pour que la procédure de contestation aboutisse). Toutefois, une procédure de contestation peut aboutir s'il peut être démontré qu'un fournisseur ou entrepreneur n'a pas été retenu du fait d'une sélection discriminatoire. Par conséquent, dans les cas qu'envisagent ces dispositions, dès lors que l'entité adjudicatrice a sélectionné objectivement suffisamment de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, elle peut refuser que des fournisseurs ou entrepreneurs supplémentaires répondant à l'avis de passation de marchés participent à la procédure. L'objet des dispositions est de permettre à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs participants pour économiser du temps et des ressources compte tenu de la valeur du marché. Le respect des garanties examinées plus haut est donc une garantie importante pour l'entité adjudicatrice.

22. En cas de procédures répétées, si un même groupe restreint est sélectionné à plusieurs reprises, il peut être plus facile de démontrer un manque

d'objectivité. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice serait bien avisée de prendre garde à se montrer objective dans le choix des fournisseurs ou entrepreneurs invités à participer (ou peut-être d'envisager de recourir à une technique de passation de marchés telle que la procédure d'accord-cadre (voir ci-après et commentaire du chapitre VII)). Les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient souligner que l'objectif recherché—gain de temps et réduction des coûts—pâtirait d'une éventuelle contestation.

23. Bien que les dispositions concernant la sollicitation directe soient moins strictes dans le cas d'une demande de prix—inviter autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois, il convient de les lire conjointement avec l'obligation visée à l'article 28-2 de s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible. En outre, comme il est expliqué ci-après dans les **orientations concernant cette méthode de passation de marchés**, les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché visées à l'article 12 devraient préciser comment plusieurs passations de marchés de faible valeur sur une période donnée devraient être regroupées aux fins des seuils applicables.

24. Pour ce qui est de réduire la charge administrative que suppose la sollicitation publique et sans restriction tout en préservant l'objectivité, la transparence et la concurrence, la Loi type prévoit plusieurs méthodes et techniques de passation de marchés pouvant être efficaces du point de vue de la procédure. Les accords-cadres, par exemple, sont conçus pour les achats récurrents, ce qui peut tout à fait être le cas des marchés relativement simples et de faible valeur caractérisant la deuxième catégorie de méthodes de passation de marchés du chapitre IV (demande de prix et certaines situations justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreints et de la demande de propositions sans négociation). Les procédures d'accords-cadres permettent d'effectuer plusieurs phases obligatoires de la procédure une seule fois pour ce qui constituerait autrement une série de passations de marchés: il s'agit notamment de l'examen et de l'évaluation des soumissions, comme il est expliqué plus en détail dans le **commentaire de cette technique de passation de marchés**. Outre les accords-cadres, les enchères électroniques inversées peuvent comporter des procédures plus simples d'un point de vue administratif que les appels d'offres, comme il est expliqué plus en détail dans le **commentaire de cette méthode**. Les techniques et méthodes de passation de marchés en ligne sont généralement plus transparentes que la demande de prix traditionnelle et dans la mesure où elles exigent en règle générale une sollicitation publique et sans restriction, elles sont aussi plus transparentes que les méthodes d'appel d'offres restreint et de demande de propositions lorsque la sollicitation directe est utilisée.

B. Description générale et principales questions de politique générale concernant les méthodes de passation de marchés du chapitre IV; commentaire de leurs conditions d'utilisation, règles de sollicitation et procédures

Afin de faciliter la lecture, le commentaire des méthodes de passation de marchés du chapitre IV est présenté par méthode. Il comporte une description générale de la méthode et des principales questions de politique générale la concernant, puis un commentaire de ses conditions d'utilisation, de ses règles de sollicitation et de ses procédures. Les dispositions pertinentes applicables à ces méthodes de passation de marchés et figurant dans les chapitres II (conditions d'application et règles de sollicitation) et IV (procédures) de la Loi type sont donc examinées ensemble.

1. Appel d'offres restreint

Description générale et principales questions de politique générale

1. Comme il est indiqué dans l'introduction du présent chapitre, l'appel d'offres restreint vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans deux cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Ces cas exceptionnels sont celui où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs et celui où 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. Comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre, cela n'aurait aucun sens d'exiger dans de tels cas exceptionnels une sollicitation publique et sans restriction.

2. Bien que le recours à l'appel d'offres restreint soit soumis à des garanties de transparence, telles que l'avis préalable de passation de marché exigé en vertu des dispositions de l'article 34-5 et l'application des règles de l'appel d'offres ouvert à toutes les étapes de la procédure sauf à la sollicitation, l'appel d'offres restreint est soumis à des conditions d'utilisation strictes et précises, à lire conjointement avec les règles sur la sollicitation visées à l'article 34-1. Ces règles et conditions se fondent sur l'idée que le recours à l'appel d'offres restreint dans des situations autres que celles expressément prévues dans la Loi type compromettrait fondamentalement les objectifs de celle-ci.

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 29-1)

1. L'article 29-1 énonce les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint, qui sont aussi évoquées dans la section précédente. On peut donner

comme exemples caractéristiques du premier type d'appel d'offres restreint l'achat d'équipements pour centrales nucléaires (al. *a*) et la fourniture de badges ou d'épinglettes destinés à être échangés lors de manifestations sportives (al. *b*).

2. L'appel d'offres restreint visé au paragraphe 1 *a* ne peut être utilisé que si tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché sont invités à participer. L'appel d'offres restreint dans les conditions visées au paragraphe 1 *b* ne peut être utilisé que si l'entité adjudicatrice sollicite des offres auprès d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence effective et sélectionne les participants de manière non discriminatoire. Les risques que le non-respect de ces règles fait peser sur l'efficacité du processus de passation des marchés—retards dans la procédure, phases supplémentaires et contestations en vertu de la Loi type—sont décrits plus haut dans l'introduction du présent chapitre.

3. L'entité adjudicatrice court moins de risques si elle recourt à l'appel d'offres restreint pour le motif visé au paragraphe 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. Dès lors qu'elle a déjà choisi de manière objective suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, elle peut refuser d'examiner les demandes d'autorisation à soumettre une offre reçues d'autres fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis publié conformément à l'article 34-5, comme expliqué plus en détail dans le **commentaire de cet article**.

4. Il convient de lire les dispositions de l'alinéa *b* conjointement avec l'article 13 de la Loi type contenant les règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article comporte 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 au paragraphe 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. Il convient de fournir à l'entité adjudicatrice des orientations sur les règles de regroupement en cas d'achats récurrents.

5. L'article 28-3, lu conjointement avec l'article 25-1 *e*, impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert, de manière suffisamment détaillée pour que la décision puisse être revue ou contestée le cas échéant. La Loi type n'impose pas d'inclure un tel exposé dans l'avis préalable de

passation de marché requis en vertu de l'article 34-5, comme indiqué ci-dessous (pour éviter les résumés imprécis ou les avis trop longs). (Voir l'article 25 et le **commentaire** sur les questions d'accès au procès-verbal par les fournisseurs ou entrepreneurs aux fins de leur permettre notamment de contester le choix de la méthode de passation.)

Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint (articles 34-1 et 34-5)

1. L'article 34-1 énonce les règles de la sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres restreint. Celles-ci visent à atteindre l'objectif de l'article 29-1, à savoir limiter l'utilisation de l'appel d'offres restreint à des cas véritablement exceptionnels tout en maintenant un degré de concurrence approprié. Elles renvoient spécifiquement à chacune des deux conditions exceptionnelles de recours à l'appel d'offres restreint.

2. La règle sur la sollicitation à l'article 34-1 *a* exige que si l'appel d'offres restreint est utilisé pour un objet du marché qui, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir cet objet soient invités à participer. La règle sur la sollicitation à l'article 34-1 *b* exige que si l'appel d'offres restreint est utilisé au motif 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, les fournisseurs ou entrepreneurs soient invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence effective. L'exigence de sélection non discriminatoire suppose aussi d'informer le public au préalable, conformément à l'article 34-5, non seulement de la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres restreint mais aussi du nombre maximum de participants qui seront sélectionnés et des modalités de sélection jusqu'à ce maximum. La notion de "non-discrimination" dans ce contexte est examinée plus en détail dans l'introduction du présent chapitre.

3. Comme il est noté dans ce commentaire, l'avis préalable de passation de marché doit être publié dans toutes les situations justifiant le recours à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 34-5. Les renseignements que l'avis doit comporter au minimum sont énumérés dans cet article.

4. Les questions de politique générale et d'application, en particulier les risques que le non-respect des règles de sollicitation fait peser sur l'efficacité du processus de passation des marchés—retards dans la procédure, phases supplémentaires et contestations en vertu de la Loi type—sont aussi décrits dans l'introduction du présent chapitre.

Procédures de l'appel d'offres restreint (article 45)

1. L'article 45 régit les procédures de l'appel d'offres restreint. Ses dispositions sont très brèves: elles appliquent à l'appel d'offres restreint les dispositions du chapitre III régissant l'appel d'offres ouvert, sauf en ce qui concerne la sollicitation.

2. Le paragraphe 2 dispose donc que les articles 36 à 38 ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint. L'article 36 régit les procédures de sollicitation des offres dans l'appel d'offres ouvert et ne s'applique donc pas à l'appel d'offres restreint. L'article 37 régit la teneur de l'invitation à soumettre une offre, qui doit être publiée dans le cas de l'appel d'offres ouvert. Dans l'appel d'offres restreint, il n'est pas nécessaire de publier une telle invitation mais s'il en est publiée une, elle n'a pas à inclure tous les renseignements énumérés à l'article 37. Pour ce qui est de l'article 38, le dossier de sollicitation de l'appel d'offres restreint est fourni à tous les fournisseurs ou entrepreneurs directement invités et ayant exprimé leur intérêt à participer.

3. Malgré l'exclusion visée ci-dessus, certaines des dispositions de l'article 38 s'appliquent à l'appel d'offres restreint. Si l'entité adjudicatrice décide de faire payer le dossier de sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, elle est liée par la disposition de la dernière phrase de l'article 38 ("Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs") (voir le **commentaire de l'article 38**).

2. Demande de prix

Description générale et principales questions de politique générale

1. La procédure de demande de prix est une méthode de passation de marchés convenant aux achats d'articles standard de faible valeur (habituellement disponibles dans le commerce), pour lesquels il n'est peut-être pas justifié de recourir à une procédure d'appel d'offres pouvant être longue et onéreuse.

2. Lors de l'incorporation de l'article 29-2, il convient de préciser que le recours à la demande de prix n'est pas obligatoire pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé. L'article 28, qui dispose que l'entité adjudicatrice doit assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation de marchés lorsqu'elle en choisit la méthode, et énonce les conditions d'utilisation d'autres méthodes pouvant convenir, aidera l'entité adjudicatrice à envisager d'autres méthodes que la demande de prix (voir le **commentaire de l'article 28**).

3. En particulier, cette méthode n'est pas censée être utilisée pour des achats répétés, en raison des risques de restriction du marché et d'abus que cela créerait (tels qu'une sélection abusive des fournisseurs ou entrepreneurs participants ou le fait de justifier des achats répétés, par exemple, en fractionnant le marché pour ne pas dépasser le seuil visé à l'article 12 (voir également ci-après). Pour les achats répétés, il est préférable d'établir un accord-cadre ouvert ou, dans le cas d'articles plus complexes, de conclure un accord-cadre fermé à l'issue d'une procédure d'appel d'offres (voir également le commentaire du chapitre VII). L'utilisation de catalogues électroniques peut contribuer à accroître la transparence lorsque la procédure est périodique. Par exemple, dans le cas d'un marché portant sur des pièces de rechange pour un parc de véhicules, une demande de prix peut convenir s'il s'agit d'un seul achat qui ne se répétera probablement pas; en cas d'achats réguliers, un accord-cadre conviendrait mieux.

4. S'il s'agit d'acheter des articles plus complexes, il convient de recourir à l'appel d'offres, qui présente de meilleures garanties de transparence. Un appel d'offres restreint fondé sur les motifs énoncés à l'article 29-1 *b* peut convenir dans de tels cas. L'utilisation d'autres méthodes de passation de marchés éventuellement associées à des accords-cadres est recommandée lorsqu'un marché initial de faible valeur aurait pour conséquence à long terme de faire adopter à l'entité adjudicatrice un système technologique donné ou de l'engager à des achats répétés d'articles similaires. Pour les marchés de produits courants, services simples et articles similaires, on peut également recourir à l'enchère électronique inversée (voir les **commentaires de l'article 29-1 b**, du **chapitre VI sur les enchères électroniques inversées** et du **chapitre VII sur les accords-cadres**).

Conditions d'utilisation de la demande de prix (article 29-2)

1. L'article 29-2 limite strictement l'utilisation de la demande de prix aux marchés d'une valeur inférieure au seuil fixé dans les règlements en matière de passation des marchés (à propos des seuils pour les marchés de faible valeur, notamment de la nécessité d'une approche cohérente de la notion de "faible valeur" dans l'État adoptant, voir le **commentaire correspondant dans l'introduction du chapitre premier**). Les conditions d'utilisation de la demande de prix exigent en outre que l'objet du marché ne soit pas produit ni fourni pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice, c'est-à-dire qu'il soit immédiatement disponible sur un marché existant.

2. Les conditions d'utilisation doivent se lire conjointement avec l'article 13 de la Loi type, qui contient les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article renforce le caractère limité du champ d'application de

la demande de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de fractionner artificiellement l'objet du marché pour contourner les seuils et éviter ainsi de recourir aux méthodes de passation générant une plus grande concurrence, une interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

Sollicitation dans le cas de la demande de prix (article 34-2)

1. L'article 34-2 règlemente la sollicitation dans la procédure de demande de prix. Les objectifs de la Loi type—favoriser et encourager la participation et promouvoir la concurrence—s'appliquent à toute passation de marché, quelle que soit la valeur du marché. L'entité adjudicatrice est donc tenue de demander des prix à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible mais au moins trois, sans exception. Cette exigence minimale tient compte du type d'objet censé être acquis au moyen de la demande de prix, à savoir des biens ou services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché (art. 29-2). Pour ce type de passation de marché, il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché. L'utilisation de la passation de marchés en ligne permet aussi à l'entité adjudicatrice de toucher un public plus large et de faire à coup sûr suffisamment de demandes de prix.

2. Aucune disposition de la Loi type ne régit les modalités d'identification des participants. Les États adoptants voudront donc peut-être donner des indications pour que la sélection des participants aux procédures de demande de prix ne se fasse pas d'une manière qui restreigne l'accès au marché ou permette une utilisation abusive de ces procédures. À titre d'exemple d'utilisation abusive, on mentionnera la sélection de deux fournisseurs ou entrepreneurs notoirement onéreux ou géographiquement éloignés de manière à pouvoir orienter le choix vers un troisième, le fournisseur ou entrepreneur choisi, ou celle de fournisseurs ou entrepreneurs appartenant à un groupe de sociétés ou soumis à une autre forme de contrôle financier ou de gestion communs. Les considérations concernant les modalités de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs participants dans le contexte de l'utilisation de l'appel d'offres restreint pour le motif visé à l'article 29-1 *b* sont pertinentes à cet égard (voir le **commentaire pertinent dans l'introduction du présent chapitre**). Sont également utiles les procédures qui imposent une comparaison d'offres anciennes et un roulement des fournisseurs ou entrepreneurs en cas d'achat occasionnel des mêmes articles. Les procédures de contrôle devraient identifier les fournisseurs ou entrepreneurs retenus au moyen de cette méthode, de manière à permettre l'évaluation des attributions à répétition.

3. Bien que la demande de prix soit utilisable dans un ensemble de circonstances beaucoup plus restreint que d'autres méthodes de passation de marchés du chapitre IV (les conditions étant conçues pour en limiter les possibilités d'utilisation et donc d'utilisation abusive), les États adoptants peuvent aussi envisager une approche prudente et énoncer, dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, les mêmes exigences d'objectivité et de garantie d'une concurrence effective que pour ces autres méthodes. La méthode y perdrait peut-être en souplesse, mais la cohérence en serait renforcée et il serait plus facile de s'assurer de la transparence, de la concurrence et du traitement juste, égal et équitable, principes qui sous-tendent la Loi type. Si cette approche était combinée à la passation de marchés en ligne, la charge administrative supplémentaire pourrait être négligeable.

4. De manière générale, les méthodes électroniques de demande de prix peuvent être particulièrement économiques pour les marchés de faible valeur et assurer une sélection plus transparente. En particulier, on peut considérer que l'utilisation de catalogues électroniques comme source de prix offre davantage de possibilités de transparence dans la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels demander un prix, cette sélection pouvant être évaluée en fonction des fournisseurs ou entrepreneurs proposant dans leurs catalogues les articles recherchés (voir aussi le commentaire du chapitre VII sur les accords-cadres pour ce qui est de l'achat répété d'articles bon marché). Il est essentiel d'assurer une transparence suffisante car, avec cette méthode, la passation ne doit pas obligatoirement être précédée d'un avis de passation de marchés et peut descendre sous le seuil rendant obligatoire la publication de l'avis public individuel d'attribution du marché visé à l'article 23 (voir le **commentaire correspondant dans l'introduction du présent chapitre**).

5. L'obligation de demander des prix à trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins ne peut toutefois être considérée comme clause d'invalidation de la procédure si une ou deux réponses seulement ont été reçues.

Procédures de la demande de prix (article 46)

1. L'article 46 énonce les procédures de la demande de prix. Compte tenu de la nature et de la faible valeur des objets pour lesquels on utilise cette méthode, les conditions de procédure sont minimales et ne visent qu'à garantir un traitement juste, égal et équitable aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la passation de marché. Le contrôle de l'utilisation de cette méthode, utilisant autant que possible des outils électroniques pour amortir

le coût compte tenu de la faible valeur des marchés, peut favoriser la transparence et la mise en place de garanties contre les abus dans la pratique.

2. Pour ce qui est de l'obligation visée au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels est adressée une demande de prix doivent être informés des frais à inclure dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser des conditions commerciales reconnues, 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 a été conçue puissent être définis par référence à des normes sectorielles. De cette manière, on améliorera la transparence et on réduira la charge administrative de la soumission et de l'examen de prix (voir plus haut le **commentaire sur la sollicitation dans le cas de la demande de prix** (art. 34-2) à propos d'autres garanties).

3. Demande de propositions sans négociation

Description générale et principales questions de politique générale

1. La demande de propositions sans négociation est une méthode de passation des marchés que l'entité adjudicatrice peut utiliser lorsqu'elle doit pouvoir examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement après avoir procédé à l'examen et à l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques. Cette méthode est indiquée si l'entité ne veut pas être influencée par les aspects financiers des propositions lorsqu'elle examine et évalue leurs aspects qualitatifs et techniques. Cette situation peut se présenter, par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice souhaite évaluer la qualité du personnel clef. Cette méthode convient donc pour des articles ou services relativement standard, lorsque tous les aspects des propositions peuvent être évalués sans discussion, dialogue ni négociation avec les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. À cet égard, il importe de délimiter clairement la portée des caractéristiques “techniques, qualitatives et de performance” des propositions par rapport à leurs “aspects financiers”. Dans ce contexte, l'expression “aspects financiers” désigne l'ensemble des aspects commerciaux des propositions, ainsi que le prix final. Les capacités financières des fournisseurs ou entrepreneurs, qui seront évaluées dans le cadre de l'examen de leurs propositions et qualifications, font partie des caractéristiques “techniques, qualitatives et de performance” des propositions. La délimitation entre les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions et leurs aspects financiers doit se faire au cas par cas. Par exemple, les obligations en matière

d'assurance ou de garantie, les délais de livraison et les conditions de garantie peuvent déterminer si une proposition répond ou non aux exigences minimales de l'entité adjudicatrice, auquel cas ces aspects de la proposition font partie des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance. Dans d'autres cas, ils seront énoncés parmi les conditions commerciales du contrat, et relèveront donc des aspects "financiers". Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité doivent être suffisamment clairs pour aider les entités adjudicatrices à garantir la clarté et la transparence de leurs exigences; si ce n'est pas le cas, la qualité des propositions en souffrira. Le processus de passation de marchés risque d'être retardé si des incertitudes doivent être levées, en particulier au moyen des mécanismes prévus aux articles 15 et 16.

3. La demande de propositions sans négociation ne convient pas si le prix est le seul critère ou l'un des principaux critères d'attribution ou lorsqu'une évaluation complète serait impossible sans une évaluation concomitante du prix et des autres critères. De telles situations se prêteraient à une méthode d'appel d'offres se concentrant sur le prix et dans laquelle les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance et les aspects financiers ne sont pas examinés et évalués successivement. L'entité adjudicatrice estimera peut-être qu'une méthode de passation de marchés fondée sur l'appel d'offres convient mieux également lorsqu'elle a de nombreuses exigences techniques. La méthode n'est pas indiquée non plus lorsqu'il faut négocier un des aspects des propositions (qu'il soit qualitatif, technique, de performance ou financier) puisque, comme l'appel d'offres, elle ne permet ni dialogue ni négociation (pour les types de passation de marchés dans lesquels un dialogue ou des négociations seraient appropriés et nécessaires, voir le commentaire du chapitre V sur les méthodes de passation de marchés).

4. Concrètement, les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions seront soumises dans une enveloppe (ou son équivalent fonctionnel, électronique ou autre) et évaluées avant l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions. Pour les propositions répondant aux exigences minimales concernant les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance fixées par l'entité adjudicatrice au début de la procédure, une seconde enveloppe contenant les aspects financiers est ouverte. Comme il est dit dans le **commentaire de l'article 31 concernant les enchères électroniques inversées**, il se peut que les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance se prêtent moins à une évaluation automatique que les aspects financiers.

5. Selon la Loi type, la demande de propositions sans négociation peut être utilisée, sous réserve de ses conditions d'utilisation, pour tous les types

de passation de marchés, conformément à la décision de la CNUDCI de fonder le choix de la méthode de passation non pas sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marché et d'assurer la plus grande concurrence possible (art. 28-2 de la Loi type; voir le **commentaire pertinent dans l'introduction de la section I du chapitre II**). Les États adoptants doivent néanmoins savoir que certaines banques multilatérales de développement recommandent depuis longtemps que des méthodes de passation de marchés semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type soient utilisées pour la passation de marchés de services bien définis non complexes ni coûteux, tels que des services de consultant portant, par exemple, sur l'élaboration de programmes d'enseignement.

Conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation (article 29-3)

1. L'article 29-3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation. En précisant que l'entité adjudicatrice peut recourir à cette méthode quand elle "a besoin" d'examiner les aspects financiers des propositions séparément de l'examen et de l'évaluation de leurs caractéristiques techniques, qualitatives et de performance, ces conditions exigent qu'une nécessité objective et démontrable justifie l'utilisation de cette méthode.

2. Comme l'indiquent les procédures la concernant, énoncées à l'article 47 (voir le **commentaire** ci-après), cette méthode suppose un examen et une évaluation en deux temps, les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance étant prises en considération en premier lieu. Ce n'est que si ces caractéristiques répondent pleinement aux exigences minimales qu'elle a stipulées au début de la procédure que l'entité adjudicatrice procède à l'examen du prix et des aspects financiers de la proposition. On trouvera plus haut, dans le **commentaire sur la description générale et les principales questions de politique générale concernant la demande de propositions sans négociation**, un examen de la délimitation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions et de leurs aspects financiers.

Sollicitation dans la demande de propositions sans négociation (article 35)

1. L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions. La règle par défaut prévue par la Loi type pour ces méthodes est la sollicitation internationale publique

et sans restriction, conformément à l'explication de cette expression dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. La sollicitation internationale publique et sans restriction dans la demande de propositions sans négociation suppose une annonce publique et internationale invitant à participer au marché, l'envoi de la demande de propositions à tous ceux qui y répondent et l'examen des qualifications et des propositions des fournisseurs et entrepreneurs soumettant des propositions. Les exceptions à la règle par défaut exigeant une sollicitation internationale sont les mêmes que celles prévues dans le cas de l'appel d'offres ouvert et énoncées à l'article 33-4: marchés nationaux et marchés de faible valeur où les avantages d'une sollicitation internationale seraient annulés par son coût ou pour lesquels une telle sollicitation ne serait pas pertinente. Si une demande de propositions sans négociation est précédée d'une procédure de préqualification, l'article 18 s'applique, qui exige également une sollicitation internationale avec les mêmes exceptions pour les marchés nationaux et de faible valeur. Une fois terminée la procédure de préqualification, la demande de propositions doit être adressée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés. (Voir aussi les commentaires de l'article 18, de la section II du chapitre II et de l'article 33.)

2. Le paragraphe 2 de l'article 35 donne le choix entre sollicitation ouverte et sollicitation directe dans trois situations où l'exigence de sollicitation internationale publique et sans restriction pourrait ne pas convenir ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité: premièrement, lorsque l'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (art. 35-2 *a*); deuxièmement, lorsque 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 (art. 35-2 *b*); et troisièmement, lorsque la passation de marché met en jeu des informations classifiées (art. 35-2 *c*).

3. Les deux premières situations sont les mêmes que celles qui justifient le recours à l'appel d'offres restreint: les considérations évoquées dans le **commentaire sur la sollicitation dans l'appel d'offres restreint** sont donc également pertinentes ici. Si l'entité adjudicatrice recourt à la sollicitation directe pour le premier de ces motifs (c'est-à-dire en vertu de l'article 35-2 *a*), elle doit solliciter des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché. Si elle recourt à la sollicitation directe pour le deuxième motif (c'est-à-dire en vertu de l'article 35-2 *b*), elle doit solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective et les sélectionner d'une manière non discriminatoire. Si elle recourt à la sollicitation directe pour protéger des informations classifiées (c'est-à-dire en vertu de l'article 35-2 *c*), elle doit solliciter des propositions d'un nombre

suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

4. Dans tous les cas de sollicitation directe, l'entité adjudicatrice doit indiquer dans le procès-verbal de la procédure de passation de marchés les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (art. 35-3). Elle doit aussi publier un avis préalable de passation de marché (art. 35-4) à moins que des informations classifiées ne risquent d'en être compromises.

5. Pour un examen de ces exigences et de leurs conséquences, notamment de la combinaison de l'exigence énoncée à l'article 35-2 *a* de solliciter des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché, du risque de voir apparaître des fournisseurs ou entrepreneurs inconnus en raison de la publication de l'avis préalable et de l'impossibilité pour l'entité adjudicatrice de rejeter des propositions inattendues ou non sollicitées, voir le **commentaire de la section II du chapitre II** et celui sur la sollicitation, dans l'introduction du présent chapitre. Ce dernier commentaire traite aussi des mécanismes permettant une sélection non discriminatoire des fournisseurs ou entrepreneurs en cas de sollicitation directe en vertu de l'article 35-2 *b*.

Procédures de la demande de propositions sans négociation (article 47)

1. L'article 47 régit les procédures de passation de marchés utilisant la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 35-1 de la Loi type, rappelle que la sollicitation internationale publique et sans restriction est la règle par défaut. Les exceptions à cette règle sont énoncées dans le **commentaire sur la sollicitation dans la demande de propositions sans négociation**.

2. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation doit contenir au minimum les renseignements énumérés au paragraphe 2, destinés à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils sont intéressés à participer à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises et, dans l'affirmative, comment ils peuvent le faire. Les exigences sont semblables à celles de l'invitation à soumettre une offre (art. 37). Il s'agit du minimum requis et rien n'empêche l'entité adjudicatrice d'ajouter des renseignements qu'elle juge opportuns. L'entité adjudicatrice doit tenir compte du fait que la pratique est de garder l'invitation brève et d'y faire figurer les renseignements les plus importants sur la passation de marché, qui sont les plus pertinents au stade initial de la procédure. Tous les autres

renseignements sur la passation de marché, notamment des précisions sur les renseignements fournis dans l'invitation, figurent dans la demande de propositions (voir l'article 47-4). Cette solution contribue à éviter les répétitions, d'éventuelles incohérences et la confusion dans le contenu des documents que l'entité adjudicatrice adresse aux fournisseurs ou entrepreneurs. Néanmoins, si l'entité adjudicatrice utilise des moyens électroniques de publicité et de communication, elle peut insérer dans l'invitation un lien Web vers la demande de propositions. Cette solution s'avère avantageuse en termes d'efficacité et de transparence.

3. Le paragraphe 2 *e* traite des exigences minimales concernant les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes. Il concerne à la fois le seuil à établir pour rejeter les propositions et l'attribution d'une note aux propositions atteignant ou dépassant les exigences minimales. Une présentation précise des exigences minimales et des critères d'évaluation (qui doivent aussi être communiqués en vertu de ce paragraphe) est essentielle pour permettre la soumission de propositions de qualité.

4. Le paragraphe 3 précise à quel groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs doit être adressée la demande de propositions. En fonction des circonstances de la passation de marché, il peut s'agir de l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées; s'il y a eu préqualification, seuls ceux qui sont préqualifiés; ou, dans le cas d'une sollicitation directe, seuls ceux qui sont directement invités. Les dispositions contiennent une clause standard également présente dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte semblable, selon laquelle le prix pouvant être exigé pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir plus haut le **commentaire de l'article 38** pour un examen plus approfondi de cette limitation).

5. Le paragraphe 4 contient une liste des renseignements à inclure au minimum dans la demande de propositions pour aider les fournisseurs ou entrepreneurs à établir leurs propositions et permettre à l'entité adjudicatrice de comparer celles-ci sur une même base. Cette liste est également très semblable par son niveau de précision et par son contenu aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (art. 39). Les différences, qui découlent des caractéristiques procédurales de cette méthode de passation de marchés, visent à assurer que les aspects financiers des propositions soient présentés en même temps que les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance, mais séparément. L'entité adjudicatrice n'aura accès aux aspects financiers des propositions qu'après en avoir évalué les caractéristiques techniques, qualitatives et de

performance. Elle peut ne pas fournir les renseignements sur la monnaie de paiement visés à l'alinéa 4 c en cas de passation d'un marché national si en fonction des circonstances ce n'est pas nécessaire (voir le **commentaire de l'article 8**).

6. Les paragraphes 5 à 10 de l'article régissent les étapes successives de l'examen et de l'évaluation des propositions dans cette méthode de passation. Ils empêchent que l'entité adjudicatrice soit influencée par les aspects financiers lorsqu'elle évalue les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions et attribue une note aux fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de cette évaluation. Plusieurs dispositions de ces paragraphes visent à garantir la transparence et l'intégrité du processus. Les paragraphes 6 à 8, par exemple, exigent que les résultats de l'évaluation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions soient rapidement versés au procès-verbal de la procédure de passation de marchés et communiqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions. Des règles spéciales concernent les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions ont été rejetées à ce stade: ils doivent être promptement informés non seulement du rejet de leur proposition mais également des motifs de ce rejet, et les enveloppes non ouvertes contenant les aspects financiers de leur proposition doivent leur être renvoyées. Ces dispositions sont essentielles pour assurer un retour d'information rapide aux fournisseurs ou entrepreneurs et permettre à ceux qui sont lésés d'engager un recours efficace. (Pour un examen des avantages et modalités de ce retour d'information, voir le **commentaire de l'article 22** et l'introduction du chapitre VIII.)

7. Les paragraphes 8 et 9 prévoient la présence des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des secondes enveloppes (celles qui contiennent les aspects financiers) pour autant que les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de leurs propositions atteignent ou dépassent les exigences minimales. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent ainsi s'assurer de l'exactitude des informations les intéressant annoncées par l'entité adjudicatrice au moment de l'ouverture des enveloppes, concernant, par exemple, les notes attribuées à leurs propositions et leurs aspects financiers, et observer si la proposition retenue l'est conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions.

8. La Loi type régit les cas complexes où l'entité évalue séparément tous les aspects des propositions puis combine les résultats de ces évaluations pour déterminer quelle est la proposition à retenir. Le paragraphe 10 définit donc la proposition à retenir dans cette méthode de passation comme la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois du prix et des autres critères spécifiés dans la demande de propositions. Les États

adoptants devraient toutefois avoir à l'esprit que lorsque l'objet du marché est simple, l'entité adjudicatrice peut sélectionner la proposition à retenir sur la base du prix des propositions qui atteignent ou dépassent les exigences techniques, qualitatives et de performance minimales, pour autant que les critères d'évaluation énoncés dans l'invitation et dans la demande de propositions mentionnent cette possibilité. Cette solution peut convenir aux situations où l'entité ne doit pas évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions et attribuer des notes mais fixe plutôt un seuil permettant de mesurer ces caractéristiques à un niveau tel que tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions atteignent ou dépassent ce seuil peuvent, selon toute probabilité, exécuter le marché à un niveau de compétence plus ou moins équivalent. Dans de tels cas, il ne devrait pas être nécessaire non plus d'évaluer d'autres aspects financiers des propositions que le prix.

CHAPITRE V. 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

A. Introduction

1. Résumé

1. Le chapitre V de la Loi type énonce les procédures à suivre pour cinq des diverses méthodes de passation des marchés qui peuvent remplacer l'appel d'offres ouvert: l'appel d'offres en deux étapes (art. 48), la demande de propositions avec dialogue (art. 49), la demande de propositions avec négociations consécutives (art. 50), les négociations avec appel à la concurrence (art. 51) et la sollicitation d'une source unique (art. 52). Il n'y a pas de manière type d'utiliser ces méthodes mais elles ont en commun d'envisager des discussions, un dialogue ou des négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes et de la demande de propositions avec dialogue, les principales circonstances justifiant le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes sont les suivantes: premièrement, si l'entité adjudicatrice ne peut définir et décrire ses besoins avec le niveau de détail requis à l'article 10 de la Loi type et deuxièmement, si elle juge nécessaire de tenir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs *a)* pour préciser ses besoins et les présenter dans une description commune (appel d'offres en deux étapes) ou *b)* pour définir ses besoins et solliciter des propositions qui y répondent (demande de propositions avec dialogue). Ces deux méthodes peuvent aussi être utilisées en cas d'échec d'un appel d'offres; la demande de propositions avec dialogue est aussi utilisable dans d'autres circonstances, comme il est noté ci-après dans le **commentaire de cette méthode de passation de marchés**.

3. L'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives est indiquée lorsque l'entité adjudicatrice doit examiner et négocier les

aspects financiers des propositions seulement après en avoir évalué les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance; les négociations ne se font qu'avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions conformes.

4. Les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique sont des méthodes de passation de marchés tout à fait exceptionnelles ne pouvant être utilisées que dans des circonstances limitées, très différentes des conditions d'utilisation des autres méthodes du chapitre V citées ci-dessus. Elles ne devraient donc pas être considérées comme pouvant se substituer à ces autres méthodes. Elles figurent au chapitre V essentiellement parce qu'elles supposent une interaction entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. Les circonstances appelant le recours à ces méthodes sont diverses: il s'agit principalement de passation de marchés urgents ou extrêmement urgents et de la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant; la sollicitation d'une source unique peut aussi être utilisée dans d'autres circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'il y a un fournisseur ou entrepreneur exclusif ou par souci de cohérence avec des achats précédents, comme il est noté ci-après dans le **commentaire de cette méthode de passation de marchés**. Les négociations se font avec tous les participants (négociations avec appel à la concurrence, concomitantes) ou avec le seul participant (sollicitation d'une source unique).

2. Incorporation: considérations de politique générale

5. Les méthodes de passation des marchés du chapitre V pouvant être utilisées dans des circonstances très diverses, la majorité des questions de politique générale que chacune soulève sont traitées dans le commentaire pertinent. On peut néanmoins relever certaines questions de portée générale.

6. La première grande considération de politique générale est que les États adoptants devraient prévoir une méthode de passation de marchés permettant à l'entité adjudicatrice d'avoir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou avec les acteurs du marché commercial si elle ne peut décrire ses besoins et les conditions de la passation de marché conformément à l'article 10 et aux exigences concernant les renseignements à communiquer dans le dossier de sollicitation (notamment celles de l'article 39 concernant l'appel d'offres ouvert). Un moyen pour l'entité adjudicatrice de connaître l'offre disponible sur le marché est de demander à un acteur du marché en question ou à un autre consultant de rédiger la description des besoins, dans le cadre d'une procédure distincte de la passation de marché (qui peut alors être un appel d'offres ouvert, généralement avec préqualification). Cette façon de procéder comporte plusieurs risques pouvant compromettre le

rapport qualité-prix et l'efficacité. Tout d'abord, tenir deux procédures plutôt qu'une peut entraîner des coûts et des délais administratifs supplémentaires. Deuxièmement, limiter les échanges à un seul fournisseur, entrepreneur ou consultant accroît le risque de passer à côté des possibilités les plus récentes du marché. Troisièmement, les règles sur l'avantage concurrentiel injuste visées à l'article 21 interdisent au consultant de participer à la passation de marchés qui suivra: les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent ne pas vouloir servir de consultants à cause de ces règles et, du point de vue de l'entité adjudicatrice, le même fournisseur ou entrepreneur ne peut prendre part à la fois à la description des besoins puis à la livraison de l'objet du marché répondant à ceux-ci. Il faut donc recourir à une autre approche.

7. Comme il est noté ci-après dans le commentaire qui s'y rapporte, l'appel d'offres en deux étapes autorise l'entité adjudicatrice à tenir avec les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels des discussions sur les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de ses besoins (mais non sur leurs aspects financiers), dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ces discussions aboutissent à une description unique et commune des besoins (les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché) et d'autres conditions de la passation de marchés qui seront publiées après les discussions; les fournisseurs et entrepreneurs soumettent alors des offres correspondant à cette description. À cet égard, l'entité adjudicatrice sera chargée d'établir la description puis examinera et évaluera les offres en fonction de celle-ci. Pour que cette méthode fonctionne bien, il faut que les participants dévoilent effectivement les solutions techniques qu'ils proposent et que l'entité adjudicatrice puisse les regrouper pour finaliser la description de ses besoins et d'autres conditions du marché.

8. Comme il est indiqué dans le **commentaire** qui suit, la demande de propositions avec dialogue est similaire à l'appel d'offres en deux étapes du point de vue de la procédure mais présente plusieurs caractéristiques distinctes. Elle permet à l'entité adjudicatrice de discuter avec les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance et des aspects financiers de ses besoins, également dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ce processus aboutit à une demande de meilleures offres définitives pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice mais il n'y a pas d'ensemble unique et commun de spécifications techniques à part des exigences techniques minimales. Les meilleures offres définitives peuvent contenir toute une série de solutions techniques à ces besoins; en ce sens, les fournisseurs et entrepreneurs sont chargés de concevoir les solutions techniques. L'entité adjudicatrice examine ces solutions pour vérifier si elles répondent à ses besoins; une évaluation faisant jouer la concurrence mais sur la base de l'égalité est une procédure plus complexe que dans l'appel d'offres en deux étapes.

9. Étant donné la nécessité de prévoir un mécanisme permettant à l'entité adjudicatrice de se renseigner auprès des acteurs du marché sur les moyens de répondre à ses besoins, les États adoptants sont encouragés à prévoir au moins l'appel d'offres en deux étapes ou la demande de propositions avec dialogue. L'appel d'offres en deux étapes s'est avéré indiqué dans des circonstances telles que l'acquisition d'articles techniquement complexes, la fourniture et l'installation d'usines, la construction de routes et l'acquisition de véhicules à usage spécial (d'autres exemples sont donnés ci-après). Dans de tels cas, il se peut que des spécifications détaillées puissent être formulées dès le début de la passation de marchés mais après des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice peut préciser certains aspects techniques de l'objet du marché en fonction des renseignements obtenus (concernant notamment des méthodes ou du matériel plus sophistiqués disponibles sur le marché). La méthode nécessite la capacité d'expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice et d'évaluer les informations reçues des fournisseurs ou entrepreneurs, ainsi que des structures permettant d'éviter la sélection abusive de la solution technique d'un fournisseur ou entrepreneur privilégié.

10. La demande de propositions avec dialogue s'est avérée efficace dans des circonstances telles que les projets d'infrastructures (par exemple, la fourniture de logements faisant intervenir différentes techniques et méthodes de construction et différentes questions commerciales) et certains marchés de haute technologie dans un contexte d'évolution rapide. La méthode exige la capacité d'engager le type de dialogue envisagé, notamment en ce qui concerne la présentation et l'explication des besoins, l'examen et l'évaluation de différentes solutions techniques, ainsi que des structures permettant d'éviter la possibilité d'abus consistant à favoriser certains fournisseurs ou entrepreneurs en communiquant à chacun des informations différentes au cours du dialogue.

11. La deuxième grande considération de politique générale, qui tient au manque de transparence caractérisant la passation négociée, consiste à prévoir une structure et des garanties procédurales pour l'utilisation des méthodes de passation de marchés faisant intervenir des négociations (il s'agit ici de négociations proprement dites entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs). La première méthode concernée est la demande de propositions avec négociations consécutives. Cette méthode s'est avérée efficace dans la pratique, notamment dans le cas des services consultatifs. Elle exige la capacité de négocier—au sens propre du terme—avec le secteur privé sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. Les États adoptants doivent néanmoins savoir que, comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire de cette méthode de passation de marchés**, certaines banques multilatérales de développement

recommandent traditionnellement d'utiliser des méthodes de passation de marchés semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi type pour la passation de marchés de services bien définis, ni complexes ni coûteux, tels que des services consultatifs.

12. Les autres méthodes de passation de marchés du chapitre V, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique, revêtent un caractère tout à fait exceptionnel et ont aussi en commun de prévoir de telles négociations. Elles peuvent être utilisées dans des circonstances variées et les questions particulières que pose leur utilisation sont examinées dans le commentaire qui suit. Les États adoptants devraient veiller à ce que les garanties énoncées dans les procédures ne soient pas vidées de leur substance, pour éviter de compromettre les principaux objectifs de la Loi type.

13. Le risque de corruption est présent dans toutes les méthodes de passation des marchés mais peut être plus élevé avec celles qui impliquent une forme d'interaction avec le marché, comme l'envisagent les méthodes du chapitre V. En effet, ces méthodes supposent un processus d'échanges pendant lequel le respect des exigences fondamentales de la Loi type visant la transparence, l'objectivité et le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs est difficile à contrôler, même si des garanties sont incorporées au cadre réglementaire. Certains peuvent donc hésiter à utiliser ces méthodes ou à y participer. Les États adoptants devraient veiller à compléter le cadre réglementaire approprié par des mesures institutionnelles adéquates permettant de contrôler l'utilisation de ces méthodes de passation de marchés et de corriger rapidement les irrégularités qui se produiraient, afin de renforcer la confiance de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs pour ce qui est d'utiliser ces méthodes ou d'y participer (voir aussi le commentaire de la section suivante).

14. Les méthodes de sollicitation associées aux méthodes de passation des marchés du chapitre V ne soulèvent pas de questions nouvelles; les États adoptants sont renvoyés au **commentaire pertinent, dans l'introduction de la section II du chapitre II** et **l'introduction du chapitre IV**, traitant notamment des questions que pose la sollicitation directe.

3. Questions d'application et d'utilisation

15. De toute évidence, l'entité adjudicatrice dispose d'une grande latitude pour évaluer l'applicabilité des conditions d'utilisation des méthodes du chapitre V. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics

ou autre autorité peuvent contribuer à renforcer l'objectivité avec laquelle elle évaluera les circonstances nécessitant de recourir à une méthode du chapitre V. Puisque cette évaluation se fera au stade de la planification des marchés, l'État adoptant doit veiller à ce que des garanties appropriées soient prévues à ce stade, et notamment à ce que la planification soit entièrement documentée et consignée par écrit.

16. Une deuxième question qui se pose dans le cas des méthodes de passation de marchés du chapitre V concerne la capacité d'engager des discussions, un dialogue ou des négociations—tant pour expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice de sorte qu'ils puissent être pleinement et également compris par tous les participants, que pour évaluer leurs offres, propositions et meilleures offres définitives. Cette capacité exige notamment que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'engager des négociations efficaces avec le secteur privé pour que ses besoins soient satisfaits. Si elle ne dispose pas des compétences lui permettant de traiter ces questions, les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient traiter de la possibilité pour elle de se faire aider par des experts externes relevant d'un organisme central ou autre.

17. La capacité visée à la section précédente requiert plus d'explications que ne saurait en fournir une loi type. Les États adoptants doivent savoir que des garanties réglementaires et procédurales seules ne suffiront pas. Elles doivent être appuyées par un cadre institutionnel approprié, des mesures de bonne gouvernance, des normes d'administration rigoureuses et un personnel hautement qualifié.

18. Les États adoptants devraient noter l'importance particulière que les dispositions de l'article 24 sur la confidentialité revêtent dans toutes les méthodes de passation des marchés du chapitre V. Le risque de révéler par inadvertance ou autrement des informations commerciales sensibles (ne se limitant pas au prix) concernant des fournisseurs ou des entrepreneurs concurrents est inhérent aux méthodes du chapitre V autres que la sollicitation d'une source unique. Un autre risque est celui de ne fournir des informations importantes qu'à certains fournisseurs ou entrepreneurs. Les États adoptants sont invités à prévoir des mesures de contrôle, notamment l'audit a posteriori, à envisager d'encourager la présence d'observateurs durant les procédures, à évaluer l'utilisation des méthodes en pratique et à formuler des orientations concernant des outils de gestion favorisant l'utilisation efficace de ces méthodes. Ces mesures devraient aussi contribuer à éviter les abus et la corruption dans l'utilisation de ces méthodes de passation de marchés, en particulier lorsqu'interviennent des questions sensibles ou dans le cas de marchés très concurrentiels; c'est pourquoi il importe que

d'éventuels observateurs soient extérieurs à la structure de l'entité adjudicatrice et que des mesures de confidentialité rigoureuses soient en place. Il convient de ne pas sous-estimer l'importance de telles garanties afin de préserver l'intégrité et l'équité du processus de passation de marchés ainsi que la confiance du public en celui-ci, et d'assurer la participation de fournisseurs ou entrepreneurs aux procédures actuelles et futures faisant intervenir des échanges entre l'entité adjudicatrice et le marché.

B. Description générale et principales questions de politique générale concernant les méthodes de passation des marchés du chapitre V; commentaire de leurs conditions d'application, règles de sollicitation et procédures

Afin de faciliter la lecture, le commentaire des méthodes de passation de marchés du chapitre V est présenté par méthode. Il comporte une description générale de chaque méthode et des principales questions de politique générale la concernant, suivi d'un commentaire de ses conditions d'utilisation, règles de sollicitation et procédures. Les dispositions applicables à ces méthodes aux chapitres II (conditions d'application et règles de sollicitation) et IV (procédures) de la Loi type sont donc examinées ensemble.

1. Appel d'offres en deux étapes

Description générale et principales questions de politique générale

1. La raison d'être de l'appel d'offres en deux étapes est de combiner deux éléments: premièrement, permettre à l'entité adjudicatrice de préciser et de finaliser par l'examen des aspects techniques des offres et par des discussions facultatives sur celles-ci les conditions de la passation de marchés qu'elle n'a pas pu formuler comme il convient—c'est-à-dire avec le niveau de détail requis par l'article 10 de la Loi type—au début de la procédure; deuxièmement, garantir que la sélection de l'offre à retenir dans les appels d'offres en deux étapes se fait avec le même degré élevé d'objectivité et de concurrence que celui qu'offrent les procédures d'appel d'offres ouvert visées au chapitre III.

2. L'appel d'offres en deux étapes est une méthode utilisée de longue date dans divers systèmes (dont la Loi type de 1994 et les directives des banques multilatérales de développement en matière de passation des marchés). Il a été utilisé avec succès, par exemple, dans des marchés de biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers, des systèmes de communication, des installations techniques et des

infrastructures, notamment de grandes installations complexes ou des travaux spécialisés. Dans de telles situations, il peut paraître évident que l'entité adjudicatrice a peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si elle rédige d'emblée, sans examiner ce qu'offre le marché, une description complète de l'objet du marché avec toutes ses spécifications techniques et caractéristiques de qualité et de performance, toutes les compétences attendues des fournisseurs ou entrepreneurs et toutes les conditions de la passation de marché.

3. Lors de la première étape, l'entité adjudicatrice fournit dans le dossier de sollicitation un ensemble complet ou partiel de spécifications techniques et des précisions sur d'autres caractéristiques de l'objet du marché, les compétences des fournisseurs ou entrepreneurs et les conditions du marché. Les fournisseurs et entrepreneurs potentiels sont invités à soumettre des offres initiales en réponse au dossier de sollicitation. Ils y proposent des solutions techniques en indiquant ce qui existe sur le marché et éventuellement des précisions concernant les spécifications techniques ou les autres caractéristiques, compétences ou conditions.

4. L'entité adjudicatrice peut demander des éclaircissements sur les offres initiales conformes aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises et engager avec eux des discussions sur elles en vertu des articles 16 et 48, respectivement. Elle peut utiliser les renseignements ainsi obtenus pour décider des conditions révisées de la passation de marché donnant les caractéristiques exactes. Ce processus illustre l'objectif principal de l'appel d'offres en deux étapes: préciser davantage les spécifications de l'objet du marché, réduire les options possibles à celle qui répondrait le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice et sur cette base fixer un ensemble unique de conditions de la passation de marché.

5. Lors de la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs offres définitives (qui comportent alors des engagements sur le prix) correspondant aux conditions révisées de la passation de marché, qui accompagnent la demande de présentation des offres définitives. L'entité adjudicatrice reste donc chargée de concevoir la solution technique, de déterminer la portée des travaux et de fixer les conditions de la passation de marché tout au long de la procédure; il appartient ensuite au fournisseur ou à l'entrepreneur auquel est attribué le marché de livrer l'objet correspondant à cette solution et répondant à ces conditions. Dans ce contexte, il convient de noter que les besoins exprimés initialement dans le dossier de sollicitation porteront probablement avant tout sur les aspects fonctionnels de l'objet du marché, la deuxième étape permettant de préciser les aspects techniques et de les inclure dans la demande de présentation des offres définitives.

6. L'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à demander aux fournisseurs et entrepreneurs participants des engagements sur le prix des solutions qu'ils ont proposées lors de la première étape de la procédure; les fournisseurs ou entrepreneurs ne prennent pas d'engagement sur le prix à ce stade et l'entité adjudicatrice ne peut leur demander de telles informations pendant les discussions.

7. La référence à la tenue de "discussions" reflète la nature itérative du processus. En outre, ce terme marque une distinction entre la nature des échanges pouvant être menés dans le cadre de cette méthode—qui ne peuvent porter ni sur le prix de l'offre ni sur d'autres aspects financiers du marché—et la négociation à proprement parler pouvant avoir lieu dans le cadre d'autres méthodes de passation de marchés du chapitre V. Cette méthode diffère des autres méthodes du chapitre V notamment en ce qu'elle permet aux fournisseurs ou entrepreneurs d'aider à définir les spécifications techniques et la portée des travaux (et aussi en ce qu'elle ne permet pas de demander des engagements sur le prix aux fournisseurs ou entrepreneurs ou d'en obtenir de leur part à la première étape de la procédure). Néanmoins, certaines exigences techniques ou qualitatives peuvent avoir un impact commercial. Par exemple, le dossier de sollicitation peut exiger des solutions pour l'utilisation de la propriété intellectuelle (ces droits pourraient être pris sous licence ou acquis). Ces exigences font alors partie des aspects techniques du marché; bien qu'elles aient un impact commercial, elles peuvent être discutées avec les fournisseurs ou entrepreneurs. De telles discussions permettront à l'entité adjudicatrice d'estimer le supplément à payer pour une amélioration particulière et les avantages qui pourraient découler du paiement de ce supplément, et de décider en connaissance de cause d'incorporer ou non une telle amélioration dans les conditions révisées de la passation de marché. Dans le cas contraire, les coûts de l'utilisation de la propriété intellectuelle concernée feront simplement partie du prix de l'offre soumis à la deuxième étape.

8. La souplesse et les avantages potentiels décrits ci-dessus ne sont pas exempts de risque. En particulier, on court le risque que l'entité adjudicatrice adapte les conditions révisées de la passation de marché à un fournisseur ou entrepreneur précis (indépendamment de la tenue ou non de discussions, même s'il faut reconnaître que ce risque existe aussi dans les procédures d'appel d'offres ouvert, surtout lorsque des consultations informelles précèdent la passation de marché). Les dispositions sur la transparence applicables à l'ensemble des procédures d'appel d'offres devraient limiter le risque de fausser la passation de marché en faveur d'un fournisseur ou entrepreneur précis.

9. Cette méthode est structurée. Les règles de l'appel d'offres ouvert régissent la procédure de sollicitation et la sélection de l'offre à retenir dans

l'appel d'offres en deux étapes (voir les articles 33 et 48 de la Loi type, le **commentaire de la section II du chapitre II** et **celui du chapitre III sur l'appel d'offres ouvert**).

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes (article 30-1)

1. L'article 30-1 énonce les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes. L'alinéa *a* traite de la passation de marchés portant sur des articles à haut niveau de complexité technique. La nécessité de recourir à cette méthode de passation dans un tel cas peut apparaître clairement au stade de la planification des marchés, comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre. Après avoir examiné les offres initiales, l'entité adjudicatrice peut tenir des discussions avec les fournisseurs et entrepreneurs qui ont proposé des solutions techniques répondant à ses exigences minimales.

2. L'alinéa *b* du paragraphe 1 traite d'une situation différente: lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais a échoué (cette condition permet aussi de recourir à la demande de propositions avec dialogue en vertu de l'alinéa 2 *d* de l'article 30). Dans de telles situations, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons de l'échec de l'appel d'offres ouvert. Si elle conclut qu'il est dû aux difficultés qu'elle a eues à formuler de manière suffisamment précise les conditions de la passation de marché, elle jugera peut-être bon de recourir à une procédure d'appel d'offres en deux étapes faisant intervenir les fournisseurs ou entrepreneurs. Les raisons de cet échec devraient également orienter son choix entre l'appel d'offres en deux étapes visé à l'alinéa 1 *b* et la demande de propositions avec dialogue visé à l'alinéa 2 *d*: s'il est possible et approprié de formuler un ensemble unique de conditions de la passation de marché (avec une solution technique unique), l'appel d'offres en deux étapes sera la méthode à retenir. L'entité adjudicatrice pourra demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de l'aider à formuler ces conditions si nécessaire (elle peut aussi conclure qu'il n'est pas possible ou approprié de formuler une solution technique unique, auquel cas la demande de propositions avec dialogue sera peut-être la meilleure solution—voir le **commentaire de cette méthode**).

Sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes (article 33)

1. La sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes suit les règles de l'appel d'offres ouvert énoncées à l'article 33, l'article 48 appliquant à l'appel d'offres en deux étapes les dispositions du chapitre III (l'application du chapitre III est soumise aux dérogations visées à l'article 48). Une des

principales caractéristiques de l'appel d'offres ouvert — sollicitation internationale publique et sans restriction de la participation des fournisseurs ou entrepreneurs — est donc présente dans l'appel d'offres en deux étapes.

2. Le concept de sollicitation publique, internationale et sans restriction est expliqué dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. L'exigence d'une sollicitation publique et sans restriction n'admet aucune exception. Si des procédures de préqualification précèdent l'appel d'offres en deux étapes, comme le permet l'article 18, elles garantissent qu'il y a invitation publique et sans restriction à participer à la préqualification. Même si la sollicitation qui suit la procédure de préqualification n'est adressée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés, le principe de la sollicitation ouverte est préservé si l'invitation à participer à la préqualification est publiée.

3. L'article 33-4 prévoit des exceptions limitées à l'exigence d'une sollicitation internationale, comme l'explique aussi le commentaire de la section II du chapitre II. Ces exceptions ne sont permises que pour prendre en compte la passation de marchés nationaux ou de faible valeur. Dans tous les autres cas, l'invitation à soumettre une offre doit être publiée dans la publication mentionnée dans les règlements en matière de passation des marchés et internationalement dans une publication assurant l'accès effectif des fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

4. On trouvera dans le commentaire de la section II du chapitre II des indications plus détaillées sur la sollicitation.

Procédures de l'appel d'offres en deux étapes (article 48)

1. L'article 48 régit les procédures de l'appel d'offres en deux étapes. Le paragraphe 1 rappelle que les règles de l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes, sauf modification due aux procédures propres à ce dernier. Certaines règles de l'appel d'offres ouvert sont applicables sans modification, notamment celles concernant les procédures de sollicitation des offres (art. 36), la teneur de l'invitation à soumettre une offre (art. 37) et la communication du dossier de sollicitation (art. 38). D'autres règles du chapitre III nécessitent une modification compte tenu des particularités de l'appel d'offres en deux étapes décrites aux paragraphes 2 à 4 de l'article 48. Par exemple, les dispositions de l'article 39 faisant référence au prix dans le dossier de sollicitation ne sont pas pertinentes lorsque des offres initiales sont sollicitées. Les dispositions de l'article 41 sur la période de validité, la modification et le retrait des offres doivent se lire conjointement avec l'alinéa 4 *d* de l'article 48, qui permet à un fournisseur

ou entrepreneur ne voulant pas présenter d'offre définitive de se retirer de la procédure sans perdre sa garantie de soumission.

2. Certaines dispositions du chapitre III, telles que l'article 42 sur l'ouverture des offres et les dispositions de l'article 43 sur l'évaluation des offres, ne s'appliqueront qu'aux offres définitives soumises en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. En revanche, les dispositions de l'article 40 sur la présentation des offres et de l'article 43 sur l'examen des offres s'appliqueront aussi bien aux offres initiales qu'aux offres définitives. Il convient d'interpréter les dispositions de l'article 44, qui interdisent toute négociation avec les fournisseurs ou entrepreneurs après que les offres ont été soumises, en considérant les échanges de l'appel d'offres en deux étapes comme des discussions et non des négociations. L'interdiction des négociations proprement dites vaut tout au long de la procédure d'appel d'offres en deux étapes (même après la soumission des offres définitives, au cas où l'entité adjudicatrice demanderait des éclaircissements sur la soumission en vertu de l'article 16, comme l'explique le **commentaire de cet article**).

3. Le paragraphe 2 énonce des règles propres à la sollicitation des offres initiales. Elles modifient les règles sur la sollicitation énoncées au chapitre III. À ce stade, l'entité adjudicatrice peut solliciter des suggestions d'améliorations techniques concernant toutes les conditions du marché autres que le prix. Compte tenu des conditions d'utilisation de cette méthode de passation de marché (voir l'article 30-1 et l'explication du **commentaire de cet article**), l'entité adjudicatrice devrait en principe solliciter de telles suggestions d'améliorations concernant les caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché et, s'il y a lieu, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

4. L'article ne prévoit pas de règles spécifiques pour la présentation et l'examen des offres initiales. Les dispositions pertinentes du chapitre III s'appliquent. En particulier, les dispositions applicables de l'article 43-2 régissent les cas de rejet de l'offre initiale, à savoir: si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre n'a pas les qualifications requises; si l'offre présentée n'est pas conforme (notamment si elle comporte un prix); ou si un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs prévus à l'article 21 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). Les autres motifs de rejet mentionnés à l'article 43-2 ne peuvent s'appliquer; ils concernent des situations où les prix des offres sont examinés, ce qui n'est pas le cas durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres ne sont pas rejetées ont le droit de continuer à participer à la procédure de passation de marché.

5. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de tenir avec les fournisseurs ou entrepreneurs, dont l'offre initiale n'a pas été rejetée, des discussions sur tout aspect de leur offre. Celles-ci peuvent porter sur tout aspect de la passation de marché sauf le prix. Des discussions ne seront pas toujours nécessaires: il se peut que l'entité adjudicatrice puisse elle-même affiner et arrêter les conditions de la passation de marché sur la base des offres initiales reçues. Les dispositions du paragraphe 3 exigent que l'entité adjudicatrice, si elle décide d'engager des discussions, offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales d'y participer. Dans ce contexte, l'expression "chances égales" signifie que les fournisseurs ou entrepreneurs sont traités de manière aussi égale que ne le permettent l'obligation d'éviter la divulgation d'informations confidentielles et la nécessité d'éviter la collusion. Les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient mettre en exergue cet aspect fondamental de la procédure d'appel d'offres en deux étapes. En outre, elles devraient souligner la nécessité de consigner les détails des discussions au procès-verbal de la procédure de passation de marché visé à l'article 25.

6. Le paragraphe 4 régit la procédure à suivre dans les étapes suivantes de l'appel d'offres en deux étapes dans la mesure où elles diffèrent des règles de l'appel d'offres ouvert posées au chapitre III de la Loi type. Il régit également des questions découlant de la préparation et de la communication de conditions révisées définitives de la passation de marché, telles que la portée des modifications pouvant être apportées aux conditions initialement annoncées.

7. L'alinéa 4 *a* impose à l'entité adjudicatrice d'adresser l'invitation à présenter des offres définitives, une fois publiées les conditions révisées de la passation de marché, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à la première étape. Les offres définitives sont équivalentes aux offres soumises dans l'appel d'offres ouvert: elles sont évaluées du point de vue de la conformité à la sollicitation et elles comportent les prix.

8. L'alinéa 4 *b* traite de la portée des modifications pouvant être apportées aux conditions initialement annoncées. Il est permis d'apporter des changements (suppressions, modifications ou ajouts) aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché et aux critères d'examen et d'évaluation des offres, à condition que l'objet du marché lui-même n'en soit pas modifié. Les changements entraînant une modification de l'objet du marché lui-même constituent des changements "substantiels", comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 15-3**; dans de tels cas, une nouvelle procédure de passation de marché est requise. Limitant la latitude de l'entité adjudicatrice de préciser des points de la description de l'objet du marché initialement annoncée, cette condition est une garantie

importante d'un traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Si à la fin de la première étape d'un appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice décide qu'il faut modifier la description de l'objet du marché, elle doit engager une nouvelle procédure de passation de marché. De nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs pourront ainsi participer (y compris ceux dont les offres initiales ont été rejetées ou qui auraient désormais les qualifications requises). Voir également ci-après le **commentaire des procédures de la demande de propositions avec dialogue**.

9. Le sous-alinéa 4 *b i* explique la portée des changements pouvant être apportés à la description de l'objet du marché par référence aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de cet objet. Les types de changements envisagés sont notamment ceux qui concernent les caractéristiques techniques—comme la qualité des composants des matériaux de construction, des fixations en bois ou en acier, du bois de planchers ou de la manière d'atténuer des problèmes d'acoustique dans des installations sportives. Ce type d'amélioration est parfois appelé "analyse de la valeur".

10. Des modifications des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché peuvent obliger à modifier les critères d'examen ou d'évaluation. Le sous-alinéa *b ii* autorise donc les modifications des critères d'examen ou d'évaluation rendues nécessaires par celles des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché. Aucun autre changement n'est autorisé. Modifier les critères d'examen ou d'évaluation au-delà de ce que permet le sous-alinéa *b ii* ferait que ces critères ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance. Il y aurait risque d'abus.

11. L'alinéa *c* exige que toute modification des conditions de la passation de marché initialement annoncées soit portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive.

12. L'alinéa *d* permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de s'abstenir de soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qui a pu leur être demandée pour participer à la procédure de passation de marché. Cette disposition vise à accroître la participation des fournisseurs ou entrepreneurs: à la date limite de soumission des offres initiales, on ne peut s'attendre qu'ils sachent quels changements peuvent être apportés ultérieurement aux conditions de la passation de marché. Cependant, compte tenu des caractéristiques de cette méthode de passation de marchés, il est fort probable que des garanties de soumission seront exigées à la présentation des offres définitives et non des offres initiales. Comme il est noté dans le **commentaire de la définition de la "garantie de soumission"** et de l'**article 17**, il est déconseillé de demander plus d'une garantie de soumission dans une même procédure de passation de marché.

13. L'alinéa *e* soumet les procédures d'examen et d'évaluation des offres définitives et de sélection de l'offre à retenir aux règles de l'appel d'offres ouvert du chapitre III de la Loi type.

14. En ce qui concerne la confidentialité dans cette méthode de passation de marchés, le risque de révéler par inadvertance ou autrement des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou entrepreneurs concurrents peut survenir non seulement au stade des discussions mais aussi lors de la formulation des conditions révisées de la passation de marché, par exemple, si des exigences, symboles et termes sont utilisés pour décrire les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance révisées de l'objet du marché, révélant involontairement la source d'information, et si des modifications des conditions initialement annoncées sont communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux dispositions de l'alinéa 4 *c*. Conformément aux dispositions de l'article 24, l'entité adjudicatrice doit respecter tout au long du processus la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Demande de propositions avec dialogue

Description générale et considérations de politique générale

1. La demande de propositions avec dialogue est une méthode conçue pour la passation de marchés d'articles et de services relativement complexes. On l'utilise habituellement pour des passations de marchés où l'on cherche à obtenir des solutions techniques novatrices afin d'économiser de l'énergie, de promouvoir la passation de marchés responsable ou de répondre à des besoins d'infrastructure. Dans de tels cas, il peut y avoir différentes solutions techniques: les matériaux peuvent varier et appeler l'utilisation d'une source d'énergie (éolienne, solaire ou fossile) plutôt qu'une autre.

2. Cette méthode de passation des marchés ressemble à l'appel d'offres en deux étapes du point de vue de la procédure mais en diffère sur le fond. Elle suppose un dialogue, dont la nature est expliquée dans l'introduction du présent chapitre; en résumé, elle vise à permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de comprendre par le dialogue avec l'entité adjudicatrice les besoins de celle-ci, énoncés dans sa demande de propositions. Le dialogue, qui peut comporter plusieurs étapes, est un échange entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs, tant sur les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de leurs propositions que sur leurs aspects financiers. Il peut comprendre une discussion sur les incidences financières de certaines solutions techniques, notamment le prix ou la fourchette de prix. Toutefois, comme dans l'appel d'offres en deux étapes, il

n'est pas censé donner lieu à des négociations contraignantes entre les parties. La Loi type régleme cette méthode de passation de marchés de manière très détaillée pour atténuer les risques et difficultés qu'elle peut entraîner si elle est utilisée à mauvais escient ou sans l'attention ni la capacité requises pour l'utiliser efficacement.

3. Les méthodes fondées sur ce type de dialogue se sont avérées avantageuses pour l'entité adjudicatrice dans les passations de marchés d'articles et de services relativement complexes où ne pas engager de dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs entraîne un coût d'opportunité élevé alors que les bénéfices économiques du dialogue sont évidents. Outre les utilisations typiques décrites plus haut, elles peuvent convenir, par exemple, à la passation de marchés de travaux d'architecture ou de construction, où il peut y avoir de nombreuses solutions aux besoins de l'entité adjudicatrice et où un dialogue est le seul moyen d'évaluer les compétences et les connaissances spécialisées du fournisseur ou de l'entrepreneur. La complexité ne doit pas nécessairement être de nature technique: dans les projets d'infrastructure, par exemple, le lieu et le type de travaux peuvent être les principales variables. Dans de telles situations, cette méthode permet à l'entité adjudicatrice de déterminer et d'obtenir la solution répondant le mieux à ses besoins.

4. Puisque le dialogue suppose généralement des procédures complexes et longues, cette méthode ne devrait être utilisée que lorsqu'elle présente suffisamment d'avantages et non pour des articles simples achetés habituellement au moyen de méthodes sans interaction avec les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, elle n'est pas censée s'appliquer aux cas où des négociations sont imposées par l'urgence ou le manque de concurrence (dans de tels cas, le recours aux négociations avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique est autorisé par la Loi type). Elle ne s'applique pas aux négociations visant uniquement des réductions de prix, comme dans la demande de propositions avec négociations consécutives, ni aux situations où il convient d'utiliser une procédure d'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 30-1, c'est-à-dire lorsque l'entité adjudicatrice doit préciser ses besoins et envisage de formuler un seul ensemble de conditions de la passation de marché (dont des spécifications), en fonction desquelles les offres pourront être présentées.

5. Comme toutes les méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type, la demande de propositions avec dialogue n'est pas censée n'être utilisée que pour un type de marché précis (biens, travaux ou services), et l'entité adjudicatrice pourra la choisir si les conditions d'utilisation sont remplies et si elle juge que c'est la méthode qui convient le mieux aux circonstances. Comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre, les

règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité pourraient aider l'entité adjudicatrice dans cette décision.

6. Cette méthode suppose que l'entité adjudicatrice établisse une description de ses besoins avec des exigences techniques minimales, comprenne les solutions techniques proposées et les évalue en les comparant. Elle peut donc exiger des responsables de la passation de marché des capacités que n'exigent pas d'autres méthodes, notamment pour éviter qu'elle ne remplace une bonne préparation. Le risque est alors de laisser au marché ou aux fournisseurs ou entrepreneurs la responsabilité de définir les besoins faisant l'objet de la passation de marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs formulent des propositions pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice mais ne doivent pas jouer le premier rôle dans la définition de ces besoins.

7. L'article 49 contient des règles détaillées sur les procédures de cette méthode de passation de marchés, censées constituer des garanties contre d'éventuelles utilisations abusives, ainsi que des mesures de contrôle strictes. Toutefois, il laisse à l'entité adjudicatrice la souplesse et la latitude nécessaires à l'utilisation de cette méthode, sans lesquelles celle-ci ne présenterait plus d'avantages. Ses dispositions correspondent à celles des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 85 de la première partie du présent *Guide*).

8. Les garanties visent en particulier: *a*) la transparence, en exigeant que toutes les parties concernées soient dûment informées des décisions essentielles prises au début, au cours et à la fin de la procédure de passation de marché, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles comme l'exige l'article 24; *b*) l'objectivité, la sécurité et la prévisibilité du processus, en exigeant en particulier que toutes les méthodes visant à limiter ou à réduire le nombre de participants soient annoncées dès le début la procédure, en réglementant la portée des modifications pouvant être apportées aux conditions de la passation de marché et en interdisant les négociations après la présentation des meilleures offres définitives; *c*) la promotion d'une concurrence effective, par les mêmes mécanismes; *d*) le renforcement de la participation et le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, en exigeant que le dialogue soit mené de façon concomitante et par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice, en réglementant la communication d'informations par l'entité adjudicatrice aux fournisseurs et entrepreneurs participant au dialogue et en énonçant des règles pour les étapes postérieures au dialogue; et *e*) la responsabilisation, en exigeant de conserver l'ensemble du dossier, en complément des dispositions de l'article 25.

9. De même, les fournisseurs ou entrepreneurs ne seront pas disposés à participer si leurs propositions, qui ont une valeur commerciale, deviennent ensuite une description accessible à tous les participants potentiels. Comme il est expliqué plus haut, les procédures de cette méthode comportent des garanties car elles n'envisagent pas que soit communiqué un ensemble complet de conditions de la passation de marché sur la base desquelles des propositions pourraient être présentées à n'importe quelle étape (contrairement à l'appel d'offres en deux étapes en vertu de l'article 48, comme il est expliqué dans le **commentaire correspondant**). Sont communiqués au début de la passation de marché un ensemble unique d'exigences minimales et une liste de critères d'évaluation assortis d'un coefficient de pondération ou, à défaut, classés par ordre d'importance décroissant, qui ne peuvent pas être modifiés par la suite.

10. La demande de propositions avec dialogue comporte deux étapes. À la première étape, l'entité adjudicatrice émet une sollicitation, décrivant ses besoins sous la forme d'un cahier des charges pour aider les fournisseurs ou entrepreneurs à rédiger leurs propositions. Ces besoins peuvent être exprimés en termes fonctionnels, de performance ou de résultat, mais doivent inclure des exigences techniques minimales. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes, il n'est pas prévu dans ce cas que l'entité adjudicatrice fournisse une description technique complète de l'objet du marché.

11. La deuxième étape est le dialogue, qui doit être mené "de façon concomitante". Cette expression vise à souligner que tous les fournisseurs et entrepreneurs doivent se voir accorder une chance égale de participer au dialogue et qu'il n'y a pas de discussions consécutives. Elle vise aussi à éviter de donner l'impression que le dialogue doit être mené exactement en même temps avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui présupposerait que le dialogue soit mené par différents responsables de la passation de marché ou comités de négociation composés de différents responsables. Une telle situation n'est pas jugée souhaitable, car elle risquerait de causer une inégalité dans le traitement des fournisseurs et entrepreneurs. On trouvera ci-après, dans le **commentaire sur les procédures de cette méthode de passation**, des indications sur la tenue de ce dialogue.

12. À l'issue du dialogue, les fournisseurs et entrepreneurs soumettent leur meilleure offre définitive pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Les meilleures offres définitives des divers fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être similaires en certains points et différer considérablement sur d'autres, notamment en ce qui concerne les solutions techniques proposées. Cette méthode permet donc à l'entité adjudicatrice de comparer différentes solutions techniques en fonction de ses besoins.

*Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue
(article 30-2)*

1. L'article 30-2 contient les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue. Les conditions énoncées au paragraphe 2 peuvent apaiser les préoccupations quant à une utilisation inappropriée de cette méthode en empêchant effectivement qu'elle ne soit utilisée pour acquérir des articles qui devraient l'être par appel d'offres ou par d'autres méthodes de passation de marchés moins souples.

2. L'alinéa 2 *a* de cet article énonce ce qui devrait être la principale condition d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue: que l'entité adjudicatrice ne puisse formuler une description détaillée de l'objet du marché au début de la procédure comme l'exige l'article 10, et qu'elle pense devoir engager un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour obtenir la solution répondant le mieux à ses besoins. Dans la pratique, l'entité adjudicatrice doit pouvoir décrire ses besoins de manière générale au début de la passation de marché, sous la forme d'exigences fonctionnelles (ou de performance ou de résultat). L'article 49 lui impose d'énoncer les exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes. Cette exigence permet une participation efficace des fournisseurs ou entrepreneurs et souligne le fait qu'une mauvaise planification risque d'entraîner l'échec de la passation de marché.

3. De même, la situation décrite à l'alinéa *b* concerne les passations de marchés où il faut une solution sur mesure (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 est un élément important. La troisième condition, mentionnée à l'alinéa *c*, concerne la passation de marchés touchant la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Elle recouvre généralement les secteurs de la sécurité et de la défense, où l'objet du marché et les conditions de fourniture peuvent être extrêmement complexes, tout en exigeant des mesures de protection d'informations classifiées.

4. La dernière condition d'utilisation de cette méthode, énoncée à l'alinéa *d*, est la même que l'une des conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes: qu'une procédure d'appel d'offres ouvert ait été engagée mais ait échoué. Dans de telles situations, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons de l'échec de l'appel d'offres ouvert. Si elle conclut qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou le recours à une méthode de passation du chapitre IV sont voués à l'échec, elle peut aussi conclure qu'elle a du mal à formuler d'emblée des conditions suffisamment précises. Les raisons de cet échec devraient l'aider à choisir entre l'appel d'offres en deux

étapes visé à l'alinéa 1 *b* de l'article 30 et la demande de propositions avec dialogue visé à l'alinéa 2 *d* du même article. Pour pouvoir utiliser cette dernière, l'entité adjudicatrice doit conclure qu'il serait impossible ou qu'il ne conviendrait pas de formuler un ensemble complet et unique de conditions et qu'il faut donc un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour que la passation de marché aboutisse.

5. Non seulement la Loi type impose une liste exhaustive de conditions d'utilisation de cette méthode, mais elle mentionne également la possibilité d'exiger que son utilisation soit approuvée par un organe externe. Si un État adoptant décide de prévoir une approbation préalable par une autorité désignée, il doit adopter le membre de phrase entre crochets figurant au début du chapeau du paragraphe 2 (Pour les considérations de politique générale concernant les mécanismes d'approbation préalable, voir la section "**Appui institutionnel**" de la première partie du présent *Guide*). La référence exceptionnelle à un mécanisme d'approbation préalable vise dans ce cas à indiquer aux États adoptants que des mesures de contrôle plus strictes de l'utilisation de cette méthode pourraient se justifier étant donné que ses caractéristiques particulières l'exposent à des abus, risque qui pourrait être difficile à atténuer dans certains États adoptants. Si ces dispositions sont adoptées, il appartiendra à l'État adoptant de désigner une autorité de tutelle et de définir ses prérogatives dans la procédure de passation de marché, et notamment de décider si ces prérogatives 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.

Sollicitation dans la demande de propositions avec dialogue (article 35)

1. L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation fondées sur la demande de propositions. La règle par défaut dans la Loi type pour ces méthodes est la sollicitation internationale publique et sans restriction, selon l'explication de cette expression dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. La sollicitation internationale publique et sans restriction dans la demande de propositions avec dialogue suppose une invitation publique et internationale à participer à la passation de marché, la communication de la demande de propositions à tous ceux qui répondent à l'invitation et l'examen des qualifications et propositions des fournisseurs et entrepreneurs qui en soumettent. Les exceptions à la règle par défaut exigeant une sollicitation internationale sont les mêmes que celles prévues à l'article 33-4 en ce qui concerne l'appel d'offres ouvert: marché national et marché de faible valeur où les avantages d'une sollicitation internationale sont inférieurs à son coût, ou si elle n'a pas lieu d'être.

2. Comme il est expliqué dans le **commentaire de la section II du chapitre II** et dans le **commentaire de l'article 18**, la procédure de préqualification permet d'identifier les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés mais n'est pas un moyen de limiter le nombre de participants. Elle vise à déterminer si les fournisseurs ou entrepreneurs ont ou non les qualifications requises. La demande de propositions avec dialogue suppose que les fournisseurs ou entrepreneurs participants investissent beaucoup de temps et de ressources dans leur participation. Ils seront réticents à participer s'ils n'ont pas une chance raisonnable de remporter le marché à la fin du processus; le risque pour l'entité adjudicatrice est que trop de fournisseurs et entrepreneurs potentiels soient préqualifiés et qu'elle doive tous les admettre à la procédure. Les procédures de la demande de propositions avec dialogue prévoient donc un dispositif permettant à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre des participants à un niveau approprié: la "présélection", décrite ci-après dans le **commentaire sur les procédures de la demande de propositions avec dialogue**. La sollicitation internationale publique et sans restriction subsiste cependant dans la procédure de présélection, puisqu'une invitation à la présélection doit satisfaire aux exigences concernant les invitations à la préqualification visées à l'article 18-2. En cas de présélection, la demande de propositions doit être communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

3. Le paragraphe 2 de l'article 35 offre un choix entre sollicitation publique et sans restriction et sollicitation directe dans trois cas où exiger la première pourrait être inapproprié ou contraire aux objectifs d'économie et d'efficacité: premièrement, lorsque l'objet du marché, de par sa nature très complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (art. 35-2 *a*), situation probable dans les circonstances dans lesquelles la demande de propositions avec dialogue est utilisable; deuxièmement, lorsque 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 (art. 35-2 *b*); et troisièmement, lorsque la passation de marché met en jeu des informations classifiées (art. 35-2 *c*).

4. Les deux premiers cas sont les mêmes que ceux qui justifient le recours à l'appel d'offres restreint: les considérations évoquées dans le **commentaire relatif à la sollicitation dans l'appel d'offres restreint** valent donc dans ces cas. Lorsqu'elle a recours à la sollicitation directe pour le motif énoncé à l'article 35-1 *a*, l'entité adjudicatrice doit solliciter des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché. Lorsqu'elle a recours à la sollicitation directe pour le motif énoncé à l'article 35-1 *b*, l'entité adjudicatrice doit solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective et les sélectionner d'une manière non discriminatoire.

Lorsqu'elle a recours à la sollicitation directe pour le motif énoncé à l'article 35-1 *c*, l'entité adjudicatrice doit solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

5. Dans tous les cas de sollicitation directe, l'entité adjudicatrice doit indiquer dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (art. 35-3). Elle doit aussi publier un avis préalable de passation de marché (art. 35-4) à moins que des informations classifiées n'en soient ainsi compromises.

6. Pour un examen de ces exigences et de leurs conséquences, notamment de la combinaison de l'exigence énoncée à l'article 35-2 *a* de solliciter des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché, du risque que des fournisseurs ou entrepreneurs inconnus se manifestent à la suite de la publication de l'avis préalable et du fait que l'entité adjudicatrice ne peut pas rejeter les propositions inattendues ou non sollicitées, voir le **commentaire de la section II du chapitre II** et le commentaire sur la sollicitation dans l'introduction concernant les méthodes de passation des marchés du chapitre IV. Ce dernier commentaire traite aussi des mécanismes garantissant que les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés pour participer en cas de sollicitation directe en vertu de l'article 35-2 *b* le sont de manière non discriminatoire.

Procédures de la demande de propositions avec dialogue (article 49)

1. L'article 49 régit les procédures de la demande de propositions avec dialogue, dont les étapes sont les suivantes: *a*) une demande facultative de manifestation d'intérêt, ne conférant aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs, pas même le droit de voir leurs propositions évaluées par l'entité adjudicatrice. En ce sens, elle s'apparente au préavis concernant la possibilité d'un marché futur, visé à l'article 6-2 (voir le **commentaire de l'article 6**); *b*) une présélection s'il est prévu que les candidats qualifiés exprimant un intérêt à participer seront plus nombreux que le nombre optimal; dans le cas contraire, une sollicitation ouverte ou directe en vertu de l'article 35; *c*) l'envoi de la demande de propositions à ceux qui répondent à la sollicitation ouverte ou directe ou qui sont présélectionnés, selon le cas; *d*) un dialogue concomitant se tenant généralement en plusieurs sessions ou phases; *e*) la clôture du dialogue par une demande de présentation des meilleures offres définitives; et *f*) l'attribution du marché. L'article régit ces étapes de la procédure dans l'ordre indiqué, à l'exception de la demande facultative

de manifestation d'intérêt, qui, comme on l'a dit, relève des dispositions de l'article 6.

2. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 35-1 de la Loi type, rappelle que la sollicitation internationale publique et sans restriction est la règle par défaut. Les exceptions à cette règle sont mentionnées dans le **commentaire sur la sollicitation dans la demande de propositions avec dialogue**.

3. En cas de sollicitation publique et sans restriction, s'il n'y a pas présélection, l'entité adjudicatrice publie une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue, qui doit contenir les renseignements minimaux énumérés au paragraphe 2. Ces renseignements minimaux visent à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils sont intéressés à participer à la procédure de passation de marché et s'ils remplissent les conditions requises et, dans l'affirmative, comment ils le peuvent. Les renseignements sont semblables à ceux exigés pour une invitation à soumettre une offre (art. 37).

4. Le paragraphe 2 énumère les renseignements minimaux requis; il n'empêche pas l'entité adjudicatrice d'inclure d'autres renseignements qu'elle juge appropriés. Une description des besoins et des conditions de la passation de marché, dans la mesure où ils sont connus, doit être incluse dans l'invitation pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer s'ils sont intéressés à participer à la procédure de passation de marché. L'entité adjudicatrice doit cependant tenir compte du fait que la pratique habituelle est d'établir une invitation brève contenant les informations les plus importantes sur la passation de marché, celles qui sont les plus utiles au stade initial de la procédure. Tous les autres renseignements sur la passation de marché, dont des précisions sur les renseignements fournis dans l'invitation, figurent dans la demande de propositions (voir le paragraphe 5 de l'article). Cette façon de procéder contribue à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans la teneur des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Elle est particulièrement indiquée dans cette méthode de passation de marchés car il se peut que certaines informations deviennent disponibles ou soient précisées à un stade ultérieur de la procédure (dans la mesure permise par le paragraphe 9 de l'article).

5. Le paragraphe 3 régit la procédure de présélection que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demande des propositions. Ses dispositions correspondent pour l'essentiel aux dispositions sur la présélection figurant dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 85 de la première partie du présent *Guide*). La procédure de présélection

permet à l'entité adjudicatrice de préciser dès le début de la passation de marché que seul un certain nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs les plus qualifiés seront admis à l'étape suivante de la procédure de passation. Cet outil est disponible en tant qu'option, s'il est prévu que de nombreux candidats qualifiés exprimeront leur intérêt à participer à la passation de marché. La Loi type ne prévoit cette possibilité que pour cette méthode de passation de marché: on considère qu'elle se justifie alors compte tenu du temps et du coût que supposeraient l'examen et l'évaluation d'un grand nombre de propositions. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la participation ouverte.

6. La présélection se déroule conformément aux règles applicables à la procédure de préqualification. Les dispositions de l'article 18 s'appliquent donc à la présélection sauf dans la mesure où le paragraphe 3 y déroge (pour tenir compte de la nature et de l'objet de la procédure de présélection). Par exemple, à des fins de transparence et pour assurer un traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice annonce dès le début de la passation de marché que la procédure de présélection sera utilisée, indiquant le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels elle demandera des propositions, les modalités de sélection de ce nombre et les critères qui seront utilisés pour noter les fournisseurs ou entrepreneurs, lesquels devraient constituer des critères de qualification et être objectifs et non discriminatoires.

7. Le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs à présélectionner doit être fixé par l'entité adjudicatrice en fonction des circonstances de la passation de marché de manière à assurer une concurrence effective. Si possible, le minimum devrait être de trois. Si l'entité adjudicatrice décide de préciser le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront admis à participer au dialogue (voir l'alinéa 5 g de l'article), elle devra fixer le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions en tenant compte des nombres minimum et maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle compte admettre au dialogue, indiqués dans la demande de propositions conformément à l'alinéa 5 g de l'article. Il est recommandé que le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à soumettre des propositions soit supérieur au nombre maximum admis au dialogue, afin que l'entité adjudicatrice puisse choisir dans un groupe plus grand les candidats les plus aptes à participer au dialogue. Pour permettre un recours efficace, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice informe rapidement les fournisseurs ou entrepreneurs des résultats de la présélection et communique à ceux qui n'ont pas été présélectionnés les motifs du rejet.

8. Le paragraphe 4 précise le groupe de fournisseurs ou entrepreneurs auxquels doit être adressée la demande de propositions. Selon les

circonstances de la passation de marché, il peut s'agir de l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à l'invitation; s'il y a eu présélection, uniquement ceux qui ont été présélectionnés; dans le cas d'une sollicitation directe, uniquement ceux qui sont directement invités. Les dispositions contiennent également une règle standard de la Loi type, selon laquelle le prix éventuellement demandé pour la demande de propositions ne peut dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés (voir le **commentaire de l'article 38**).

9. Le paragraphe 5 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions, afin d'aider les fournisseurs ou entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de les comparer en toute égalité. Cette liste correspond largement, dans son niveau de détail et quant au fond, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (voir art. 39) et celle de la demande de propositions sans négociation (voir art. 47-4). Les différences tiennent aux procédures propres à cette méthode de passation de marchés.

10. Les renseignements concernant le prix des propositions sont peut-être moins importants dans les marchés de services consultatifs, où le coût n'est pas un critère d'évaluation majeur, si bien que les propositions initiales ne doivent généralement pas mentionner les aspects financiers ou le prix. En revanche, dans les critères d'évaluation visés à l'alinéa *h*, on insistera, dans ce type de passation de marchés, sur l'expérience du prestataire de services pour la tâche envisagée, la bonne compréhension de la tâche envisagée et de la méthodologie proposée, les qualifications des principaux agents proposés, le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément de la passation de marché ou en fait partie intégrante et, le cas échéant, le nombre de nationaux participant parmi les principaux agents à la prestation des services (voir le **commentaire de l'article 11-2 c**).

11. Ces critères d'évaluation peuvent s'ajouter à une exigence minimale concernant les compétences et l'expérience, exprimée sous la forme de critères de qualification en vertu de l'article 9 et de l'alinéa 2 *e* de l'article 49. Alors qu'en vertu de l'article 9 l'entité adjudicatrice rejettera les propositions de fournisseurs ou entrepreneurs ne répondant pas à une exigence minimale de 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.

12. Même si le dialogue porte principalement sur les aspects techniques, qualitatifs et de performance ou sur des questions juridiques ou autres

questions 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. C'est pourquoi il peut être demandé aux fournisseurs ou entrepreneurs d'indiquer un prix préliminaire dans leurs propositions. Le prix est toujours mentionné dans les meilleures offres définitives.

13. L'alinéa 5 *g* s'applique aux situations où l'entité adjudicatrice, compte tenu des circonstances de la passation de marché, décide de fixer un nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle dialoguera. Cette limitation devrait viser à obtenir le nombre optimal de participants, en tenant compte du fait que, dans la pratique, tenir des négociations concomitantes avec de nombreux fournisseurs ou entrepreneurs s'est avéré laborieux, voire irréaliste, et risque de décourager la participation. Les dispositions mentionnent un nombre minimum souhaitable de trois participants. Elles sont complétées par les dispositions des paragraphes 6 *b* et 7.

14. L'alinéa 5 *h* mentionne les critères et procédures pour évaluer les propositions conformément à l'article 11, qui prévoit en particulier des exceptions aux exigences par défaut concernant l'attribution d'un coefficient de pondération à tous les critères d'évaluation, compte tenu des particularités de cette méthode de passation de marchés. Ces particularités peuvent empêcher l'entité adjudicatrice de déterminer au début de la passation de marché les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation. L'article 11 permet donc d'énumérer les critères pertinents par ordre décroissant d'importance. Si des sous-critères sont aussi connus à l'avance, il convient de les mentionner également et de leur attribuer si possible un coefficient de pondération; à défaut, ils doivent également être énumérés par ordre décroissant d'importance. Il est admis qu'avec cette méthode, le degré de souplesse nécessaire pour déterminer les critères et procédures d'évaluation peut varier selon la passation de marché. Toutefois, l'entité adjudicatrice se doit de donner une idée précise des critères et procédures d'évaluation dès le début de la procédure de passation de marché: c'est là une exigence fondamentale de l'article 11.

15. Dans le contexte de l'alinéa 5 *m*, exigeant que l'entité adjudicatrice spécifie dans la demande de propositions toutes autres exigences concernant la procédure, il peut être utile d'inclure le calendrier envisagé pour celle-ci. L'utilisation de cette méthode de passation de marchés exige généralement de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs beaucoup de temps et de ressources. Un calendrier prévisionnel de la procédure dans la demande de propositions favorise une meilleure planification du marché et rend le processus plus prévisible, en particulier pour ce qui est de la durée maximale pendant laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs sont censés engager leur temps et leurs ressources. Il donne également aux deux parties une meilleure

idée de la chronologie des diverses étapes et des ressources (personnel, experts, documents, modèles, etc.) pertinentes à mobiliser et à quelle étape.

16. Une fois la demande de propositions adressée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, il convient de leur laisser suffisamment de temps pour établir et soumettre leurs propositions. Le délai doit être précisé dans la demande de propositions et peut être ajusté si nécessaire, conformément aux exigences de l'article 14.

17. Le paragraphe 6 régit l'examen des propositions (évaluation de la conformité). Toutes les propositions doivent être évaluées par rapport aux critères minimaux établis, communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à participer à la passation de marché ou dans la demande de propositions. Il se peut que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis au stade suivant de la procédure de passation de marché—le dialogue—diminue à la suite du rejet de propositions non conformes, c'est-à-dire ne satisfaisant pas à ces critères. Comme la procédure de préqualification (voir le **commentaire de l'article 18**), la procédure d'examen ne peut servir à limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'étape suivante. Si tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des propositions conformes, tous doivent être admis au dialogue, sauf si l'entité adjudicatrice s'est réservée le droit de n'en inviter qu'un nombre limité, ce qu'elle peut faire dans le cas de la demande de propositions, comme il est dit à propos de l'alinéa 5 g (voir ci-dessus, par. 13). Dans ce cas, si le nombre de propositions conformes dépasse le maximum établi, elle sélectionnera le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions. La Loi type elle-même ne régit pas cette procédure ni ces critères, qui peuvent varier d'une passation de marché à l'autre. On ne peut exclure un certain degré de subjectivité lors de la sélection dans cette méthode de passation de marchés. Le risque de pratiques abusives devrait être atténué par l'obligation de spécifier, dans la demande de propositions, la procédure et les critères de sélection applicables, et de communiquer rapidement les résultats de la procédure d'examen, notamment les motifs de rejet, le cas échéant. Ces exigences devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de contester efficacement les décisions de l'entité adjudicatrice. Des techniques de gestion pour superviser la procédure peuvent également appuyer ces outils réglementaires.

18. Conformément au paragraphe 7, le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs invités au dialogue doit dans tous les cas être suffisant pour assurer une concurrence effective. Le nombre minimum souhaitable de trois fournisseurs ou entrepreneurs y est rappelé, comme à l'alinéa 5 g. L'entité adjudicatrice pourra toutefois poursuivre la procédure de passation de marché si une ou deux propositions conformes seulement sont présentées. La

raison en est que même s'il y a un nombre suffisant de propositions conformes, elle n'a aucun moyen de faire en sorte que le nombre de concurrents reste le même jusqu'à la fin de la phase de dialogue: rien n'empêche des fournisseurs ou entrepreneurs de se retirer à tout moment du dialogue.

19. Le paragraphe 8 énonce deux exigences concernant les modalités du dialogue: qu'il soit tenu de façon concomitante et que les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice y procèdent afin d'assurer la cohérence des résultats. Le mot "représentants" y est au pluriel car on considère qu'il est de bonne pratique d'utiliser des comités de plusieurs personnes, notamment pour lutter contre la corruption. Cette exigence n'empêche pas l'entité adjudicatrice de tenir un dialogue avec un seul fournisseur ou entrepreneur, comme il est expliqué plus haut. Le dialogue peut comporter plusieurs sessions ou phases. À la fin de chaque session ou phase, les besoins de l'entité adjudicatrice sont précisés et les fournisseurs ou entrepreneurs participants ont l'occasion de modifier leurs propositions en tenant compte de ces précisions et des questions et commentaires de l'entité adjudicatrice.

20. Les expressions "fournisseurs ou entrepreneurs participants" et "fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition" utilisées aux paragraphes suivants indiquent que le groupe de fournisseurs ou entrepreneurs présents à la première phase du dialogue peut diminuer au cours du processus. Il se peut que certains fournisseurs ou entrepreneurs décident de ne pas poursuivre le dialogue ou en soient exclus par l'entité adjudicatrice pour des motifs prévus dans la Loi type ou d'autres dispositions de la législation applicable de l'État adoptant. Contrairement à certains systèmes avec des méthodes de passation de marchés similaires, la Loi type ne donne pas à l'entité adjudicatrice un droit absolu de mettre fin au dialogue compétitif avec un fournisseur ou entrepreneur au seul motif que selon elle celui-ci a peu de chances de se voir attribuer le marché, par exemple. La phase de dialogue suppose une modification constante des solutions et il serait injuste d'éliminer un fournisseur ou entrepreneur au seul motif qu'à un certain point, une solution n'a pas semblé acceptable à l'entité adjudicatrice. Même si mettre fin au dialogue pourrait dans ce cas éviter aux deux parties de gaspiller du temps et des ressources (qui pourraient être non négligeables dans ce type de passation de marché) et donc réduire le risque d'une concurrence réduite dans les passations de marché ultérieures, la CNUDCI part du principe que les risques pesant sur l'objectivité, la transparence et le traitement juste, égal et équitable sont beaucoup plus grands que les avantages.

21. D'un autre côté, il ne devrait pas être interdit à l'entité adjudicatrice de mettre fin au dialogue avec des fournisseurs ou entrepreneurs pour les

motifs spécifiés dans la Loi type ou dans d'autres dispositions de la législation applicable de l'État adoptant. Certaines dispositions de la Loi type obligerait l'entité adjudicatrice à exclure des fournisseurs ou entrepreneurs de la procédure de passation de marché. Ils seront exclus, par exemple, pour les motifs visés à l'article 21 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts), 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 minimales de conformité ou d'autres éléments essentiels expressément exclus du dialogue au début de la passation de marché. Dans de tels cas, la possibilité d'une contestation effective en vertu du chapitre VIII leur reste ouverte, puisque l'entité adjudicatrice est tenue de leur notifier rapidement sa décision motivée de mettre fin au dialogue. Il peut être utile d'informer d'emblée les fournisseurs ou entrepreneurs des motifs pour lesquels l'entité adjudicatrice sera tenue en vertu de la législation de les exclure de la passation de marché.

22. Le paragraphe 9 limite les modifications pouvant être apportées aux conditions de la passation énoncées au début de la procédure. Contrairement à l'article 15, qui régit la modification du dossier de sollicitation avant la présentation des soumissions ou des propositions, le paragraphe 9 traite de la limitation des modifications de tout élément de la demande de propositions après la présentation des propositions. La possibilité d'apporter de telles modifications est inhérente à cette méthode de passation de marchés; priver l'entité adjudicatrice d'une latitude suffisante à cet égard nuirait à l'objet de la procédure. La nécessité d'apporter des modifications peut apparaître au cours du dialogue mais aussi en raison de circonstances sans rapport avec celui-ci (par exemple, des mesures administratives).

23. Dans le même temps, les conséquences négatives d'un pouvoir discrétionnaire illimité risquent de l'emporter largement sur les avantages en termes de souplesse. Les dispositions du paragraphe 9 visent à établir l'équilibre nécessaire en empêchant l'entité adjudicatrice de modifier les conditions de la passation de marché, jugées essentielles pour la procédure annoncée au point que leur modification devrait entraîner une nouvelle passation de marché. Il s'agit de l'objet du marché, des critères de qualification et d'évaluation, des exigences minimales établies conformément à l'alinéa 2 f de l'article et de tout élément de la description de l'objet du marché ou de toute condition du marché que l'entité adjudicatrice exclut expressément du dialogue au début de la passation de marché. Les dispositions n'empêcheraient pas les fournisseurs ou entrepreneurs de modifier leurs propositions à la suite du dialogue; toutefois, une divergence inacceptable par rapport aux conditions essentielles de la passation de marché (telles que l'objet du marché, les exigences minimales ou les éléments expressément exclus du dialogue) peut devenir un motif d'exclusion du fournisseur ou de l'entrepreneur.

24. Le paragraphe 10 prévoit une mesure essentielle pour assurer le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs lorsque l'entité adjudicatrice leur communique des informations durant le dialogue. Il soumet toute communication de ce type aux dispositions de l'article 24 sur la confidentialité, dont certaines visent spécialement les méthodes de passation de marchés du chapitre V. Les préoccupations concernant la confidentialité sont particulièrement pertinentes dans cette méthode de passation de marché, compte tenu des modalités et de la vaste portée du dialogue. La règle générale est qu'aucune information concernant un fournisseur ou entrepreneur ou sa proposition ne peut être communiquée à un autre fournisseur ou entrepreneur participant au dialogue sans le consentement du premier. D'autres exceptions sont prévues à l'article 24-3 (divulcation exigée par la législation, ordonnée par un tribunal ou un organe désigné, ou autorisée dans le dossier de sollicitation) (voir le **commentaire de l'article 24**).

25. Le traitement juste, égal et équitable de tous les participants au dialogue nécessite plusieurs mesures pratiques. La Loi type ne mentionne que les plus importantes, telles que celles visées au paragraphe 10, et l'exigence selon laquelle le dialogue doit être mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice (par. 8, comme expliqué plus haut). L'entité adjudicatrice devrait réfléchir à d'autres mesures lorsqu'elle prépare la phase de dialogue et notamment penser à examiner la même question avec les participants de façon concomitante et pendant la même durée. Les États adoptants voudront peut-être prévoir d'autres mesures pratiques dans les règlements en matière de passation des marchés.

26. À la fin de la phase de dialogue, tous les participants restants doivent se voir accorder une chance égale de présenter leur meilleure offre définitive, définie comme telle par rapport à leur proposition respective. Cette définition met en évidence l'une des principales caractéristiques de cette méthode de passation de marchés: il n'existe pas d'ensemble unique et complet de conditions de la passation de marché, si ce n'est les exigences minimales par rapport auxquelles sont évaluées les soumissions finales.

27. Les paragraphes 11 et 12 réglementent la phase des meilleures offres définitives. Les garanties qu'ils contiennent visent à assurer le maximum de concurrence et de transparence. La demande de meilleures offres définitives doit préciser les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Aucune négociation avec les fournisseurs ou entrepreneurs n'est permise une fois que ces offres ont été présentées, et aucune invitation à soumettre de nouvelles offres ne peut être émise. Cette étape met donc fin à la phase de dialogue et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles proposées par les fournisseurs et entrepreneurs, de manière à éviter une situation indésirable où l'entité adjudicatrice utiliserait l'offre d'un fournisseur ou

entrepreneur pour faire pression sur un autre, en particulier en ce qui concerne le prix proposé. Les fournisseurs ou entrepreneurs risqueraient alors, anticipant ce type de pression, de gonfler les prix qu'ils proposent, compromettant ainsi l'intégrité du marché sur lequel ils opèrent.

28. Le paragraphe 12 interdit toute négociation sur les conditions des meilleures offres définitives. Il convient de le lire conjointement avec l'article 16, qui autorise l'entité adjudicatrice à demander des éclaircissements sur les meilleures offres définitives comme sur les autres soumissions, aucune modification ne pouvant toutefois être apportée au prix ni à d'autres informations importantes au cours du processus de clarification, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**. Le dialogue rend la procédure de l'article 16 superflue en ce qui concerne les propositions, à moins que ne se pose la question de savoir si elles répondent aux critères minimaux énoncés dans la demande de propositions.

29. Le paragraphe 13 traite de l'attribution du marché dans le cas de cette méthode. Il convient de l'attribuer à l'offre retenue, sélectionnée conformément aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions. Cette référence aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions rappelle l'interdiction de modifier ces critères et procédures au cours du dialogue, énoncée au paragraphe 9 de l'article, comme il est expliqué ci-dessus, aux paragraphes 22 et 23.

30. L'entité adjudicatrice devra tenir un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché, notamment du dialogue avec chaque fournisseur ou entrepreneur, et donner aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés l'accès aux parties du procès-verbal qui les intéressent, conformément à l'article 25. Dans le cas de cette méthode de passation de marchés, c'est une mesure essentielle aux fins d'un contrôle efficace, notamment d'un audit, et d'éventuels recours de fournisseurs ou entrepreneurs lésés.

3. Demande de propositions avec négociations consécutives

Description générale et principales questions de politique générale

1. Les conditions d'utilisation et procédures de cette méthode ressemblent à celles de la demande de propositions sans négociation visée à l'article 29-3 de la Loi type. La différence réside dans la nécessité de négocier les aspects financiers des propositions, ce qui indique que cette méthode convient pour l'acquisition d'un objet du marché mis au point pour l'entité adjudicatrice plutôt que relativement standard. La demande de propositions avec négociations consécutives convient donc à l'acquisition d'objets plus complexes pour lesquels il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou

financiers des propositions: il peut y avoir tellement de variables dans 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 de négociations. En pratique, cette méthode est utilisée, par exemple, pour des services consultatifs.

2. Toutes les étapes précédant les négociations sont les mêmes dans cette méthode que dans la demande de propositions sans négociation: l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance et classe ensuite les propositions qui atteignent ou dépassent ce seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir l'objet du marché. Elle tient ensuite des négociations sur les aspects financiers des propositions en commençant par le fournisseur ou entrepreneur le mieux classé; si ces négociations prennent fin, elle négocie alors avec le fournisseur ou entrepreneur suivant et ainsi de suite, s'il y a lieu, jusqu'à ce qu'elle conclue un marché avec l'un d'eux. Ces négociations sont censées lui permettre d'obtenir des propositions financières équitables et raisonnables. Des négociations consécutives — et non simultanées ou concomitantes — se sont avérées plus adaptées à cette méthode de passation de marchés, étant donné que seuls les aspects financiers ou commerciaux des propositions sont négociés. Si d'autres aspects doivent être négociés, elle ne peut être utilisée.

3. La demande de propositions avec négociations consécutives n'est pas réservée exclusivement à la passation de marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation de marchés sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marché et d'assurer la plus grande concurrence possible (art. 28-2 de la Loi type; voir le **commentaire pertinent dans l'introduction de la section I du chapitre II**). Les États adoptants doivent néanmoins savoir que certaines banques multilatérales de développement recommandent généralement d'utiliser des méthodes de passation de marchés semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi type pour la passation de marchés de services bien définis qui ne sont ni complexes ni coûteux, notamment de services consultatifs.

Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives (article 30-3)

L'article 30-3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode s'est avérée avantageuse lorsque les

caractéristiques techniques, qualitatives et de performance sont la priorité et que l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et ultérieurement, pour ne pas être influencée par ceux-ci lorsqu'elle examine et évalue les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance. L'emploi du mot "besoin" dans les dispositions vise à indiquer qu'il y a une nécessité objective et démontrable de procéder à l'examen et à l'évaluation dans cet ordre. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode ne convient donc que s'il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions séparément de leurs aspects financiers.

Sollicitation dans la demande de propositions avec négociations consécutives (article 35)

L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions; son application à la demande de propositions avec négociations consécutives soulève des questions identiques à celles examinées dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociation. Le **commentaire sur la sollicitation dans la demande de propositions sans négociation** vaut donc ici aussi.

Procédures de la demande de propositions avec négociations consécutives (article 50)

1. L'article 50 régit les procédures de la demande de propositions avec négociations consécutives. Toutes les phases de cette méthode précédant celle des négociations sont les mêmes que celles de la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1 renvoie donc aux dispositions applicables de l'article 47, et le **commentaire de ces dispositions** vaut donc ici aussi.

2. Les paragraphes 2 à 6 régissent les procédures propres à cette méthode de passation de marchés. Le paragraphe 2 traite du classement et de l'invitation aux négociations consécutives. Le classement se fonde sur les notes attribuées aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions.

3. Comme on l'a noté dans le **commentaire sur la demande de propositions sans négociation**, il importe de définir clairement ce qu'on entend par les expressions "caractéristiques techniques, qualitatives et de performance" et "aspects financiers" des propositions. Dans ce contexte,

l'expression "aspects financiers" utilisée à l'alinéa 2 *b* recouvre tous les aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être mentionnés dans la demande de propositions dès le début de la procédure, ainsi que le prix final; elle ne recouvre pas les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance, qui ont été examinées et évaluées séparément auparavant. On trouvera dans le **commentaire sur la demande de propositions sans négociation** des exemples pratiques d'éléments de propositions pouvant relever de l'une ou l'autre catégorie.

4. L'expression "mettre fin aux négociations", utilisée aux paragraphes 3 et 6, signifie que la proposition financière définitive du fournisseur ou de l'entrepreneur est rejetée et que ce dernier ne peut donc plus participer à la suite de la procédure de passation de marché. Un marché ne peut donc être attribué à un fournisseur ou entrepreneur si l'entité adjudicatrice a mis fin aux négociations avec lui, comme le prévoient les paragraphes 3 et 4.

5. La CNUDCI a décidé d'inclure cette caractéristique dans cette méthode de passation de marchés pour mettre l'accent sur la concurrence concernant les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions. Lorsque la méthode est utilisée comme il convient, les fournisseurs ou entrepreneurs et les entités adjudicatrices s'imposeront ainsi de négocier de bonne foi. Le fournisseur ou entrepreneur le mieux classé risque de voir les négociations avec l'entité adjudicatrice prendre fin à tout moment et d'être alors définitivement exclu de la procédure de passation de marché. Il peut également considérer que les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs moins bien classés ont plus de chances d'aboutir puisque ceux-ci seront incités à améliorer leur position pour remporter le marché, et qu'il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de conclure le marché à la fin du processus. Il se sentira donc quelque peu contraint de négocier alors que l'entité adjudicatrice, face au risque de rejeter la meilleure proposition technique, se gardera d'accorder une importance excessive aux aspects financiers des propositions au détriment des considérations techniques, qualitatives et de performance. Fixer dans le dossier de sollicitation la durée des négociations peut être considéré comme un autre moyen efficace d'imposer une certaine discipline aux deux parties lors des négociations.

6. Cette caractéristique peut cependant être jugée rigide. Ce n'est qu'à l'issue d'un processus de négociation avec l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs que l'entité adjudicatrice peut savoir quelle est en fait la meilleure proposition; or, il se peut qu'elle l'ait rejetée parce qu'elle a mis fin aux négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'avait soumise. De plus, cette procédure ne met pas nécessairement l'entité adjudicatrice en bonne position pour négocier puisque le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé, connaissant sa position privilégiée, risque dans certaines

situations d'être peu enclin à négocier (quoi qu'il en soit dit ci-dessus, au paragraphe 5), en particulier sur le prix. La pression que l'entité adjudicatrice pourrait peut-être exercer lors de négociations concomitantes est absente. Cependant, cette méthode se limite aux négociations consécutives dans la Loi type afin d'éviter le risque d'abus qui pourrait exister s'il y avait des négociations concomitantes, ces dernières n'étant prévues que dans les circonstances limitées où les négociations avec appel à la concurrence sont autorisées en vertu de l'article 51 (voir en outre ci-après le **commentaire de cet article**).

7. La question de savoir si l'entité adjudicatrice est prête à faire des compromis sur les aspects techniques, qualitatives et de performance en mettant fin aux négociations avec un fournisseur ou entrepreneur mieux classé et en entamant des négociations avec le fournisseur ou entrepreneur suivant dépendra dans une très large mesure des circonstances de la passation de marché et en particulier des résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions. L'écart entre les propositions des divers fournisseurs ou entrepreneurs peut varier considérablement et l'entité adjudicatrice doit adapter ses stratégies de négociation en conséquence. Elle peut toujours abandonner la passation de marché si les propositions sont inacceptables.

4. Négociations avec appel à la concurrence

Description générale et principales questions de politique générale

1. Les négociations avec appel à la concurrence sont une méthode de passation de marchés qui ne peut être utilisée que dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 30-4 a à c: situations d'urgence, événements catastrophiques et protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant. Comme il est indiqué dans l'introduction du présent chapitre, cette méthode ne doit pas être envisagée en remplacement d'une autre méthode prévue dans la Loi type, même si les circonstances peuvent suggérer l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes ou d'une demande de propositions, sauf dans un cas. La participation de plus d'un fournisseur signifie qu'on considère que les négociations avec appel à la concurrence permettent davantage de concurrence que la sollicitation d'une source unique; conformément à l'article 28-2, elles devraient donc être préférées à la sollicitation d'une source unique chaque fois que possible.

2. Les restrictions à l'utilisation de cette méthode se justifient par le fait que ses procédures, extrêmement souples, ne garantissent pas les mêmes

niveaux de transparence, d'intégrité et d'objectivité que les méthodes de passation de marchés avec mise en concurrence, et elle présente donc plus de risques d'abus et de corruption.

3. Le caractère non structuré des procédures de négociations avec appel à la concurrence, décrites à l'article 51 et expliquées ci-après dans le **commentaire de ces procédures**, signifie que la gestion de l'utilisation de cette méthode sera déterminante pour assurer son succès dans les circonstances appropriées. Les questions examinées en ce qui concerne les techniques de gestion dans le cadre des méthodes de passation de marchés du chapitre V (voir le commentaire dans l'introduction du présent chapitre) s'appliqueront aux négociations avec appel à la concurrence, compte tenu des risques accrus que cette méthode fait peser sur l'intégrité. Les questions de capacité, en particulier, devraient être traitées d'un point de vue général, d'autant que cette méthode de passation de marchés est très souvent utilisée en situation d'urgence.

Conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence (article 30-4)

1. L'article 30-4 énonce les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. L'alinéa *a* traite des situations d'urgence qui ne sont dues ni au comportement de l'entité adjudicatrice ni à des circonstances prévisibles. L'alinéa *b* traite des situations d'urgence dues à des événements catastrophiques. Dans les deux cas, il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marchés avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait. Dans les deux cas, la situation d'urgence est censée être véritablement exceptionnelle et ne pas être invoquée simplement par facilité. Il peut s'agir de faire face à un besoin urgent de matériel médical ou d'autres fournitures après une catastrophe naturelle ou de remplacer du matériel régulièrement utilisé tombé en panne. Cette méthode ne peut être utilisée si l'urgence est due à une mauvaise planification de la part de l'entité adjudicatrice ou à toute mesure qu'elle aurait prise ou omis de prendre. 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 que l'on prévoit que plusieurs le seront ultérieurement, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemple immédiatement nécessaire.

2. L'alinéa *c* traite de la passation de marchés visant la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, pour lesquels l'entité adjudicatrice estime qu'une autre méthode de passation ne convient pas.

3. Les dispositions des alinéas *a* à *c* sont sans préjudice du principe général énoncé à l'article 28-2, selon lequel lorsque l'entité adjudicatrice choisit et utilise une méthode de passation de marchés, elle doit s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation de marché. Il est donc entendu que, lorsqu'il est possible d'utiliser une autre méthode que les négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode afin d'assurer la plus grande concurrence possible compte tenu des autres circonstances de la passation de marché (telles que le besoin urgent de l'objet du marché).

4. Conformément au même principe, l'alinéa *b*, qui traite des situations d'urgence dues à un événement catastrophique, et l'alinéa *c*, qui traite de la passation de marchés ayant trait à la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ne permettent pas à l'entité adjudicatrice d'utiliser la sollicitation d'une source unique lorsqu'elle peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Dans les situations visées par ces deux alinéas, l'entité adjudicatrice doit tout d'abord envisager de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation avec mise en concurrence. Si elle conclut que le recours à une autre méthode de passation de marchés avec mise en concurrence n'est pas réaliste, elle doit recourir aux négociations avec appel à la concurrence et non à la sollicitation d'une source unique, sauf si elle estime qu'une extrême urgence ou une autre raison particulière justifie le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu du paragraphe 5 de l'article 30 (par exemple, l'absence de concurrence ou l'existence de droits exclusifs). En effet, les négociations avec appel à la concurrence 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. Cette méthode peut donc être jugée préférable à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence dues à un événement catastrophique et lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

5. Il se peut que des États adoptants considèrent que certaines des circonstances envisagées pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence ne se présenteront pas dans leur système actuel et en concluent qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit interne.

6. Les États adoptants voudront peut-être aussi imposer des exigences supplémentaires pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité peuvent imposer à l'entité adjudicatrice de prendre 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.

*Sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence
(articles 34-3, 34-5 et 34-6)*

1. L'article 34-3 régit la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence. La sollicitation directe est une caractéristique inhérente de cette méthode de passation de marchés. La sollicitation est ici adressée à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs identifiés par l'entité adjudicatrice. La Loi type ne réglemente pas la sollicitation en détail; elle impose seulement que l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective. (On trouvera dans le **commentaire sur la section II du chapitre II** des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la sollicitation directe dans la Loi type (et une explication de l'expression "sollicitation publique et sans restriction").)

2. L'article 34-3 est assorti de l'exigence de l'article 34-5 concernant l'avis préalable de passation de marché. L'avis préalable doit préciser en particulier qu'il sera recouru aux négociations avec appel à la concurrence et contenir un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, tout fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours aux négociations avec appel à la concurrence s'il est possible d'utiliser une méthode de passation plus transparente et mieux réglemée. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation de marché et de la sollicitation d'une source unique, toutes deux considérées comme exceptionnelles et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l'article 30 de la Loi type.

3. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier l'avis préalable—mais peut néanmoins décider de le faire—si elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence en situation d'urgence (art. 30-4 *a* et *b*). Cette dérogation est énoncée à l'article 34-6. Si les négociations avec appel à la concurrence sont utilisées dans le cadre d'une passation de marché visant à protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 30-4 *c*, 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 d'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 de passation de marché ou obligée de s'en abstenir (par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant). (Pour des indications sur les dispositions de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, voir le passage sur les informations classifiées dans la première partie du présent *Guide*, dans l'introduction du chapitre premier et dans le commentaire des articles 2 et 24.)

4. Pour un examen de l'exigence de l'avis préalable et de ses conséquences, notamment le fait que des fournisseurs ou entrepreneurs inconnus peuvent demander à participer aux négociations avec appel à la concurrence, voir le **commentaire de la section II du chapitre II** et le **commentaire sur la sollicitation dans l'introduction du chapitre IV**. Ce dernier commentaire traite aussi des mécanismes permettant d'assurer une sélection non discriminatoire des fournisseurs ou entrepreneurs, dont certains peuvent être pertinents dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence.

Procédures des négociations avec appel à la concurrence (article 51)

1. L'article 51 régit les procédures des négociations avec appel à la concurrence. Des garanties ont été incluses afin d'assurer le traitement juste, égal et équitable des participants aux passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode.

2. La relative brièveté de l'article s'explique par la souplesse de la méthode elle-même. Toutefois, il serait faux de dire que les procédures de cette méthode sont peu réglementées dans la Loi type. Comme toute autre méthode de passation de marchés, elle est soumise aux dispositions et règles générales énoncées aux chapitres I^{er} et II de la Loi type, aux règlements en matière de passation des marchés et à tout autre ensemble de textes de droit applicable. Par exemple, la Loi type impose à l'entité adjudicatrice de tenir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché contenant des précisions sur les négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant et d'en donner l'accès aux fournisseurs ou entrepreneurs, comme le prévoit l'article 25. Cette disposition est essentielle dans le cas de cette méthode de passation de marché pour assurer un contrôle effectif et permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'exercer leur droit de recours.

3. Dans la mesure où l'entité adjudicatrice respecte toute la réglementation applicable et mène les négociations de façon concomitante et de manière à

assurer un traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, elle peut organiser et mener les négociations comme elle l'entend. Les règles énoncées à l'article 51 visent à lui donner cette liberté tout en favorisant la concurrence et l'objectivité dans le processus de sélection et d'évaluation. En particulier, puisque dans la pratique les négociations avec appel à la concurrence seront utilisées principalement dans des situations d'urgence, les procédures devraient permettre des négociations de très courte durée. En ce qui concerne la distinction entre le type de négociations envisagées dans cette méthode de passation de marchés et les discussions et le dialogue tenus dans d'autres méthodes de passation de marchés du chapitre V, voir dans l'introduction du présent chapitre le commentaire pertinent.

4. Le paragraphe 1 renvoie aux dispositions pertinentes de l'article 34 sur la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence, dont une exige la publication d'un avis préalable de passation de marché, sauf dans les situations d'urgence. (Pour les indications concernant les avis préalables, voir le **commentaire de la section II du chapitre II.**)

5. Le paragraphe 2, qui régit la communication d'informations pendant les négociations, est soumis aux règles sur la confidentialité énoncées à l'article 24 de la Loi type. Les dispositions sont similaires à celles de la demande de propositions avec dialogue figurant à l'article 49-10. Le **commentaire de l'article 49-10** est donc pertinent dans le contexte de l'article 51-2.

6. Le paragraphe 3 dispose qu'à l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir. Les meilleures offres définitives concernent l'ensemble des aspects de la proposition de chaque fournisseur ou entrepreneur. Cette méthode a ceci de commun avec la demande de propositions avec dialogue qu'il n'est pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation de marché pour l'évaluation des soumissions définitives. Celles-ci doivent être soumises au plus tard à la date fixée par l'entité adjudicatrice dans sa demande. Les dispositions étant similaires à celles de l'article 49-11, le **commentaire de cette dernière disposition** vaut pour cette méthode de passation des marchés. Pour que tous les fournisseurs ou entrepreneurs participants reçoivent dans des conditions d'égalité les informations concernant la fin des négociations et le temps dont ils disposent pour préparer leurs meilleures offres définitives, il est de bonne pratique d'adresser la demande par écrit simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participants.

7. La CNUDCI estime que l'étape de la sollicitation des meilleures offres définitives est essentielle parce qu'elle permet un traitement juste, égal et

équitable de tous les fournisseurs ou entrepreneurs. Elle met fin aux négociations et à toute possibilité pour l'entité adjudicatrice de modifier ses exigences ou les conditions de la passation de marché; les conditions offertes par les fournisseurs et entrepreneurs sont alors également fixées. En outre, l'exigence selon laquelle la demande de meilleures offres définitives doit être adressée à tous les fournisseurs restant en négociation ménage une possibilité de vérifier l'ensemble des offres soumises à l'entité adjudicatrice, qu'elle est censée avoir examinées en procédant à la sélection conformément au paragraphe 5 de l'article 51. Sans cette étape, l'entité adjudicatrice aurait une trop grande latitude pour décider avec quel fournisseur ou entrepreneur conclure le marché, en l'absence de transparence et d'éléments vérifiables permettant un recours efficace.

8. Le paragraphe 4 interdit toute négociation après la soumission des meilleures offres définitives, de manière à aligner les négociations avec appel à la concurrence sur les phases correspondantes d'autres méthodes de passation de marchés et à assurer un traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. Il s'inspire des dispositions similaires de l'article 49-12. Le **commentaire de l'article 49-12** vaut donc dans le contexte de l'article 51-4. La CNUDCI considère comme une pratique optimale de ne pas permettre à l'entité adjudicatrice de poursuivre les négociations après la présentation des meilleures offres définitives ou de faire plusieurs demandes de meilleures offres définitives: cette position se retrouve dans l'ensemble des passages de la Loi type où la phase des meilleures offres définitives est envisagée.

5. *Sollicitation d'une source unique*

Description générale et principales questions de politique générale

1. Compte tenu de son caractère non concurrentiel et de l'obligation visée à l'article 28-2 d'assurer la plus grande concurrence possible lors du choix d'une méthode de passation de marché, la sollicitation d'une source unique est considérée dans la Loi type comme la méthode à utiliser en dernier recours, lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Si une méthode autre que la sollicitation d'une source unique convient—appel d'offres restreint, demande de prix ou négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice doit choisir celle qui assure la plus grande concurrence dans les circonstances de la passation de marché. Ce point est particulièrement important dans les situations d'urgence: la mesure dans laquelle l'objet du marché est nécessaire d'urgence déterminera s'il est envisageable de recourir à des négociations avec appel à la concurrence, préférables à la sollicitation d'une source unique car elles permettent une certaine concurrence (voir le

commentaire sur les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence).

2. On considère que sauf si la sollicitation d'une source unique vise à promouvoir une politique socioéconomique (voir à ce sujet l'article 30-5 *e* et le **commentaire correspondant**), l'entité adjudicatrice peut éviter de recourir à la sollicitation d'une source unique en utilisant d'autres méthodes ou instruments ou en planifiant correctement les marchés. Par exemple, dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique (art. 30-5 *b*) où il serait irréaliste de négocier avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice peut envisager de recourir à des méthodes de passation de marchés sans négociations telles que la demande de prix pour l'achat d'articles disponibles dans le commerce (voir l'article 29-2 et le **commentaire correspondant**). Un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape peut également convenir dans des situations d'extrême urgence s'il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé pouvant survenir périodiquement ou dans un délai déterminé. Avec une meilleure planification des marchés, les accords-cadres peuvent également constituer une solution de remplacement à la sollicitation d'une source unique dans les situations visées à l'article 30-5 *c* (besoin de fournitures supplémentaires provenant de la même source pour des raisons de normalisation et de compatibilité). (Voir également le **commentaire du chapitre VII sur les accords-cadres**.)

Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique (article 30-5)

1. L'article 30-5 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. La première de ces conditions, énoncée à l'alinéa *a*, fait référence à l'existence d'un seul fournisseur ou entrepreneur capable de fournir l'objet du marché, qu'il ait des droits exclusifs sur celui-ci ou pour d'autres raisons. Une telle exclusivité peut être considérée comme une raison objectivement valable de recourir à la sollicitation d'une source unique à condition que les règles de la Loi type sur la description de l'objet du marché soient respectées. Ces règles, énoncées à l'article 10 de la Loi type, interdisent à l'entité adjudicatrice de formuler la description de l'objet du marché d'une manière qui restreindrait artificiellement le marché à une source unique. S'il existe un risque ou des pratiques de telles descriptions restrictives, il convient d'encourager l'utilisation de descriptions fonctionnelles (spécifications concernant les performances ou les résultats). L'État adoptant doit en outre faire contrôler régulièrement par des autorités appropriées la pratique de ses entités adjudicatrices pour ce qui est de justifier ainsi la sollicitation d'une source unique, une utilisation abusive pouvant encourager, volontairement ou non, les monopoles et la corruption. (Voir le **commentaire**

de l'article 10, notamment en ce qui concerne l'utilisation de marques, noms commerciaux ou brevets.)

2. Dans ces circonstances, l'exigence d'un avis préalable de sollicitation d'une source unique (art. 34-5 de la Loi type) doit être considérée comme une garantie essentielle: elle éprouve l'hypothèse de l'entité adjudicatrice selon laquelle il existe un seul fournisseur ou entrepreneur et renforce ainsi la transparence et la responsabilité pour cet aspect de la pratique de la passation des marchés. La sollicitation d'une source unique ne se justifie plus si d'autres fournisseurs ou entrepreneurs se manifestent, pour autant qu'ils soient qualifiés, et il faut alors recourir à une autre méthode de passation de marchés. Une autre pratique optimale, sur laquelle devraient insister les règles ou orientations de l'organisme chargé des marchés publics ou autre autorité, est d'encourager les entités adjudicatrices à planifier les marchés futurs et à obtenir les licences appropriées, afin de permettre une concurrence dans ces marchés futurs et d'éviter de recourir inutilement à la sollicitation d'une source unique. C'est le cas en particulier lorsque le marché porte sur des produits protégés par des droits de propriété intellectuelle ou sur des pièces de rechange, traditionnellement obtenues par sollicitation d'une source unique.

3. La deuxième condition, énoncée à l'alinéa *b*—extrême urgence résultant d'un événement catastrophique—recoupe dans une certaine mesure la condition d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence en cas d'urgence due à un événement catastrophique (par. 4 *b* de l'article 30). La différence réside dans le niveau d'urgence: l'utilisation de la sollicitation d'une source unique se justifie lorsque l'urgence est telle qu'il serait irréaliste de tenir des négociations avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur. Par exemple, un événement catastrophique peut créer un besoin urgent d'eau potable et de fournitures médicales et un autre, normalement moins urgent, d'abris semi-permanents. 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: les achats faits selon les procédures d'urgence devraient se limiter strictement aux besoins découlant de la situation d'urgence.

4. L'alinéa *c* indique que des impératifs de normalisation ou de compatibilité par rapport à des produits, équipements, technologies ou services existants peuvent justifier l'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Cette utilisation doit être véritablement exceptionnelle: si ce n'était pas le cas, des besoins invoqués pourraient en réalité être dus à une mauvaise planification de la part de l'entité adjudicatrice. La passation de tels marchés devrait donc aussi être limitée en quantité et en temps.

5. L'alinéa *d* permet de recourir à la sollicitation d'une source unique aux fins de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Cette

disposition vise en particulier la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées lorsque l'entité adjudicatrice estime que ces informations ne seraient pas suffisamment protégées si elle utilisait une autre méthode de passation, y compris une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence (pour des indications concernant les dispositions de la Loi type sur la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, voir le passage concernant cette question dans la première partie du présent *Guide*, dans l'introduction du chapitre premier et dans le commentaire des articles 2 et 24).

6. L'alinéa *e* vise à permettre l'utilisation de la sollicitation d'une source unique pour appliquer des politiques socioéconomiques de l'État adoptant. La définition de l'expression "politiques socioéconomiques" à l'article 2 *o* souligne qu'il s'agit d'objectifs déclarés de la politique de cet État, énoncés dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de sa législation, et non d'une politique qu'une entité adjudicatrice pourrait souhaiter poursuivre. Le **commentaire de cette définition** et des articles 8 à 11 expliquent comment de telles politiques peuvent être appliquées dans le cadre de la passation de marchés.

7. L'alinéa *e* est rédigé de manière à fournir des garanties afin que la sollicitation d'une source unique ne soit utilisée qu'à titre très exceptionnel: elle ne peut être utilisée que si aucun autre fournisseur ou entrepreneur n'est en mesure d'appliquer la politique en question. Il convient d'interpréter cette disposition de manière très restrictive afin de ne permettre l'utilisation de cette méthode pour aucune autre raison. L'exigence d'un avis public préalable de passation de marché (expliquée ci-après dans le **commentaire sur la sollicitation dans le cas d'une source unique**) et l'obligation supplémentaire de donner la possibilité de formuler des observations permettront de vérifier le bien-fondé des motifs invoqués par l'entité adjudicatrice pour justifier la sollicitation d'une source unique. L'invitation à formuler des observations et la réception de celles-ci ne sont pas réglementées en détail dans la Loi type; il faudra, pour que cette possibilité prenne tout son sens, que l'entité adjudicatrice prévoie suffisamment de temps entre la publication de l'avis et le début de la procédure de passation de marché. L'entité adjudicatrice peut recevoir des observations de tout membre du public et devrait pouvoir être amenée à fournir des explications. Les règlements en matière de passation de marchés ou autres règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient régir d'autres aspects de ces dispositions, notamment à qui il convient de demander des observations (par exemple, les populations locales) et quels en seront le but ou l'incidence, en particulier si elles sont négatives. L'avis devrait inviter en particulier à présenter des observations sur le point de savoir s'il n'y a qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, afin d'éviter que l'on utilise

ce type de sollicitation d'une source unique pour favoriser un fournisseur ou entrepreneur particulier.

8. En règle générale, la Loi type n'exige pas qu'un organe désigné approuve le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (voir le **commentaire sur l'appui institutionnel** dans la première partie du présent *Guide*). Cependant, à titre exceptionnel et pour souligner le caractère très exceptionnel du recours à la sollicitation d'une source unique dans les conditions visées à l'alinéa *e*, les États adoptants voudront peut-être prévoir un mécanisme d'approbation préalable. La CNUDCI considère qu'une telle garantie peut être illusoire: il peut y avoir des risques élevés de corruption de la chaîne d'approbation si l'autorisation de recourir à la sollicitation d'une source unique est demandée dans des circonstances irrégulières. D'un autre côté, il peut y avoir une perte injustifiable de temps et d'argent si elle est demandée dans des circonstances parfaitement appropriées.

9. Tout comme dans les négociations avec appel à la concurrence, les États adoptants peuvent estimer que certaines des circonstances envisagées pour la sollicitation d'une source unique ne se présenteront probablement pas dans leur système actuel et en conclure qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit national. De même, certains États adoptants voudront peut-être imposer des restrictions supplémentaires à la sollicitation d'une source unique, telles que celles examinées dans le **commentaire sur les négociations avec appel à la concurrence**.

Sollicitation dans le cas d'une source unique (articles 34-4, 34-5 et 34-6)

1. L'article 34-4 régit la sollicitation dans le cas d'une source unique. La sollicitation directe est une caractéristique inhérente de cette méthode de passation de marchés: l'entité adjudicatrice sollicite une proposition ou un prix auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur qu'elle a identifié. (On trouvera dans le **commentaire de la section II du chapitre II** des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la sollicitation directe dans la Loi type (et une explication de l'expression "sollicitation publique et sans restriction").)

2. L'article 34-4 est assorti de l'exigence, formulée à l'article 34-5, d'un avis préalable de passation de marché. Cet avis doit préciser en particulier qu'il est recouru à la sollicitation d'une source unique et contenir un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure

essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, un fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours à la sollicitation d'une source unique si une méthode avec mise en concurrence convient aux circonstances de la passation de marché. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation de marché, considérée comme exceptionnelle et dont l'utilisation ne se justifie que dans les cas très limités visés à l'article 30-5.

3. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier l'avis préalable—mais peut néanmoins décider de le faire—si elle recourt à la sollicitation d'une source unique dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique (art. 30-5 *b*). Cette dérogation est énoncée à l'article 34-6. Dans les autres cas justifiant le recours à la sollicitation d'une source unique, l'avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, sous réserve de dérogations fondées 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 de passation de marché ou obligée de s'en abstenir (par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant). Cette situation peut se produire en particulier si la sollicitation d'une source unique est utilisée pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 30-5 *d* (pour des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, voir le passage sur les informations classifiées dans la première partie du présent *Guide*, dans l'**introduction du chapitre premier** et dans le commentaire des articles 2 et 24.)

4. On trouvera dans l'**introduction du chapitre IV** d'autres orientations sur l'utilisation des avis préalables en vertu des articles 34-5 et 34-6 et sur l'identification objective du fournisseur ou entrepreneur qui participera à la procédure. Certaines questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique.

Procédures de la sollicitation d'une source unique (article 52)

1. L'article 52 énonce les procédures relativement simples de la sollicitation d'une source unique. Cette simplicité reflète le caractère extrêmement souple de la sollicitation d'une source unique, qui ne concerne qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure devenant alors essentiellement une négociation de contrat (sortant donc du champ d'application général de la

Loi type). Les questions de concurrence et de traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs dans la procédure de passation de marché, pour importantes qu'elles soient au moment où la décision est prise de recourir à cette méthode de passation de marchés, ne se posent pas durant la procédure elle-même.

2. Les dispositions renvoient à l'exigence d'un avis préalable de passation de marché et à la dérogation à cette obligation, visées à l'article 34, comme il est indiqué dans le **commentaire sur la sollicitation d'une source unique**. Elles contiennent également une obligation d'engager des négociations à moins que ce ne soit pas réaliste compte tenu des circonstances de la passation de marché, par exemple, dans des situations d'extrême urgence. Cette obligation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, si c'est possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, afin d'éviter des prix ou des propositions déraisonnables.

3. Les dispositions du chapitre premier s'appliquent généralement à la sollicitation d'une source unique, y compris l'obligation énoncée à l'article 21 d'exclure le fournisseur ou entrepreneur unique 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. Cette exclusion entraînerait l'abandon de la passation de marché. Les questions examinées dans le **commentaire des articles 19 et 21** sont donc également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique. Outre l'exigence d'un avis préalable de passation de marché, examinée plus haut dans le **commentaire sur la sollicitation d'une source unique**, plusieurs autres dispositions de la Loi type visant la transparence de la procédure s'appliqueront, telles que l'article 23 sur la publication d'avis d'attribution du marché et l'article 25 sur l'établissement d'un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché, contenant les justifications du recours à la sollicitation d'une source unique. On ne saurait déduire de la brièveté de l'article 52 que les procédures de sollicitation d'une source unique sont peu réglementées dans la Loi type. Il convient de les appliquer en tenant compte de toutes les dispositions applicables de la Loi type et de tous les règlements en matière de passation des marchés et autres dispositions légales applicables de l'État adoptant.

CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES

A. Introduction

1. *Résumé*

1. Une enchère électronique inversée, telle que définie à l'article 2 *d* de la Loi type, est une technique d'achat en ligne et en temps réel utilisée par une entité adjudicatrice pour sélectionner la soumission à retenir. Les fournisseurs ou entrepreneurs ("enchérisseurs") présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses, qui sont évaluées automatiquement par des systèmes informatiques jusqu'à ce que l'adjudicataire soit trouvé. La formule "offres de plus en plus basses" utilisée dans la définition renvoie aux réductions successives du prix ou aux améliorations successives des offres générales faites à l'entité adjudicatrice. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la Loi type selon laquelle un fournisseur ou un entrepreneur dispose d'une seule occasion de soumettre son prix en réponse à une invitation à soumissionner.

2. Il a été observé que les enchères électroniques inversées pouvaient présenter de nombreux avantages. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix par une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour tenir l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et donc accroître la concurrence. Deuxièmement, les enchères électroniques inversées peuvent réduire le temps et les frais administratifs nécessaires à la passation de marchés portant sur des biens simples et disponibles dans le commerce ou des services normalisés. Troisièmement, elles peuvent améliorer la traçabilité interne du processus de passation des marchés, puisque les informations concernant les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape et le résultat final sont consignées; toutes ces informations sont instantanément accessibles à l'entité adjudicatrice. En outre, elles peuvent renforcer la transparence puisque chaque enchérisseur connaît instantanément sa position relative; l'évolution et le résultat de l'enchère sont communiqués instantanément et simultanément à tous les enchérisseurs. Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé limitant l'intervention humaine peuvent contribuer à prévenir les abus et la corruption.

3. Reconnaisant ces avantages potentiels, la Loi type permet les enchères électroniques inversées aux conditions visées à l'article 31 afin que leur utilisation soit autorisée lorsque les circonstances s'y prêtent, et sous réserve des règles de procédure énoncées aux articles 53 à 57. Conformément à sa façon d'envisager toutes les méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type, la CNUDCI considère que ces enchères peuvent être utilisées pour tous les marchés, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. Même si les enchères électroniques inversées sont couramment utilisées pour l'acquisition de biens tels que des fournitures de bureau, elles s'utilisent aussi dans la pratique pour des services simples tels que des prestations horaires de techniciens agréés dans un domaine donné.

4. L'utilisation des enchères électroniques inversées a augmenté ces dernières années. L'évolution des technologies de la communication y a contribué en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des enchérisseurs, les enchères se faisant virtuellement et non en personne. C'est pourquoi la Loi type n'autorise que les enchères inversées en ligne avec un processus d'évaluation automatique, permettant de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité des procédures. Les enchères électroniques inversées peuvent néanmoins présenter un risque de collusion, en particulier si elles constituent une étape d'autres méthodes de passation de marchés ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales. Ces procédures sont examinées plus en détail dans le commentaire des articles du chapitre VI.

5. L'introduction d'un système d'enchères électroniques inversées représente un investissement important et se fait généralement lors de l'introduction d'un système de passation des marchés en ligne. Outre le commentaire du chapitre VI, il convient de tenir compte de l'examen de la section "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*.

2. Incorporation: considérations de politique générale

6. L'approche de la CNUDCI est de prévoir des enchères électroniques inversées pour la sélection de l'adjudicataire. Il existe d'autres modèles faisant intervenir un examen ou une évaluation supplémentaire après l'enchère mais la Loi type exige que l'enchère électronique inversée soit la phase finale de la procédure de passation de marché, celle qui aboutit à la sélection de l'adjudicataire, et les conditions qui l'ont emporté doivent figurer dans le contrat. Cette approche, considérée comme la plus transparente et présentant le moins de risque d'abus, tient compte de l'interdiction générale, dans

l'ensemble de la Loi type, de négocier après la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur.

7. En vertu de la Loi type, les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées, selon le cas, comme méthode de passation de marchés autonome ("enchères autonomes") ou comme étape finale précédant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation de marchés (ou dans les accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape: "enchères en tant qu'étape"). Ces deux types d'enchères électroniques inversées nécessitent dans une certaine mesure des dispositions différentes; les États adoptants peuvent choisir de prévoir les deux types d'enchères ou un seul. Les dispositions du chapitre VI sont rédigées de manière à permettre les deux options sans qu'il faille apporter de modifications importantes au texte de la Loi type.

8. Par leur nature même, les enchères électroniques inversées incitent à porter l'attention sur le prix; pour les services et les produits normalisés et disponibles dans le commerce, l'entité adjudicatrice peut donc bénéficier d'une forte concurrence sur le prix. Selon des données empiriques, il apparaît toutefois que si l'aspect qualitatif est important ou si les biens ou services à acquérir ne sont pas normalisés, le risque pesant sur l'efficacité de la passation de marché est plus grand parce que les diminutions de prix peuvent se traduire par la réduction d'éléments qualitatifs variables (tels que les matériaux utilisés dans la fabrication). Une des préoccupations concernant les enchères électroniques inversées est qu'elles sont relativement pratiques d'un point de vue administratif une fois en place les systèmes permettant leur utilisation, si bien qu'elles peuvent être utilisées à l'excès ou à mauvais escient. L'utilisation excessive ou inappropriée peut découler d'une intention de réduire le nombre de concurrents sur le marché et risque de provoquer une concentration de celui-ci et une collusion en cas d'achats récurrents, comme il est expliqué dans la section "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*. Comme il est dit ci-après dans le **commentaire pertinent**, les conditions d'utilisation et procédures des enchères électroniques inversées visent à atténuer ce risque sans limiter inutilement leur utilisation ni leur potentiel de développement à moyen ou à long terme.

9. Les enchères électroniques inversées peuvent aussi avoir un effet anti-concurrentiel à moyen et à long terme car elles peuvent être plus vulnérables à la collusion que d'autres processus de passation de marchés. En effet, si les fournisseurs ou entrepreneurs participants en viennent à connaître l'identité de leurs concurrents, il existe un risque d'indication de prix ou de collusion dû aux offres successives dans une même enchère et en cas d'acquisition régulière ou périodique d'un même objet au moyen de ces enchères.

10. Il est donc essentiel de maintenir l'anonymat pour atténuer les risques de collusion dans les enchères électroniques inversées, de sorte qu'ils n'y soient pas plus élevés que dans d'autres méthodes de passation de marchés. De manière générale, les enchères économiques inversées sont plus vulnérables aux manipulations de prix, aux indications de prix ou à d'autres pratiques anticoncurrentielles sur les marchés caractérisés par un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiellement qualifiés et indépendants se connaissant, sur les marchés dominés par un ou deux intervenants principaux ou en cas d'enchères récurrentes avec les mêmes participants, car en pratique il est plus difficile d'y maintenir l'anonymat. Les procédures de la Loi type ont aussi été conçues pour atténuer ce risque, par exemple, en encourageant la combinaison d'enchères électroniques inversées et d'accords-cadres ouverts en vertu du chapitre VII pour les achats récurrents, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de ce chapitre.

11. Les dispositions des conditions d'utilisation et procédures des enchères électroniques inversées destinées à atténuer les risques pour la concurrence, décrites ci-après dans le **commentaire pertinent**, traitent séparément des deux types d'enchères prévues dans la Loi type. Dans les enchères électroniques inversées en tant qu'étape, la prise en compte du risque de collusion et d'autres pratiques anticoncurrentielles exige une évaluation plus approfondie du marché considéré, comme l'explique le **commentaire**. Pour cette raison, les questions de mise en œuvre et d'utilisation traitées dans la section qui suit peuvent également éclairer des décisions de politique générale concernant l'incorporation dans le droit interne.

12. Les États adoptants voudront déterminer s'il convient d'exiger des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées: le **commentaire de l'article 17** énonce les considérations générales. Pris ensemble, les enchérisseurs participants et le type de marché se prêtant aux enchères électroniques inversées peuvent apporter à l'entité adjudicatrice la sécurité nécessaire; 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. Dans le cas d'enchères simples et donc de la plupart des enchères autonomes, il est peu probable en règle générale que des garanties de soumission se justifient d'un point de vue financier. Dans le cas d'enchères autonomes plus complexes et d'enchères en tant qu'étape, elles pourraient être appropriées. Les règlements en matière de passation des marchés ou règles et orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient alors préciser comment cette exigence s'appliquera dans la pratique et notamment dans quelles situations l'entité adjudicatrice serait fondée à demander une garantie de soumission. On pourrait, par exemple, considérer que demander des garanties de soumission peut

être utile à première vue pour garantir l'inscription à une enchère électronique inversée, étant donné que (en vertu de l'article 55) l'entité adjudicatrice peut être empêchée de tenir une enchère si le nombre d'enchérisseurs inscrits est insuffisant pour assurer une concurrence effective. En pratique, toutefois, l'inscription ne garantit pas une concurrence effective: les enchérisseurs ne peuvent être obligés à modifier des aspects de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir, de sorte que la garantie de soumission peut en fait être inutile ou au mieux ne pas présenter d'intérêt du point de vue du rapport coût-efficacité. Il en va de même pour les garanties de soumission et il convient donc d'examiner les incidences d'une exigence de ces garanties aux fins de la participation à l'enchère électronique inversée.

3. *Questions d'application et d'utilisation*

13. Les considérations de politique générale qui suivent sont jugées particulièrement importantes pour la bonne introduction et la bonne utilisation des enchères électroniques inversées. Elles peuvent inspirer les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, qui seront émis à l'appui de la Loi type.

a) Utilisation appropriée des enchères électroniques inversées:

- i) Les enchères électroniques inversées autonomes conviennent le mieux à des 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 bureau, 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. Dans la passation de marchés de ce type, le système compare des objets semblables et le prix peut être le critère d'évaluation déterminant ou l'un des critères déterminants. S'il existe un marché sur Internet, comme pour les fournitures de bureau, les résultats peuvent être optimaux;
- ii) Il est probable que ce type de passation se fasse sur un marché où les participants sont nombreux, ce qui garantit l'anonymat et favorise la concurrence. Cependant, si les enchères

électroniques inversées sont récurrentes, que ce soit dans le contexte d'accords-cadres ou non, les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient indiquer comment faire en sorte que ce ne soit pas toujours le même petit groupe d'enchérisseurs qui y prenne part; les entités adjudicatrices devraient contrôler leurs procédures et prendre des mesures pour les modifier au moindre signe de manipulation (voir également ci-après les **orientations concernant l'article 56**);

- iii) 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, de services consultatifs) et autres marchés fondés sur la qualité conviennent moins aux enchères électroniques inversées. Les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc souligner qu'il serait inapproprié d'y recourir dans ces circonstances;
- iv) Pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement et donne lieu à des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leurs structures de coûts;
- v) Plus il y a de critères à évaluer lors de l'enchère électronique inversée, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères électroniques inversées conviendront donc moins s'il y a de nombreuses variables. Il n'y aura pas non plus de concurrence réelle si l'enchère n'est plus effectivement fondée sur une description commune de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé si de nombreuses variables interviennent dans les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché;
- vi) Dans certaines enchères électroniques inversées en tant qu'étape, les conditions énoncées ci-dessus aux alinéas i et ii peuvent s'appliquer: par exemple, si l'enchère se tient dans le contexte d'un accord-cadre, d'une procédure de demande de prix ou d'autres méthodes à forte participation de fournisseurs ou entrepreneurs. D'autres enchères électroniques inversées en tant qu'étape et présentant certaines des caractéristiques décrites ci-dessus aux alinéas iii à v ou l'ensemble d'entre elles peuvent en principe être utilisées aux conditions visées à l'article 31-2 mais ne conviendront probablement pas, parce

qu'il sera plus difficile d'assurer une concurrence effective et parce que le risque de collusion sera vraisemblablement plus élevé que sans l'enchère en tant qu'étape. Cependant, si la procédure nécessite des mesures initiales plus précises (telles que l'évaluation des qualifications et de la conformité, et peut-être un classement sur la base de considérations de qualité évaluées avant l'enchère), de sorte que l'enchère électronique inversée elle-même conserve davantage de caractéristiques du marché concurrentiel décrit plus haut, celle-ci peut réduire le nombre de points restant à évaluer et se révéler appropriée. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que la complexité de la procédure de passation de marché peut s'en trouver accrue;

- vii) Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc guider l'entité adjudicatrice étudiant le marché concerné avant d'engager une procédure de passation de marché, de sorte qu'elle puisse déterminer les avantages et inconvénients relatifs d'une enchère électronique inversée. Comme le souligne le **commentaire de la section I du chapitre II**, il convient de déterminer s'il y a davantage de risques que la collusion l'emporte sur la concurrence avec une enchère électronique inversée qu'avec une autre méthode de passation de marchés avant de décider quelle méthode et quelle technique utiliser. Les autorités chargées de la concurrence dans l'État adoptant pourront peut-être fournir des informations sur les risques relatifs, tels que le risque de dumping sur le marché concerné;

b) Mise en place progressive des enchères électroniques inversées: il est recommandé que les États adoptants sans expérience de l'utilisation des enchères électroniques inversées les introduisent de manière progressive à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique: d'abord les enchères fondées uniquement sur le prix, où seul celui-ci détermine l'offre à retenir, et ensuite, le cas échéant, des enchères plus complexes, où des critères d'attribution autres que le prix interviennent également;

c) Renforcement des capacités: pour tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées et encourager la participation, les entités adjudicatrices et les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance en ce processus et en ses résultats, et pouvoir les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir d'emblée suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation et à prévoir les fonds nécessaires pour former les fournisseurs ou entrepreneurs en vue de leur participation aux enchères électroniques inversées. Pour l'entité adjudicatrice, la formation devrait porter sur des questions techniques telles que la

manière de quantifier objectivement des critères autres que les prix et de les exprimer de manière à pouvoir les intégrer dans la formule mathématique ou l'algorithme automatisés (voir également ci-dessous l'alinéa *e*), et sur les informations à donner aux fournisseurs et entrepreneurs, en particulier aux petites et moyennes entreprises. Pour les fournisseurs et entrepreneurs, la formation devrait porter sur le système et son fonctionnement, les changements que cela suppose de traiter avec le gouvernement au moyen d'enchères électroniques inversées et l'incidence de ces changements sur leurs opportunités commerciales. Faute d'une telle formation, un marché où les achats publics se déroulaient bien risque d'être délaissé, les prix risquent d'être plus élevés qu'avant l'introduction des enchères électroniques inversées et l'investissement des pouvoirs publics dans le système risque de ne pas porter ses fruits. Ce renforcement des capacités suppose également pour chaque passation de marché un surcoût par rapport aux méthodes traditionnelles, tout au moins au début de l'utilisation des enchères électroniques inversées;

d) **Transparence des procédures et de la planification:** une description claire de l'objet du marché et des autres conditions de la passation de marché doit être rédigée et portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs au début de la passation de marché, de même que la formule servant à sélectionner l'adjudicataire et toutes les informations concernant les modalités de l'enchère électronique inversée, en particulier le moment de son ouverture et les critères régissant sa clôture. Cela peut nécessiter une planification plus détaillée que dans d'autres méthodes de passation des marchés, et il faudrait en faire prendre conscience aux entités adjudicatrices;

e) **Rédaction des critères d'évaluation:** les dispositions permettent en théorie d'appliquer à l'enchère électronique inversée tout critère d'évaluation, pour autant qu'il puisse être intégré dans une formule ou un algorithme permettant d'évaluer et de réévaluer automatiquement les offres au cours de l'enchère et d'identifier à chaque étape successive l'offre la mieux classée. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des offres au moyen de ces techniques automatisées. Puisque l'exigence d'une évaluation automatique impose que les critères d'évaluation puissent être exprimés en termes monétaires, plus ces critères s'éloignent du prix et d'autres critères similaires (tels que les délais de livraison et garanties exprimées en pourcentage de prix), moins leur expression en termes monétaires sera objective. Les enchérisseurs peuvent alors être moins enclins à participer et le résultat risque d'être moins concluant. Les critères autres que le prix peuvent être des critères simples, tels que les conditions de livraison et de garantie, ou plus complexes, tels que les niveaux d'émissions d'automobiles; on trouvera dans le **commentaire de l'article 11** des indications supplémentaires sur les éléments constituant le prix et les critères autres que le prix, et sur leur expression en pourcentage du prix total.

14. Les règlements en matière de passation des marchés ou règles et orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient traiter des 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 élevé que des enchérisseurs n'aient un accès non autorisé aux informations commercialement sensibles de concurrents. Les questions d'authenticité, d'intégrité des données, de sécurité et autres concernant la passation des marchés en ligne en général sont traitées à la section "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*, et dans le commentaire des articles 7 et 40.

15. Compte tenu du commentaire ci-dessus concernant la nécessité de garantir la bonne utilisation et la mise en place progressive des enchères électroniques inversées, les États adoptants voudront peut-être limiter—le cas échéant, à titre temporaire—l'utilisation de ces enchères aux marchés notoirement concurrentiels (ceux où les enchérisseurs sont suffisamment nombreux pour assurer la concurrence et l'anonymat) ou, au moyen de restrictions qualitatives, aux marchés portant sur des biens, où les structures de coûts peuvent être plus faciles à déterminer. Certains pays se servent de listes de biens, travaux ou services se prêtant à la passation de marchés par enchères électroniques inversées ou au contraire ne pouvant être acquis de cette manière. Cependant, l'expérience montre que cette façon de procéder est peu commode dans la pratique, puisqu'elle nécessite d'actualiser les listes à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Il vaut donc peut-être mieux établir des listes indicatives d'articles se prêtant à la passation de marchés par enchères électroniques inversées ou énumérer des caractéristiques génériques faisant qu'un article peut ou non être acquis au moyen de cette technique.

16. Les États adoptants voudront peut-être aussi prévoir, par exemple, dans les règlements en matière de passation de marchés ou dans les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, des conditions supplémentaires d'utilisation des enchères électroniques inversées, telles que le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système permettant de tenir ces enchères, y compris les frais de tiers prestataires de services informatiques et autres, ainsi que des indications sur le concept de critères de "prix" fondées sur les dispositions pertinentes de l'article 11 et **son commentaire**.

17. Il est recommandé que l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité et les autorités chargées du droit de la concurrence

dans l'État adoptant contrôlent la concurrence sur les marchés où sont utilisées des techniques telles que les enchères électroniques inversées. Le système de passation des marchés publics devrait exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci.

18. Enfin, il est fréquent que des organismes tiers mettent en place et administrent des enchères électroniques inversées pour le compte d'entités adjudicatrices. Une telle façon de procéder peut notamment améliorer l'efficacité administrative, permettre des économies et renforcer l'efficacité du processus par la centralisation des achats, en particulier dans le cas d'achats récurrents. Elle peut aussi favoriser l'amélioration de la qualité des documents, notamment ceux concernant les offres, ainsi que l'uniformisation et la normalisation au sein des institutions publiques, et une meilleure compréhension des besoins des entités adjudicatrices par les fournisseurs ou entrepreneurs, améliorant ainsi la qualité des soumissions. Cependant, l'existence de tels systèmes comporte des risques d'utilisation excessive ou abusive, parce que leur facilité d'utilisation peut pousser des entités adjudicatrices à les utiliser même lorsqu'ils ne conviennent pas véritablement à la passation de marché qu'elles envisagent. Les entités adjudicatrices doivent également être conscientes d'autres questions pouvant découler de l'externalisation de décisions des pouvoirs publics, notamment à des tiers prestataires de services informatiques et autres; par exemple, s'ils sont rémunérés sur la base du nombre d'utilisations, il peut y avoir des conflits d'intérêts organisationnels. Ils chercheront à maximiser leurs bénéfices en promouvant les enchères électroniques inversées sans nécessairement chercher à savoir si cette technique convient à la passation de marché. Dans cette mesure, ces tiers peuvent influencer sur les stratégies de passation des marchés. Ces questions, qui se posent aussi dans le cas d'autres techniques de passation de marchés telles que les accords-cadres et en général lorsqu'il est question d'externalisation, sont examinées à la section "**Appui institutionnel**", dans la première partie du présent *Guide*, le **commentaire de l'article 7** et l'introduction du chapitre VII sur les accords-cadres. La Loi type déconseille de faire payer l'utilisation des systèmes de passation des marchés, notamment pour les enchères électroniques inversées, car ceux-ci auront sur la participation un effet dissuasif contraire à ses principes et objectifs; il convient d'en tenir compte en examinant les modalités de rémunération d'un tiers prestataire de services. Enfin, même si l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité ou une entité adjudicatrice confie à des tiers prestataires de services la tenue d'une ou de plusieurs enchères électroniques inversées, l'organisme en question ou l'entité adjudicatrice doit conserver suffisamment de compétence et d'expertise pour superviser les activités de ces prestataires.

B. Commentaire par article

Article 31. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

1. L'article 31 définit les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome soit comme étape d'une procédure de passation de marché (auquel cas elles s'ajoutent aux autres conditions d'utilisation de la méthode de passation de marché concernée). Ces conditions visent à atténuer les risques d'utilisation inappropriée ou excessive des enchères électroniques inversées, décrits dans l'introduction du présent chapitre.

2. Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées autonomes, énoncées au paragraphe 1, reposent sur l'idée que ces enchères visent principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en objets normalisés, simples et généralement disponibles, conformément à la description plus détaillée figurant dans l'introduction du présent chapitre.

3. L'exigence d'une description précise de l'objet du marché, visée au paragraphe 1 *a*, assortie de celle figurant à l'article 10, empêchera l'utilisation de cette technique de passation de marchés pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et véritablement quantifiables (par exemple, des travaux de maintenance simples).

4. En formulant ces conditions et les autres conditions de la passation de marché, les entités adjudicatrices devront énoncer clairement les caractéristiques techniques et qualitatives précises de l'objet du marché, comme l'exige l'article 10 de la Loi type, afin que les enchérisseurs fassent leurs offres sur une base commune. À cet égard, la comparaison automatique des offres fait que des spécifications techniques sont généralement plus efficaces que des spécifications fonctionnelles. Il est donc souhaitable d'utiliser un vocabulaire commun des marchés publics pour désigner l'objet du marché par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

5. Le paragraphe 1 *b* vise à atténuer les risques de collusion et à garantir une concurrence rigoureuse dans les enchères autonomes (voir l'examen de ces questions dans l'introduction du présent chapitre). Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou entrepreneurs supposés qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée, mais n'impose pas de nombre minimum. Il est complété par l'article 55-2, qui donne à l'entité adjudicatrice le droit d'abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs

ou entrepreneurs inscrits pour y participer ne suffit pas pour assurer une concurrence effective (voir ci-après le **commentaire de l'article 55-2**).

6. L'expression "dont on pense qu'ils sont qualifiés" utilisée au paragraphe 1 *b* ne signifie pas qu'une passation de marché effectuée au moyen d'enchères électroniques inversées nécessite toujours une préqualification des fournisseurs ou entrepreneurs. Il peut arriver que par souci d'efficacité ou d'économie, les qualifications de l'enchérisseur retenu ne soient évaluées qu'après l'enchère. Voir l'article 57 et le **commentaire s'y rapportant**.

7. L'attribution de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées peut se fonder sur le prix seulement ou également sur d'autres critères précisés au début de la procédure de passation de marchés. Aux termes du paragraphe 1 *c*, si des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer quelle est la soumission à retenir, ils 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 présent chapitre, on obtiendra un résultat optimal si les critères d'évaluation peuvent de manière objective et démontrable être ainsi exprimés.

8. Le paragraphe 2 traite de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant qu'étape d'autres méthodes de passation de marchés et pour la mise en concurrence lors de la deuxième étape d'accords-cadres. Il prévoit des conditions souples d'utilisation des enchères électroniques inversées dans ces cas. La seule exigence est de respecter les conditions du paragraphe 1 *c* examinées ci-dessus (les critères d'attribution doivent être quantifiables et exprimés en termes pécuniaires). Comme il est dit dans l'introduction du présent chapitre, les enchères électroniques inversées ne conviennent pas nécessairement, notamment si une grande importance est accordée à la qualité et si l'évaluation de celle-ci ne se limite pas à l'examen de simples critères d'admission ou de rejet. Dans de tels cas, il peut souvent être impossible ou peu indiqué d'évaluer automatiquement les aspects qualitatifs au long de l'enchère. De plus, puisqu'en vertu de la Loi type, l'enchère électronique inversée doit être la dernière phase avant l'attribution d'un marché, elle ne peut être utilisée si les aspects qualitatifs doivent être évalués ensuite (comme il est dit dans l'introduction du présent chapitre). Dans les accords-cadres fermés également, l'utilisation d'enchères électroniques inversées ne conviendra que s'il y a un nombre limité de variables (voir ci-après le **commentaire pertinent du chapitre VII**).

9. Si des enchères électroniques inversées sont utilisées en tant qu'étape, il peut y avoir un risque élevé de collusion puisque les enchérisseurs se

connaîtront très probablement depuis les étapes précédentes de la procédure de passation de marché. Ces risques peuvent aussi exister dans certaines méthodes et techniques de passation de marchés indépendamment de l'utilisation d'enchères électroniques inversées en tant qu'étape, par exemple, dans les accords-cadres fermés, comme il est expliqué dans le commentaire du chapitre VII. La décision d'utiliser les enchères électroniques inversées en tant qu'étape dans de telles circonstances de la passation de marché doit donc être prise en même temps que celle concernant les modalités de fonctionnement d'une méthode ou technique de passation de marchés.

Article 53. Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome

Description générale et considérations de politique générale

1. L'article 53 énonce d'abord les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché au moyen d'une enchère électronique inversée autonome, et incorpore par référence les dispositions de l'article 33 (qui régissent également l'appel d'offres ouvert). On trouve aux paragraphes suivants les règles applicables aux procédures précédant l'enchère électronique inversée en tant que méthode autonome. Des procédures de base s'appliqueront à toutes les enchères électroniques inversées autonomes mais les procédures de chaque passation de marché dépendront de la complexité de l'enchère considérée. Certaines enchères électroniques inversées peuvent être très simples, n'exigeant même pas de vérifier préalablement les qualifications des enchérisseurs ni la conformité de leurs offres; d'autres peuvent être plus complexes et nécessiter l'examen et l'évaluation des offres initiales. La pré-qualification est possible en vertu de l'article 18 mais il est peu probable qu'elle convienne au type de passation de marché concerné. La complexité des procédures sera fonction de l'objet du marché, des critères d'examen et d'évaluation à utiliser et du point de savoir si la vérification des qualifications se fait avant l'enchère ou (comme le permet l'article 57-2) après celle-ci et seulement pour l'enchérisseur retenu.

2. Par exemple, dans le cas 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 telles que celles décrites dans le paragraphe qui suit 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. L'article a été rédigé de manière à tenir compte de toutes ces différentes options.

La sollicitation dans le cas des enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome

3. L'article 53-1 régit la sollicitation des offres dans les enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome. En renvoyant aux dispositions de l'article 33, il impose la sollicitation publique, internationale et sans restriction comme règle par défaut (pour une explication plus détaillée de ce concept, voir le **commentaire de la section II du chapitre II**). L'obligation d'une sollicitation publique et sans restriction ne souffre aucune exception. Les procédures de préqualification visées à l'article 18 garantissent une sollicitation publique et sans restriction dans les enchères électroniques inversées, puisqu'elles exigent de publier une invitation à participer à la procédure de préqualification selon les mêmes modalités qu'une invitation à participer à l'enchère électronique inversée. Le principe de la sollicitation publique et sans restriction est donc préservé, même si la sollicitation qui suit la procédure de préqualification n'est adressée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

4. L'article 33-4 prévoit des exceptions à l'exigence de sollicitation internationale, limitées aux marchés nationaux ou de faible valeur, comme il est expliqué dans le **commentaire de la section II du chapitre II**. Dans tous les autres cas, l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée doit donc être publiée dans la publication mentionnée dans les règlements en matière de passation des marchés et au niveau international dans une publication garantissant l'accès effectif des fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

5. Les dispositions sur la sollicitation ont été conçues pour remplir une des conditions d'utilisation essentielles des enchères électroniques inversées autonomes: l'existence d'un marché concurrentiel (art. 31-1 *b*). Exigeant une sollicitation internationale en application de la règle par défaut prévue dans

la Loi type, elles visent à assurer la participation la plus large possible à une enchère électronique inversée. D'autres dispositions du chapitre visant à assurer une concurrence effective pendant l'enchère rappellent qu'il importe de remplir cette condition, par exemple, l'obligation à l'article 53-1 *j* de préciser dans l'invitation à l'enchère le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère et celle d'abandonner l'enchère si ce nombre minimum n'est pas atteint. En outre, conformément à l'article 55-2, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère si, alors même que le minimum requis est atteint, elle juge que le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs inscrits ne suffit pas pour garantir une concurrence effective.

Renseignements requis dans une invitation à participer à une enchère électronique inversée

6. Le paragraphe 1 donne la liste de tous les renseignements que doit comporter l'invitation à l'enchère. Puisque dans ces enchères simples l'invitation est suivie de l'enchère même et qu'aucune autre information ne peut être fournie, cette liste est censée mentionner de manière exhaustive tous les renseignements à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère. Le but est de leur permettre de déterminer s'ils sont intéressés à participer à la procédure de passation de marché et s'ils remplissent les conditions requises et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les exigences en matière de renseignements sont semblables à celles qui s'appliquent à la teneur de l'invitation à soumettre une offre (art. 37) et du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert (art. 39).

7. Cette liste exige davantage de renseignements que la liste correspondante dans l'appel d'offres ouvert, compte tenu des particularités procédurales de cette méthode de passation de marché et notamment du fait qu'elle se déroule en ligne et que les offres sont évaluées automatiquement pendant l'enchère. L'alinéa *g* insiste sur la nécessité de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels non seulement les critères et procédures d'évaluation, mais aussi la formule mathématique utilisée lors de la procédure d'évaluation pendant l'enchère. L'évaluation automatique des offres au moyen d'une formule mathématique, particularité des enchères électroniques inversées, n'est possible que si les critères d'évaluation sont quantifiables et exprimés en termes pécuniaires (comme l'exige l'article 31-1 *c*). En communiquant la formule mathématique dès le début de la passation de marché, on garantit que les offres seront évaluées de façon transparente et égale. Cette information, combinée à l'obligation au paragraphe 4 *c* de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales les résultats de toute évaluation préalable à l'enchère et celle à l'article 56-2 de

tenir les enchérisseurs informés de l'évolution de l'enchère, permettent à ceux-ci de déterminer leur position durant l'enchère de façon transparente et indépendamment de l'entité adjudicatrice et du système. Ils peuvent donc s'assurer de l'intégrité du processus d'évaluation.

8. Les renseignements visés aux alinéas *j* à *p* sont également propres aux enchères électroniques inversées. L'alinéa *j* exige d'indiquer le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu. L'importance de cette information pour garantir une concurrence effective durant l'enchère est soulignée dans la section qui précède. Aucun minimum ne peut être fixé dans la Loi type elle-même parce qu'un minimum de trois enchérisseurs peut suffire à remplir la condition d'une concurrence effective, garantir l'anonymat des enchérisseurs et éviter la collusion dans certaines enchères électroniques inversées mais pas dans d'autres. Les circonstances de chaque passation de marché guideront l'entité adjudicatrice pour ce qui est de fixer le minimum adéquat. Pour éviter la collusion, ce minimum devrait être fixé au niveau le plus élevé possible, sachant toutefois que l'entité adjudicatrice devra abandonner l'enchère s'il n'est pas atteint (voir ci-après dans le commentaire de l'article 55-2 d'autres situations permettant l'abandon de l'enchère). Il convient de ne pas négliger dans ce contexte l'objectivité et le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs.

9. L'alinéa *k* est une disposition facultative (figurant donc entre crochets) permettant de fixer un nombre maximum d'enchérisseurs et indiquant la procédure et les critères à suivre pour sélectionner ce maximum. Les États ne devraient pas l'incorporer si techniquement leur situation ne l'exige pas, mais s'ils l'incorporent, ils doivent y adjoindre le paragraphe 2 de l'article pour apporter des garanties essentielles contre les abus. La CNUDCI a permis cette mesure dans les enchères électroniques inversées pour tenir compte des limites de capacité technique qui restreignent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, les technologies acquises pour tenir les enchères électroniques inversées peuvent n'admettre qu'un certain nombre maximum d'enchérisseurs). Cependant, les États adoptants devraient savoir que ces limites de capacité disparaissent rapidement et que la disposition devrait devenir obsolète à brève échéance.

10. Fixer un maximum va à l'encontre du principe général de la Loi type selon lequel la concurrence doit être pleine et ouverte; ce n'est donc autorisé que dans les circonstances exceptionnelles prescrites. Il s'agit ici de limiter le nombre de participants pour des raisons pratiques mais non le principe de concurrence, et cette limitation n'est autorisée que dans la mesure où des limites de capacité technique le justifient effectivement. La sélection des participants dans ce minimum fixé doit se faire uniquement selon des critères

et procédures préalablement communiqués et non discriminatoires. Pour sélectionner les participants de manière objective, l'entité adjudicatrice peut utiliser diverses techniques, comme il est expliqué plus en détail dans l'**introduction du chapitre IV**: "premier arrivé, premier servi", tirage au sort, roulement ou autre mode de sélection aléatoire sur un marché tel que celui des produits de base. L'objectif est d'obtenir une concurrence aussi effective que possible. Cette approche relativement informelle traduit le fait que s'il y a suffisamment de participants, le marché sera suffisamment homogène pour générer les meilleures offres. Comme il est indiqué dans l'introduction du chapitre IV, ni la préqualification ni l'examen des offres initiales, qui consistent en l'application de critères d'admission ou de rejet, ne permettent de sélectionner un nombre prédéterminé de fournisseurs ou d'entrepreneurs les plus qualifiés ou d'offres les mieux classées.

11. Les alinéas *l* à *p* indiquent les renseignements à fournir sur les aspects techniques de l'enchère, compte tenu du fait qu'elle se déroule en ligne, aux fins de la transparence et de la prévisibilité du processus (spécifications de connexion, matériel utilisé, site Web, tout logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité). La Loi type n'énumère que les exigences fonctionnelles indispensables au bon déroulement des enchères électroniques inversées, exprimées en termes technologiquement neutres. Ces exigences devraient être complétées par les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité. Par exemple, les règlements en matière de passation des marchés doivent énoncer les critères de clôture de l'enchère visés à l'alinéa *o*, tels que: i) lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus durant une période déterminée de nouveaux prix ni de nouvelles valeurs valables constituant une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) lorsque toutes les étapes de l'enchère annoncées dans l'avis d'enchère électronique inversée sont terminées. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations spécifiques complémentaires; les orientations devraient préciser davantage 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 au préalable si l'enchère comportera une ou plusieurs phases (dans le second cas, les informations communiquées devraient indiquer le nombre de phases, la durée de chacune et ce qui se passe à la fin de chacune, par exemple, si l'exclusion d'enchérisseurs est prévue à la fin de chaque phase).

12. En ce qui concerne l'alinéa *p*, les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi exiger de préciser: i) les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système utilisé au cours de l'enchère; ii) quand et comment les informations seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère (au minimum, et pour assurer un traitement juste, égal et équitable, la même information devrait être communiquée simultanément à tous les enchérisseurs); et iii) pour ce qui est des conditions auxquelles les participants pourront enchérir, l'amélioration minimale en prix ou autre valeur de toute nouvelle offre faite durant l'enchère ou les limites à une telle amélioration. Dans ce dernier cas, il convient d'expliquer ces limites (qui peuvent découler des caractéristiques techniques des objets à acquérir). Connaissant l'ensemble de ces éléments, des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas participer à une passation de marché par enchères électroniques inversées, par exemple, par manque de capacité technique, de connaissances informatiques ou de confiance dans le processus.

13. Ces informations détaillées peuvent être communiquées dans l'avis d'enchère électronique inversée ou, par référence, dans les règles concernant la conduite de l'enchère, pour autant que tous les fournisseurs ou entrepreneurs aient connaissance de l'ensemble des informations pertinentes suffisamment longtemps à l'avance pour pouvoir bien préparer leur participation. Il convient de noter qu'il ne sera peut-être pas toujours possible de communiquer dans l'invitation toutes les informations pertinentes. Par exemple, dans une enchère complexe nécessitant un examen ou une évaluation des offres initiales, le délai d'inscription à l'enchère (al. *m*) et la date et l'heure de son ouverture (al. *n*) peuvent ne pas être connus avec certitude avant la fin de l'examen ou de l'évaluation. Les critères de clôture de l'enchère peuvent devoir être précisés lorsque sont connus le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur la structure de l'enchère (par exemple, si elle se tient en un ou plusieurs tours). S'il n'est pas possible de communiquer avec précision toutes les informations pertinentes, l'invitation doit au moins énoncer les critères généraux, laissant la définition des critères spécifiques à un stade ultérieur mais en aucun cas après le début de l'enchère.

14. Certaines des informations énumérées au paragraphe 1 doivent être interprétées par référence à d'autres dispositions de ce chapitre. Par exemple, l'alinéa *f*, qui renvoie aux critères et à la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché, doit se lire conjointement avec les dispositions de l'article 57-2, qui permet de procéder à l'examen de l'offre retenue après l'enchère s'il s'agit d'une enchère électronique inversée très simple. L'alinéa *f* inclut aussi tous critères ne pouvant être modifiés pendant l'enchère (tels que les exigences techniques minimales). L'alinéa *s*,

qui fait référence aux nom, titre fonctionnel et adresse d'une ou de plusieurs personnes de l'entité adjudicatrice qui communiqueront directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs "concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère", doit se lire conjointement avec les dispositions de l'article 56-2 *d*, qui interdit toute communication entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs au cours de l'enchère.

15. Certaines informations à fournir dans le cas d'autres méthodes de passation de marchés ne conviennent pas au contexte des enchères électroniques inversées et ne sont donc pas mentionnées au paragraphe 1. Par exemple, des offres ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché ne sont pas permises (il faudrait alors tenir des enchères distinctes dans une même procédure de passation de marché). Aucune disposition ne permet de réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs. L'alinéa *u*, qui concerne les formalités d'après l'enchère, ne comporte aucune référence à l'approbation d'une autorité extérieure, compte tenu des conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées autonomes et du type d'objet dont l'acquisition est envisagée par voie d'enchère électronique inversée conformément à l'article 31-1 de la Loi type. La signature d'un contrat écrit en application de l'article 22 de la Loi type n'est cependant pas exclue et des formalités propres au contexte des enchères électroniques inversées, telles que la possibilité d'évaluer les qualifications ou la conformité après l'enchère, ont été ajoutées.

16. Comme il est expliqué à la section intitulée "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*, le **commentaire de l'article 7** et le commentaire pertinent dans l'introduction du présent chapitre, la Loi type déconseille de faire payer pour l'utilisation des systèmes de passation de marchés. Si des frais d'utilisation sont perçus, ils doivent être transparents, justifiés, raisonnables et proportionnés, et n'entraîner aucune discrimination ni restriction dans l'accès à la procédure de passation de marché. De tels frais doivent donc être mentionnés dans l'invitation à participer à une enchère électronique inversée.

17. Le paragraphe 2, qui traite de l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère, est examiné plus haut à propos du paragraphe 1 *k* de l'article. Il convient de noter que l'entité adjudicatrice ne peut imposer un tel maximum que dans la mesure où l'exigent les limites de la capacité technique de son système de communication. Comme dans le cas des accords-cadres ouverts (voir le **commentaire de l'article 60** concernant ces accords), les États adoptants devraient savoir que les progrès techniques rendront probablement cette disposition obsolète à court ou à moyen terme.

Prescriptions additionnelles pour les enchères électroniques inversées comportant des offres initiales

18. Les paragraphes 3 et 4 énoncent des prescriptions additionnelles concernant le contenu de l'invitation à l'enchère et les autres étapes précédant l'enchère dans le cas d'une enchère électronique inversée autonome comportant des offres initiales. Bien qu'une enchère électronique inversée fondée uniquement sur le prix ne nécessite normalement pas d'offres initiales ni d'autres procédures préalables, les dispositions sont suffisamment souples pour permettre cette éventualité (si, par exemple, l'entité adjudicatrice juge essentiel d'imposer des exigences techniques minimales). L'État adoptant peut omettre ces deux paragraphes s'il décide de ne prévoir dans sa législation sur les marchés publics que des enchères électroniques inversées très simples ne comportant pas de phase préalable à part l'invitation et l'inscription à l'enchère.

19. Dans le cas d'enchères électroniques inversées plus complexes, si l'entité adjudicatrice veut examiner les qualifications des enchérisseurs et la conformité des offres avant l'enchère et demande donc des offres initiales, elle doit inclure dans l'invitation à participer à l'enchère les informations visées au paragraphe 3, qui s'ajoutent donc à celles énumérées au paragraphe 1. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice demandant des offres initiales doit donner des instructions suffisamment détaillées pour leur préparation, en indiquant notamment la portée de ces offres, la langue dans laquelle elles doivent être établies et les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les alinéas *f* et *g* du paragraphe 1 concernant les critères et procédures d'examen et d'évaluation des offres seront aussi applicables aux offres initiales, et les informations à fournir conformément à ces alinéas devront donc porter sur ces critères et procédures avant et pendant l'enchère. Puisqu'il y aura chevauchement entre les informations à fournir concernant les offres initiales et les offres soumises au cours de l'enchère, l'entité adjudicatrice doit bien indiquer quelle information concerne quelle étape pour éviter toute confusion (notamment en ce qui concerne d'une part les modalités, le lieu et la date limite de présentation des offres initiales et d'autre part les modalités d'accès à l'enchère, les modalités et le délai d'inscription à l'enchère, et les différents critères et procédures d'évaluation). Les informations fournies concernant la préparation, l'examen ou l'évaluation des offres initiales doivent être rédigées avec soin pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer leurs offres initiales et leur donner l'assurance qu'elles seront examinées ou évaluées en toute égalité.

20. Le paragraphe 4 règlemente les autres étapes préalables à l'enchère qui doivent se dérouler après l'examen ou l'évaluation des offres initiales. Pour permettre une contestation efficace de la part de tout fournisseur ou

entrepreneur lésé, un avis motivé de rejet doit être adressé sans délai à celui dont l'offre initiale a été rejetée. Les dispositions du paragraphe 4 ne régissent pas les motifs de rejet mais celles du chapitre premier de la Loi type s'appliqueront, notamment l'article 9 qui énonce les motifs de disqualification, l'article 10 qui énumère les critères de conformité, l'article 20 sur le rejet des soumissions anormalement basses, et l'article 21 sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts. Pour plus de commodité, l'État adoptant voudra peut-être envisager d'énumérer tous les motifs de rejet des offres initiales dans les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité.

21. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes doivent être invités à l'enchère sauf si les dispositions des paragraphes 1 *k* et 2 ont été adoptées et si l'entité adjudicatrice a limité conformément à ces dispositions le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes et devant être invités à l'enchère. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice peut rejeter des offres conformément aux critères et à la procédure de sélection du nombre maximum précisés dans l'invitation à l'enchère. Si le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre initiale conforme s'avère inférieur au minimum fixé conformément au paragraphe 1 *j*, l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère électronique inversée; si ce nombre dépasse le minimum fixé mais reste insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère, l'entité adjudicatrice peut décider d'abandonner l'enchère électronique inversée conformément à l'article 55-2 (voir le **commentaire de cet article**).

22. Comme il est dit ci-dessus au paragraphe 2, certaines enchères électroniques inversées complexes peuvent nécessiter un examen: seules les offres initiales atteignant le seuil minimum sont alors admises à l'enchère. Dans d'autres enchères électroniques inversées complexes, les offres initiales sont en outre évaluées et peuvent être classées. Dans ce cas, le classement des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre conforme et d'autres informations sur le résultat de l'évaluation doivent leur être communiqués conformément au paragraphe 4 *c* avant que l'enchère ne puisse commencer. Dans les enchères électroniques inversées complexes, l'entité adjudicatrice peut recevoir des offres initiales dépassant de beaucoup les exigences minimales, en particulier si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à proposer des articles présentant des avantages techniques différents et donc un niveau de prix différent, et le classement peut avoir d'importantes répercussions sur la participation à l'enchère elle-même, contraignant l'entité adjudicatrice à déterminer s'il y a bien une concurrence effective.

23. Les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernant les résultats de l'évaluation et un éventuel classement peuvent varier d'une enchère à l'autre; dans tous les cas, elles doivent leur suffire pour déterminer avant l'enchère leur position par rapport à leurs concurrents, de sorte qu'ils puissent enchérir de façon efficace et conforme pendant celle-ci. Avec la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère, communiquée dans l'invitation à l'enchère conformément au paragraphe 1 g, ces informations devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'évaluer eux-mêmes leurs chances de réussite et de déterminer quels aspects de leurs offres ils devraient et pourraient modifier, et de combien, pour améliorer leur classement. Le risque de conflit entre une transparence complète et la nécessité d'éviter de faciliter la collusion en transmettant ces informations aux enchérisseurs est examiné ci-après dans le **commentaire de l'article 56**, qui prévoit des possibilités à envisager à cet égard.

24. Les dispositions du paragraphe 4 visent à préserver l'anonymat des enchérisseurs et la confidentialité des informations concernant leurs offres initiales et le résultat de tout examen ou évaluation. Chaque enchérisseur reçoit uniquement les informations qui le concernent. Aux fins du traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, les informations doivent être envoyées rapidement et simultanément à chacun d'entre eux.

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

1. L'article 54 régit les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché comprenant une enchère électronique inversée en tant qu'étape. Les conditions d'utilisation de ces enchères électroniques inversées sont examinées dans le **commentaire de l'article 31**.

2. Le paragraphe 1 fait référence aux informations minimales à fournir lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché comprenant une enchère électronique inversée en tant qu'étape. Il dispose qu'en plus de toutes les autres informations à fournir aux fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice doit préciser qu'une enchère électronique inversée sera tenue, donner la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère et communiquer les modalités d'accès à l'enchère. Il est primordial de communiquer ces informations minimales au début de la passation de marché afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer non seulement s'ils sont intéressés à participer à la passation de marché mais aussi s'ils le peuvent. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas participer à une passation de marché comprenant une

enchère électronique inversée une fois qu'ils savent de quoi il retourne, comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre.

3. Une fois annoncée, l'enchère électronique inversée sera la méthode de sélection du fournisseur ou entrepreneur à retenir, à moins que le nombre de participants ne suffise pas pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas et conformément à l'article 55-2, l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère (mais n'y est pas tenue). L'article 19 lui donne en outre le droit d'abandonner la passation de marché. L'abandon peut être souhaitable si elle apprend qu'il y a risque de collusion, par exemple, si l'anonymat des enchérisseurs a été compromis lors d'une phase antérieure de la procédure de passation de marché.

4. Le paragraphe 2 traite de la phase qui précède immédiatement la tenue de l'enchère, lorsque toutes les autres étapes obligatoires de la passation de marché sont terminées (telles que la préqualification et l'examen ou l'évaluation des offres initiales) et qu'il ne reste qu'une seule étape: déterminer au moyen de l'enchère quelle est l'offre à retenir. L'entité adjudicatrice doit communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs restant en lice des informations détaillées concernant l'enchère: les délais d'inscription, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère, les conditions d'identification, les critères de clôture de l'enchère et toutes les autres règles applicables à la conduite de l'enchère. Les dispositions des articles 53 et 54 ont été rédigées de manière à fournir des informations équivalentes aux participants à des enchères électroniques inversées autonomes et en tant qu'étape. On trouvera dans le **commentaire de l'article 53** un examen des informations à fournir.

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

1. L'article 55 régit les aspects essentiels de l'inscription à l'enchère et le délai pour tenir celle-ci. Les exigences de transparence des paragraphes 1 et 2 visent à assurer le traitement juste, égal et équitable des enchérisseurs. Il s'agit de la communication rapide à chaque fournisseur ou entrepreneur inscrit d'une confirmation de son inscription et, le cas échéant, de la décision d'abandonner l'enchère.

2. Le paragraphe 3 dispose qu'un délai raisonnable doit être accordé aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour leur permettre de se préparer à l'enchère. Ce délai devrait aussi permettre une contestation effective des conditions de sollicitation en application du chapitre VIII de la Loi type. Une telle contestation ne peut être formée que jusqu'à la date limite de

présentation des soumissions, c'est-à-dire jusqu'à l'ouverture de l'enchère dans le cas d'une enchère électronique inversée simple (sans examen ou évaluation préalable des offres initiales) et jusqu'à la présentation des offres initiales dans les autres cas. Le délai entre l'envoi de l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée et la tenue de celle-ci devrait donc être fixé en fonction des circonstances (plus l'enchère est simple, plus le délai peut être court). Comme il est précisé au paragraphe 3, il est tenu compte pour fixer ce délai des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, qui peuvent dans certaines circonstances (par exemple, en cas d'urgence extrême due à une catastrophe), l'emporter sur les autres considérations.

3. Le paragraphe 2 autorise l'entité adjudicatrice à abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs inscrits est insuffisant pour assurer une concurrence effective. Ces dispositions ne sont pas contraignantes: 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. L'État adoptant est invité à fournir dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité une liste exhaustive des circonstances qui justifieraient la poursuite de l'enchère électronique inversée dans de tels cas. Il peut y avoir d'autres motifs justifiant l'abandon de l'enchère (par exemple, des soupçons de collusion, comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre). Cette souplesse ne s'applique cependant pas aux situations où l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère électronique inversée, par exemple, en vertu de l'article 53-1 *j*, si le nombre minimum requis de fournisseurs ou entrepreneurs inscrits n'est pas atteint ou si l'entité adjudicatrice doit mettre fin à l'enchère pour des raisons techniques en vertu de l'article 56-5 (voir le **commentaire de ces dispositions**).

4. Dans le cas d'une enchère électronique inversée autonome, abandonner l'enchère revient à abandonner la passation de marché. L'entité adjudicatrice peut décider après avoir analysé les raisons de l'abandon qu'il convient de tenir une autre enchère électronique inversée, par exemple, s'il est possible de corriger des erreurs de description ayant empêché l'inscription d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou choisir une autre méthode de passation de marché. Dans le cas d'une enchère électronique inversée en tant qu'étape, l'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché ou attribuer le marché sur la base des offres initiales, si les règlements en matière de passation de marché et les conditions de la sollicitation le lui permettent.

5. Dans le cas d'une enchère électronique inversée en tant qu'étape, l'entité adjudicatrice devra également préciser au début de la passation de marché toute conséquence éventuelle d'une non-inscription à l'enchère.

Article 56. Exigences pendant l'enchère électronique inversée

1. Cet article régit les exigences à respecter durant les enchères électroniques inversées, que celles-ci soient utilisées en tant que méthode autonome ou en tant qu'étape de la passation de marché. Le paragraphe 1 distingue deux types d'enchères: les enchères électroniques inversées simples, où c'est le prix le plus bas qui détermine l'offre à retenir, et celles où l'offre à retenir est déterminée par le prix et d'autres critères. Quel que soit le degré de complexité de ces critères, tous doivent se voir attribuer une valeur exprimée en chiffres ou pourcentages dans une formule mathématique communiquée au préalable et permettant l'évaluation automatique. Comme l'exigent les articles 53 et 54, chaque critère utilisé dans l'évaluation, la valeur qui lui est attribuée et la formule mathématique utilisée doivent être communiqués au début de la procédure de passation de marché et rester inchangés pendant l'enchère. Seuls les prix et d'autres éléments modifiables définis dans les conditions de la sollicitation peuvent être modifiés pendant l'enchère.

2. Le paragraphe 2 énumère les principales dispositions concernant la tenue de l'enchère. Celles-ci reflètent les caractéristiques du système d'enchères électroniques inversées prévu dans la Loi type et défini à l'article 2 *d* (qui diffère de certains autres types d'enchères électroniques inversées utilisées dans la pratique), donnent effet aux conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article 31 et précisent les exigences des articles 53 et 54. Par exemple, les alinéas *a* et *c* soulignent le caractère continu du processus d'enchère. L'alinéa *a* exige en outre que les enchérisseurs se voient accorder des chances égales de présenter leurs offres. En pratique, cela signifie, par exemple, que le système doit enregistrer les offres dès leur réception, quel qu'en soit l'auteur, les évaluer et déterminer leur effet sur les autres offres. Les informations pertinentes doivent être communiquées rapidement à tous les enchérisseurs. Cette dernière exigence est précisée dans l'alinéa *c*, qui dispose que chaque enchérisseur doit recevoir instantanément des informations suffisantes pour pouvoir déterminer la position de son offre par rapport aux autres. Il ressort du libellé de ces dispositions que les mêmes informations ne sont pas nécessairement communiquées à tous les enchérisseurs mais que celles qui le sont doivent leur suffire pour déterminer la position de leur offre et leur garantir un traitement juste, égal et équitable.

3. La Loi type est volontairement muette sur la nature des informations à communiquer pour satisfaire à cette exigence. En décidant comment

réglementer la question, les États adoptants devront trouver un juste équilibre entre le souci de transparence et de promotion d'un processus d'enchère rigoureux et la nécessité de prévenir la collusion et la divulgation d'informations commerciales sensibles. Diverses possibilités peuvent convenir en fonction de l'enchère électronique inversée, de sa complexité et d'autres facteurs: *a)* signaler si un enchérisseur est en tête ou a soumis le meilleur prix; *b)* signaler le meilleur prix proposé; *c)* signaler à chaque enchérisseur sa position par rapport à la meilleure offre (sans lui communiquer d'informations sur les autres offres); et *d)* signaler la progression de l'ensemble des offres. Dans tous les cas, l'entité adjudicatrice devra pouvoir suivre l'évolution de l'ensemble des offres. Les États adoptants doivent être conscients du fait que, comme le montre l'expérience de certains pays, communiquer le meilleur prix peut susciter de très petites diminutions du montant des offres, empêchant ainsi l'entité adjudicatrice d'obtenir le meilleur résultat, ou des offres anormalement basses. Les risques de collusion augmentent avec le degré d'informations fournies concernant d'autres offres; même dans des enchères électroniques inversées plus complexes, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être en mesure de calculer les offres d'autres participants en inversant la formule mathématique fournie. Quelle que soit la décision de l'entité adjudicatrice concernant le type d'informations à communiquer pendant l'enchère, cette décision doit figurer dans les règles de l'enchère communiquées aux enchérisseurs potentiels avant que celle-ci ne commence. En outre, toutes les étapes et toutes les offres doivent être versées au procès-verbal de la passation de marché. Ces dispositions complètent l'obligation visée aux articles 53-1 *g* et 54-1 *a* de communiquer les critères et la procédure d'évaluation des offres qui seront utilisés durant l'enchère et l'obligation visée aux articles 53-4 *c* et 54-3 de communiquer les résultats de toute évaluation préalable.

4. L'alinéa *b* réaffirme le principe de l'évaluation automatique des offres durant l'enchère. Avec l'alinéa *d*, il souligne l'importance d'éviter toute intervention humaine pendant le déroulement de l'enchère. Le dispositif d'enchère reçoit les offres par voie électronique et les évalue automatiquement selon les critères et processus communiqués dans l'invitation à l'enchère. Il devrait attribuer à chaque offre un identifiant préservant l'anonymat. Il devrait aussi pouvoir rejeter immédiatement et automatiquement les offres non valables, avec notification immédiate et explication des motifs du rejet. Un point de contact extérieur au dispositif d'enchère devrait être proposé aux enchérisseurs pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques.

5. Les paragraphes 3 et 5 de l'article réaffirment un autre principe important des enchères prévues dans la Loi type: la nécessité de préserver l'anonymat des enchérisseurs avant, pendant et après l'enchère. Le paragraphe 3

reflète ce principe en interdisant à l'entité adjudicatrice de révéler l'identité de tout enchérisseur pendant l'enchère. Le paragraphe 5 étend cette interdiction à la phase qui suit l'enchère, notamment si celle-ci est suspendue ou s'il y est mis fin. Il convient d'interpréter ces dispositions au sens large comme interdisant de révéler expressément l'identité des enchérisseurs mais aussi de la dévoiler indirectement, par exemple, en permettant à des enchérisseurs de communiquer ou déterminer l'identité d'autres enchérisseurs. Les personnes qui administrent le système d'enchères pour le compte de l'entité adjudicatrice et toutes celles qui interviennent dans le processus à quelque titre que ce soit, par exemple, comme point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques, doivent être considérées à cet égard comme des agents de l'entité adjudicatrice et soumis à la même interdiction. Il est clair cependant que malgré les dispositions de cet article et de l'ensemble du chapitre, il peut être difficile en pratique de préserver l'anonymat des enchérisseurs dans les passations de marchés caractérisées par un groupe plus ou moins stable de fournisseurs ou l'acquisition récurrente d'articles similaires au moyen d'enchères électroniques inversées, utilisées ou non dans le contexte d'accords-cadres (voir également l'**introduction du présent chapitre**).

6. Le paragraphe 4 complète les exigences des articles 53-1 *o* et 54-2 *c* en ce qui concerne la nécessité de communiquer les critères régissant la clôture de l'enchère au plus tard avant la tenue de celle-ci. Ces règles, qui auront été préalablement communiquées, ne pourront être modifiées pendant l'enchère. En outre, l'enchère ne peut en aucun cas être clôturée avant la date fixée, même si aucune offre n'est faite. On observe en pratique que souvent les offres commencent à arriver en nombre vers la fin de l'enchère. Donner à l'entité adjudicatrice le pouvoir de clore l'enchère avant l'échéance ouvrirait la porte à des abus, par exemple, sous la forme d'arrangements conclus avant l'enchère entre un enchérisseur et l'entité adjudicatrice pour influencer le résultat en faveur de cet enchérisseur. En revanche, rien n'interdit de proroger le délai de soumission des offres pour autant que cela soit fait de façon transparente. Cette option peut se révéler utile si, par exemple, l'enchère a dû être suspendue pour des raisons techniques (comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article). Il est de bonne pratique d'exiger que les règles sur la tenue de l'enchère traitent des critères et procédures de toute prorogation du délai de soumission des offres.

7. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent se retirer d'une enchère électronique inversée avant la clôture de celle-ci. Le retrait ne devrait pas avoir d'incidence sur l'enchère, sauf s'il se produit pour des raisons qui nécessitent de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin conformément au paragraphe 5 de l'article (par exemple, des défaillances du système de communication de l'entité adjudicatrice). Dans tous les autres cas, l'enchère doit se poursuivre.

Une fois l'enchère clôturée, l'entité adjudicatrice peut devoir analyser les motifs du retrait, en particulier si un nombre important d'enchérisseurs se retirent, ainsi que tout effet négatif qu'il peut avoir sur le résultat de l'enchère. L'article 57 réaffirme le droit de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché à tout stade de la procédure, complétant à cet égard l'article 19-1 (voir le **commentaire de l'article 19** sur l'abandon de la passation de marché).

8. Le paragraphe 5 énonce l'obligation de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin dans les circonstances qui y sont visées. Outre les défaillances du système de communication de l'entité adjudicatrice qui risquent de compromettre le bon déroulement de l'enchère, il peut y avoir d'autres raisons de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin. Il serait impossible d'énumérer toutes ces raisons dans la législation sur la passation des marchés mais la Loi type exige de les énoncer dans les règles concernant la tenue de l'enchère qui doivent être communiquées en vertu des articles 53 et 54, selon le cas. Aucune autre latitude ne devrait être accordée à l'entité adjudicatrice à cet égard, l'exercice d'un tel pouvoir pouvant entraîner des abus liés à l'intervention humaine. Même si dans certains cas il est inévitable de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin, ces cas doivent être réduits au minimum et s'il s'en produit un, il convient de l'examiner dans le cadre des mécanismes de suivi ou de contrôle.

9. Les règles concernant la tenue de l'enchère doivent également comprendre des garanties procédurales protégeant les intérêts des enchérisseurs si l'enchère est suspendue ou, s'il y est mis fin, telles qu'informer immédiatement et simultanément tous les enchérisseurs et en cas de suspension, leur faire savoir la date de réouverture de l'enchère et la nouvelle date de clôture. S'il est mis fin à une enchère électronique inversée autonome, ces règles devraient préciser si la fin de l'enchère entraîne nécessairement son abandon ou si le marché peut être attribué sur la base des résultats au moment où elle prend fin.

Article 57. Exigences après l'enchère électronique inversée

1. Cet article régit les mesures à prendre après l'enchère, qu'il s'agisse d'une enchère électronique inversée utilisée en tant que méthode autonome ou en tant qu'étape. Les règles applicables sont les mêmes puisque dans tous les cas l'enchère précède l'attribution du marché. Pour éviter toute irrégularité, favoritisme ou corruption, aucune autre évaluation ou négociation n'est autorisée après l'enchère. Le résultat de l'enchère est donc censé constituer le résultat final de la procédure de passation de marché. Cela

signifie en pratique que si le dossier de sollicitation stipule que le marché doit être attribué à l'offre la plus basse, l'auteur de cette offre emporte le marché et son prix doit figurer dans le contrat. Si le dossier de sollicitation précise que le marché est attribué sur la base du prix et d'autres critères, l'auteur de l'offre la plus avantageuse déterminée au moyen de la formule mathématique communiquée au préalable doit se voir attribuer le marché et les conditions de l'offre retenue doivent figurer dans le contrat. Les exceptions limitées à ces règles sont énoncées aux paragraphes 2 et 3.

2. Le paragraphe 2 s'applique aux enchères électroniques inversées simples (non précédées d'offres initiales) utilisées comme méthode autonome. Dans de telles enchères, l'évaluation des qualifications et de la conformité se fait après l'enchère et seulement en ce qui concerne l'offre retenue et son auteur. Cette façon de procéder permet de gagner du temps et de réduire les coûts. Si l'adjudicataire s'avère non qualifié ou si son offre s'avère non conforme, l'entité adjudicatrice a deux possibilités: abandonner la procédure de passation de marché ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre, pour autant que celle-ci soit conforme et son auteur qualifié. Cette façon de procéder suppose que tous les enchérisseurs répondant à l'invitation puissent fournir l'objet du marché plus ou moins au même niveau de qualité; s'il s'agit d'un objet simple et disponible dans le commerce, le risque pour l'entité adjudicatrice est faible car d'autres sources d'approvisionnement seront aisément disponibles. Il convient de souligner cette possibilité dans les indications données aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participeront aux enchères électroniques inversées afin que ceux-ci ne soient pas tentés de présenter des offres irréalistes au dernier moment.

3. Le paragraphe 3, qui s'applique à tout type d'enchère électronique inversée, traite de la situation où l'offre qui l'emporte semble à l'entité adjudicatrice anormalement basse (pour une explication de ce terme, voir le **commentaire de l'article 20**). Il convient de noter que dans le cas d'enchères électroniques inversées portant sur un objet simple et disponible dans le commerce, un risque lié à l'exécution est peu probable, pour les raisons mentionnées au paragraphe précédent. Les dispositions du paragraphe 3 sont également subordonnées aux règles sur l'examen des offres anormalement basses, énoncées à l'article 20, notamment aux mesures destinées à garantir une évaluation objective et transparente (voir le commentaire de cet article concernant les procédures appropriées). Si toutes les conditions du rejet d'une offre anormalement basse énoncées à l'article 20 sont réunies, l'entité adjudicatrice peut rejeter l'offre et choisir d'abandonner la procédure de passation de marché ou d'attribuer le marché à la deuxième meilleure offre. Cette exception à la règle générale exigeant d'attribuer le marché à l'enchérisseur qui remporte l'enchère vise en particulier à empêcher le dumping.

Les dispositions de la Loi type visent à permettre une plus grande souplesse à l'entité adjudicatrice, sous réserve des garanties contre les abus prévues à l'article 20.

4. En décidant quelle option suivre en vertu des paragraphes 2 et 3—abandonner la procédure de passation de marché ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre—l'entité adjudicatrice devra évaluer les conséquences d'un abandon de l'enchère et déterminer notamment s'il est possible de tenir une deuxième enchère dans la même procédure de passation de marché et ce que cela coûterait de recourir à une autre méthode de passation de marché. En particulier, il se peut que l'anonymat des enchérisseurs ait été compromis et qu'une nouvelle mise en concurrence soit également risquée. Ce risque ne devrait cependant pas inciter l'entité adjudicatrice à retenir systématiquement la deuxième meilleure offre, en particulier s'il y a soupçon de collusion entre les auteurs des deux meilleures offres. Les dispositions des paragraphes 2 et 3 visent à éviter d'imposer l'une ou l'autre mesure à l'entité adjudicatrice.

5. Dans les deux cas visés aux paragraphes 2 et 3, une décision doit être prise rapidement après l'enchère, en stricte conformité avec les dispositions applicables de la Loi type, afin de déterminer le résultat définitif dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Ces mesures ne doivent pas être traitées comme un moyen de faire obstacle à la sélection automatique de l'offre à retenir.

CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES

A. Introduction

1. *Résumé*

1. Les procédures d'accords-cadres peuvent être décrites comme une technique de passation de marchés en deux étapes se déroulant sur une certaine période et comportant:

a) La sollicitation de soumissions dans des conditions prédéterminées;

b) L'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen de leurs soumissions au regard de ces conditions et, généralement, l'évaluation de ces soumissions;

c) La conclusion d'un accord-cadre entre le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés et l'entité adjudicatrice sur la base des soumissions. L'accord-cadre énonce les conditions des achats futurs et est conclu pour une durée déterminée (les points *a* à *c* constituent la "première étape" de la passation de marché); et

d) L'attribution ultérieure ou périodique de marchés à ces fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre aux conditions de celui-ci, lorsque surviennent des besoins particuliers (pouvant amener le passage d'une commande à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord ou une remise en concurrence. C'est la "deuxième étape" de la passation de marché).

2. Les procédures d'accords-cadres sont souvent utilisées pour l'achat d'un objet dont l'entité adjudicatrice a besoin durant une certaine période ou aura besoin ultérieurement, lorsqu'elle ignore la quantité exacte, la nature précise ou le moment de ces besoins. Pour l'essentiel, l'accord-cadre établit les conditions dans lesquelles les achats seront réalisés (ou les conditions principales et le mécanisme à utiliser pour établir les autres conditions ou affiner celles initialement établies: ces dernières peuvent porter notamment sur les quantités à livrer à une date précise, le moment des livraisons, la quantité totale du marché et le prix). Il peut s'agir, par exemple, d'achats de produits de base—fournitures de bureau, pièces détachées, fournitures informatiques ou services de maintenance informatique—normalement réguliers ou récurrents, dans des quantités variables, sur un marché pouvant être très concurrentiel. 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.

3. Dans la pratique, on utilise pour le type de procédure décrit ci-dessus diverses expressions, telles que arrangements en matière d'approvisionnement (*supply arrangements*), contrats à prestations ou quantités indéterminées (*indefinite-delivery/indefinite-quantity contracts*) ou marchés de services à bon de commande (*task-order contracts*), contrats catalogue (*catalogue contracts*) ou contrats-cadres (*umbrella contracts*). Certaines de ces procédures sont très proches des procédures d'accords-cadres de la Loi type; d'autres présentent des différences considérables. En particulier, la mesure dans laquelle la première étape de la passation de marché comprend tous les points énoncés aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 1 ci-dessus varie également; s'il n'y a ni évaluation des qualifications des fournisseurs ni examen de la conformité des soumissions, l'arrangement correspond plutôt à une liste de fournisseurs. La Loi type ne traite pas des listes de fournisseurs parce que la CNUDCI considère que les dispositions très souples sur les accords-cadres énoncées au chapitre VII de la Loi type offrent les mêmes avantages que les listes de fournisseurs sans faire peser sur la transparence et sur la concurrence les risques élevés auxquels on associe ces listes.

2. *Incorporation: considérations de politique générale*

4. Les principaux avantages potentiels des procédures d'accords-cadres en tant que pratique de passation des marchés peuvent se résumer comme suit:

a) Efficacité administrative: si l'accord-cadre est utilisé pour des marchés récurrents, il peut être efficace d'un point de vue administratif parce qu'il permet de regrouper efficacement une série de procédures de passation de marché. De nombreuses tâches normalement effectuées pour chacune de ces procédures ne sont faites qu'une fois: rédiger les conditions, assurer la publicité, évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, examiner les soumissions et, dans certaines formes d'accords-cadres, les évaluer. Les achats peuvent ainsi être effectués à plus faible coût et avec des délais de livraison plus brefs que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure distincte;

b) Réduction de la nécessité de recourir à des procédures d'urgence: la diminution de la durée des procédures de passation de marchés une fois

effectuées les tâches initiales décrites ci-dessus à l'alinéa *a* peut rendre moins nécessaires les procédures d'urgence, qui sont souvent menées sans transparence et sans concurrence effective;

c) Meilleurs résultats pour les marchés de moindre valeur, dont on considère que la passation risque de donner lieu à des abus ou de ne pas aboutir à un bon rapport qualité-prix parce qu'elle se fait souvent par des procédures peu transparentes et peu concurrentielles;

d) Meilleure transparence des marchés de moindre valeur: le regroupement d'achats au moyen de la procédure d'accord-cadre aux fins d'amortir les frais de publicité et autres dépenses renforce la transparence, puisque les exceptions à certaines obligations de transparence de la Loi type pour la passation de marchés inférieurs à un certain seuil ne s'appliqueraient plus; le regroupement peut aussi faciliter le contrôle par les organismes de contrôle ou par les fournisseurs ou entrepreneurs eux-mêmes;

e) Participation accrue des petites et moyennes entreprises: passer de plus petites commandes au titre de l'accord-cadre peut permettre à de plus petits fournisseurs ou entrepreneurs de participer;

f) Sécurité d'approvisionnement: le fournisseur ou entrepreneur est tenu d'assurer les approvisionnements futurs;

g) Économies supplémentaires: la centralisation des achats (un service central d'une entité adjudicatrice ou une entité indépendante spécialisée achète pour plusieurs services, ou une entité ou un consortium achète au nom de plusieurs entités) permet de réaliser des économies d'échelle;

h) Meilleure gestion de la chaîne d'approvisionnement: l'achat d'une grande quantité en une fois peut réduire le coût (caractéristique de certaines passations de marchés centralisées), notamment les frais de stockage;

i) Efficacité du processus: la centralisation des achats peut également favoriser l'amélioration de la qualité des offres et autres documents et l'uniformisation et la normalisation au sein des institutions publiques, et une meilleure compréhension des besoins des entités adjudicatrices par les fournisseurs ou entrepreneurs peut améliorer la qualité des soumissions. Comme il est expliqué à la section "**Acquisitions par des groupes d'entités adjudicatrices, notamment dans le contexte international, en vertu de la Loi type**", dans la première partie du présent *Guide*, des centrales d'achat peuvent conduire la passation de marchés au nom des entités adjudicatrices, et leur rôle de coordination peut améliorer encore les avantages de la centralisation des achats.

5. Il ressort clairement de la liste ci-dessus que de nombreux avantages découlent de l'application de procédures d'accords-cadres à des achats récurrents. C'est là leur utilisation la plus courante et celle à laquelle ils sont le plus adaptés, mais ce n'est pas la seule, comme on l'expliquera ci-après.

Comme toutes les méthodes et techniques prévues dans la Loi type, la procédure d'accord-cadre se prête à toutes les passations de marchés, qu'il s'agisse de biens, de travaux, de services ou d'une combinaison de ces éléments.

6. Les États adoptants devraient être conscients des préoccupations que suscite l'utilisation des procédures d'accords-cadres et des incidences négatives qu'elle peut avoir sur la concurrence, dont certaines sont inhérentes à la technique elle-même et d'autres découlent d'une utilisation inappropriée. Les accords-cadres fermés (ceux avec un nombre limité de participants; voir la définition à l'article 2 *e* ii et les explications ci-après) ont effectivement pour effet de limiter la concurrence sur le marché concerné durant leur période d'effet. En outre, les parties à un accord-cadre fermé se connaîtront, ce qui accroît le risque de collusion lors de la deuxième étape. Ces risques varieront d'un marché à l'autre, certains marchés étant par nature plus concurrentiels que d'autres.

7. Les dispositions de la Loi type sur l'utilisation des procédures d'accords-cadres ont donc été conçues pour faciliter l'utilisation appropriée et bénéfique de cette technique lors d'achats récurrents ou dans les autres circonstances mentionnées plus haut (telles qu'anticiper un besoin urgent ou assurer la sécurité d'approvisionnement), pour en décourager l'utilisation inappropriée et pour atténuer ou réduire les risques qu'ils peuvent poser pour la concurrence. Elles comportent donc un contrôle de l'utilisation des procédures d'accords-cadres, sous la forme des conditions d'utilisation énoncées à l'article 32, et des procédures obligatoires énoncées aux articles 58 à 63, exprimées en des termes très généraux, exigeant le recours à l'appel d'offres ouvert pour l'attribution de l'accord-cadre à moins qu'une autre méthode de passation de marchés ne se justifie. Comme les conditions d'utilisation de toute méthode de passation de marchés, ces dispositions délimitent les situations se prêtant à l'utilisation de procédures d'accords-cadres mais ne peuvent dire si c'est cette technique qu'il convient d'utiliser. Les règlements, règles ou orientations en matière de passation des marchés émis par l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité pour appuyer la mise en œuvre et l'utilisation d'accords-cadres seront donc déterminants pour leur utilisation effective. Le commentaire se trouvant dans la section qui suit souligne les principales questions que devraient traiter ces documents.

8. En vertu de la Loi type (voir art. 2 *e*), les procédures d'accords-cadres peuvent être de l'un des trois types suivants:

a) Une procédure d'accord-cadre "fermé" sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe toutes

les conditions du marché. La soumission de la première étape est définitive et il n'y a pas de mise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs lors de la deuxième étape de la passation de marché. La seule différence entre ce type d'accord-cadre et les passations de marchés classiques est que le ou les articles sont achetés ultérieurement, souvent par lots, sur une période donnée. Ces accords-cadres sont dits "fermés" parce qu'aucun nouveau fournisseur ou entrepreneur ne peut devenir partie à l'accord après qu'il a été conclu;

b) Une procédure d'accord-cadre "fermé" avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, conclue avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et fixant certaines des principales conditions de la passation de marché. La soumission de la première étape est dite "initiale", parce que même si chaque soumission est évaluée, une nouvelle mise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre doit avoir lieu lors de la deuxième étape. Ces fournisseurs ou entrepreneurs présentent alors une soumission finale; l'entité adjudicatrice sélectionne la soumission à retenir à ce stade au moyen de la mise en concurrence de la deuxième étape. Ces accords-cadres sont aussi dits "fermés" au sens décrit ci-dessus;

c) Une procédure d'accord-cadre "ouvert", conclue avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et fixant également certaines des principales conditions de la passation de marché. La soumission de la première étape est dite "indicative" parce qu'elle n'est pas évaluée mais examinée du point de vue de la conformité, et une nouvelle mise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs doit avoir lieu lors de la deuxième étape. En ce sens, une soumission "indicative" n'est pas contraignante. Les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre présentent alors une soumission finale; l'entité adjudicatrice sélectionne la soumission à retenir à ce stade au moyen de la mise en concurrence de la deuxième étape, comme dans les accords-cadres fermés avec mise en concurrence lors de la deuxième étape. Ces accords-cadres restent "ouverts" à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs, au sens où tout fournisseur ou entrepreneur peut devenir partie à tout moment de la durée de l'accord s'il est qualifié et si sa soumission indicative est conforme. Ces accords doivent fonctionner par voie électronique, comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire sur l'article 60**.

9. Ces différents types d'accords-cadres visent des circonstances distinctes, en ce sens que la décision de recourir à un accord-cadre peut être relativement complexe: il faut déterminer quelle méthode de passation de marché convient pour l'attribution de l'accord-cadre et quel type d'accord-cadre est approprié. Pour cette raison, les États adoptants voudront peut-être limiter l'utilisation des procédures d'accords-cadres en attendant d'acquérir une expérience de cette technique. Par exemple, ils voudront peut-être commencer avec des accords-cadres ouverts portant sur des biens standard d'usage courant ou des services simples et récurrents acquis normalement sur la base

du prix le plus bas. On trouvera ci-après, dans le commentaire sur la mise en œuvre et l'utilisation, une explication du lien entre les circonstances de la passation de marché et le type d'accord-cadre approprié, qui peut aider les États adoptants de manière générale et pour concevoir une introduction progressive de cette technique.

10. Comme il ressort clairement des définitions de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2, l'accord-cadre n'est pas un marché au sens de la Loi type mais peut être un contrat exécutoire dans les États adoptants. La législation de l'État adoptant devra donc traiter de questions telles que la force obligatoire de l'accord au regard du droit des contrats. Les États adoptants voudront peut-être aussi publier des orientations indiquant si l'administration publique doit être tenue de recourir à l'accord-cadre et dans quelle mesure les soumissions faites par les fournisseurs ou entrepreneurs lors de la première étape peuvent lier ceux-ci en vertu de leur législation. Dans le cas d'un accord-cadre ouvert, les fournisseurs ou entrepreneurs devenant parties à l'accord après que ce dernier a été initialement conclu devront être liés par les conditions qui y sont énoncées, et les États adoptants devraient s'assurer que la législation contient des dispositions en ce sens.

11. Bien que l'accord-cadre puisse être un contrat contraignant, la définition du terme "marché" à l'article 2 *k* de la Loi type n'inclut pas la notion d'accord-cadre. Aux fins de l'article 2 *k* de la Loi type, le marché est conclu lors de la deuxième étape de la procédure, lorsque l'entité adjudicatrice attribue un marché au titre de l'accord-cadre. Techniquement, l'attribution intervient lorsque l'entité adjudicatrice adresse un avis par lequel elle accepte la soumission présentée par le fournisseur ou entrepreneur lors de la deuxième étape conformément à l'article 22 de la Loi type. Cela signifie que les garanties et procédures prévues dans la Loi type s'appliquent pendant toute la procédure d'accord-cadre.

12. À cet égard, il convient également de noter que les deux étapes des procédures d'accord-cadre sont susceptibles de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

13. La Loi type ne prévoit pas un autre type d'accord-cadre, rencontré parfois dans la pratique, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs peuvent améliorer leurs offres unilatéralement. La raison de cette exclusion est qu'aucun mécanisme n'empêcherait l'entité adjudicatrice de communiquer des informations à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés pour les aider à améliorer leur position relative ou pour contrôler les offres améliorées. De tels accords-cadres seraient donc incompatibles avec les objectifs généraux de la Loi type.

3. *Questions d'application et d'utilisation*

14. Le plus important dans l'application et l'utilisation des accords-cadres est de promouvoir leur utilisation à bon escient, ce qui fait intervenir des questions bien plus complexes que d'évaluer le respect des conditions d'utilisation énoncées à l'article 32 de la Loi type. Parmi les questions à examiner, il y a premièrement que l'efficacité administrative pouvant appuyer l'utilisation de cette technique peut compromettre d'autres objectifs de la passation de marché, tels qu'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, si l'entité adjudicatrice n'utilise les accords-cadres que par souci d'efficacité administrative alors qu'ils ne sont pas l'instrument convenant à la passation de marché. Il peut s'ensuivre que l'objet acquis ne répond simplement pas aux besoins réels de l'entité adjudicatrice, que la qualité laisse à désirer ou que le prix payé est excessif. Deuxièmement, il a été observé dans la pratique que des accords-cadres donnaient lieu à une diminution de la concurrence et de la transparence, à des agissements collutoires et à des attributions de marchés fondées sur des relations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs et non sur les procédures de mise en concurrence visées dans la Loi type, ce qui pouvait nuire au rapport qualité-prix. Troisièmement, en particulier à long terme, l'ampleur des accords-cadres peut entraîner une diminution de la participation générale et de la concurrence, les fournisseurs ou entrepreneurs non parties à l'accord-cadre quittant le marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre connaîtront chacun l'identité des autres et il peut donc être difficile dans la pratique d'assurer la concurrence une fois l'accord-cadre en place. Les fournisseurs ou entrepreneurs non parties à l'accord-cadre ne pouvant participer à l'attribution des marchés, la concurrence est en fait limitée lors de la deuxième étape. Les conséquences préjudiciables d'une concurrence amoindrie seront aggravées si l'accord-cadre a pour effet de créer un marché monopolistique ou oligopolistique. Ces questions doivent être examinées avant qu'il ne soit décidé de recourir à une procédure d'accord-cadre, puisqu'il sera probablement vain de vouloir les régler une fois l'accord en place.

15. Les circonstances de la passation de marché détermineront s'il convient d'utiliser une procédure d'accord-cadre et, dans l'affirmative, ses caractéristiques, telles que le type d'accord-cadre à conclure, sa portée, le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs parties et le rôle d'une éventuelle centrale d'achat. Le lien entre les circonstances de la passation de marché et diverses décisions touchant les procédures d'accords-cadres devrait être expliqué dans les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé des marchés publics ou autre autorité. Ces règles et orientations devraient également 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 de l'ensemble des marchés publics et le respect des garanties prévues dans

la Loi type pour assurer la transparence, la concurrence et l'objectivité dans leur application. Ces questions sont examinées plus en détail dans les sous-sections qui suivent. En résumé, l'utilisation efficace des procédures d'accords-cadres exigera que l'entité adjudicatrice ou autre opérateur détermine quel type d'accord convient en fonction de la complexité de l'objet du marché ou de son homogénéité ou de toute autre manière, et comment assurer la concurrence. L'État adoptant voudra s'assurer de l'existence de mécanismes appropriés de renforcement des capacités afin de permettre une prise de décision optimale.

16. La technique est relativement nouvelle et il conviendra donc peut-être d'actualiser les questions traitées à mesure que grandit l'expérience de son utilisation. Les États adoptants voudront peut-être aussi suivre les publications des banques multilatérales de développement et d'autres organisations et organismes sur l'utilisation des procédures d'accords-cadres de type semblable à ceux prévus dans la Loi type.

Circonstances de passation de marchés convenant à des accords-cadres

17. Comme toutes les conditions d'utilisation des autres méthodes et techniques prévues par la Loi type, celles des accords-cadres décrivent les circonstances où ils peuvent et ne peuvent pas être utilisés. Les conditions d'utilisation des procédures d'accords-cadres visées à l'article 32 sont beaucoup plus souples que d'autres conditions d'utilisation, comme il est indiqué dans le commentaire ci-dessous. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devra fournir des indications dans les règlements, règles ou orientations en la matière pour aider l'entité adjudicatrice à décider s'il convient de recourir à des accords-cadres, compte tenu du fait que sa décision motivée doit être versée au procès-verbal de la passation de marché (voir art. 25-1 g et 32-2). Ces règlements, règles ou orientations devraient expliquer le lien entre les principales circonstances dans lesquelles la Loi type encourage l'utilisation de procédures d'accords-cadres et leurs conditions d'utilisation; à cet égard, les États adoptants doivent savoir que la capacité nécessaire au bon fonctionnement d'un accord-cadre peut être plus grande que dans le cas d'autres méthodes et techniques de passation des marchés envisagées dans la Loi type, et que des formations et d'autres mesures de renforcement des capacités seront essentielles pour une utilisation à bon escient.

18. La première de ces circonstances est celle où l'entité adjudicatrice "devrait" avoir besoin de l'objet du marché "de manière indéterminée ou répétée" (art. 32-1 a). Les règlements, règles et orientations émanant de l'organisme chargé des marchés publics ou autre autorité devraient expliquer

que ces conditions ne doivent pas être cumulatives, même si dans la pratique elles le seront souvent. À cet égard, la référence à un besoin indéterminé signifie qu'on ne peut dire avec certitude quand, en quelle quantité ni même si l'objet du marché sera nécessaire, et l'accord-cadre peut donc devoir être utilisé pour assurer la sécurité d'approvisionnement et en prévision d'achats récurrents. Les règles ou orientations émanant de l'organisme public chargé de la passation des marchés ou autre autorité 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 est 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).

19. La deuxième circonstance est celle où l'objet du marché "peut être nécessaire de façon urgente". Les considérations qui précèdent concernant les achats dont le besoin est indéterminé valent également ici.

20. 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 l'acquisition d'articles très techniques ou très spécialisés ou de services plus complexes, ne se prêteront donc généralement pas à une procédure d'accord-cadre.

Sélection du type d'accord-cadre approprié

21. Les circonstances de la passation de marché guideront le choix à faire parmi les différents types d'accords-cadres disponibles. Ce lien entre le type d'accord-cadre disponible et le type d'accord-cadre à choisir par l'entité adjudicatrice devrait être expliqué dans les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité. La première question à traiter est comment choisir entre les trois types d'accords-cadres décrits ci-dessus, étant donné la manière dont la concurrence fonctionne dans chaque type. Les accords-cadres fermés, où intervient l'évaluation des soumissions initiales, supposent une grande concurrence lors de la première étape (avec ou sans concurrence lors de la deuxième étape). Les accords-cadres ouverts, eux, ne comportent pas d'évaluation de soumissions indicatives lors de la première étape—seules les qualifications et la conformité sont vérifiées—et la concurrence ne s'exerce donc que lors de la deuxième étape.

22. La précision avec laquelle le besoin peut et doit être défini lors de la première étape déterminera la mesure de la concurrence possible et appropriée à ce stade. 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 préciser 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 marchés futurs 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 de la première étape seront indicatives du résultat final, ce qui peut rendre plus difficile l'établissement d'un budget. Si la mise en concurrence lors de la deuxième étape est importante, il peut aussi être peu avantageux d'avoir une concurrence rigoureuse lors de la première étape; une évaluation des qualifications et de la conformité peut suffire. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devrait donc fournir des orientations concernant la planification efficace des deux étapes, l'évaluation des avantages de la normalisation et la prise en compte de besoins différents pour une passation de marché donnée et dans l'ensemble des secteurs des marchés publics.

23. Le regroupement de plusieurs besoins en un seul accord-cadre donnera à l'entité adjudicatrice de la souplesse pour finaliser ou préciser ses besoins lorsque ceux-ci surviendront. La description des besoins de l'entité adjudicatrice ou des entités adjudicatrices dans la sollicitation initiale sera donc moins précise ou sera diverse, comme il est expliqué au paragraphe précédent. Il y aura donc généralement une mise en concurrence lors de la deuxième étape (de sorte que les éléments pertinents de l'ensemble soient connus pour la passation de marché en question). Les approches suggérées au paragraphe précédent seront donc pertinentes. Toutefois, un tel regroupement risque de restreindre l'accès au marché, en particulier des petites et moyennes entreprises, qui peuvent ne pas être à même de fournir l'ensemble —probablement plus important— des articles visés par l'accord-cadre. Les règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la

passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc tenir compte du risque général de voir certains fournisseurs ou entrepreneurs disparaître du marché, situation à surveiller, comme il est dit ailleurs dans l'introduction du présent chapitre, mais aussi inviter les entités adjudicatrices à envisager la possibilité d'autoriser dans le dossier de sollicitation les soumissions partielles, comme il est dit dans le **commentaire de l'article 39**, surtout lorsque la promotion des petites et moyennes entreprises est une politique socio-économique de l'État concerné (pour un examen des politiques socio-économiques, voir les sections pertinentes de la première partie du présent *Guide*, le commentaire sur ce point dans l'introduction du chapitre premier et le commentaire des articles 2 et 8).

24. Une question connexe est celle du choix entre un accord-cadre à un seul fournisseur ou à plusieurs fournisseurs. Un accord-cadre fermé à un seul fournisseur permet 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 la part 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 plusieurs fournisseurs, 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 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 volatiles et dynamiques. 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.

Respect des garanties de transparence, de concurrence et d'objectivité

25. Les règlements, règles et orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité 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. La Loi type exige que l'accord-cadre lui-même contienne les conditions des marchés envisagés (autres que celles à définir lors de la mise en concurrence de la deuxième étape). Ces règlements, règles ou orientations devraient souligner que toutes les conditions, la description de l'objet du marché (y compris ses spécifications) et les critères d'évaluation

doivent être consignées de manière exhaustive dans l'accord lui-même, tant pour renforcer la participation et la transparence qu'en raison des restrictions à la modification des conditions pendant la durée d'application de l'accord-cadre (voir également ci-après le **commentaire des articles 58 à 63**).

26. Une entité adjudicatrice souhaitant recourir à un accord-cadre fermé doit suivre une des méthodes de passation de marchés de la Loi type pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui y seront parties (c'est-à-dire lors de la première étape). Toutes les garanties de la méthode de passation choisie s'appliqueront donc, y compris ses conditions d'utilisation et méthodes de sollicitation. La garantie équivalente pour un accord-cadre ouvert est qu'il doit être établi suivant des procédures ouvertes spécialement conçues, reproduisant dans une large mesure celles de l'appel d'offres ouvert. Les règles ou orientations établies par l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité à l'intention des entités adjudicatrices devraient insister sur ces garanties et sur les questions examinées aux paragraphes suivants.

27. Les dispositions régissant l'attribution de marchés en vertu d'accords-cadres ont été définies de manière à assurer une transparence et une concurrence suffisantes lorsqu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape est envisagée sur la base des règles régissant l'appel d'offres ouvert, comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire de l'article 62**. Les dispositions de l'article 22 régissant l'attribution du marché et applicables à l'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, notamment celles régissant le délai d'attente, garantissent la transparence de la prise de décision lors de cette étape. Toutefois, de manière plus générale, compte tenu des risques d'atteinte à la concurrence à plus long terme, examinés ailleurs dans l'introduction du présent chapitre, l'organisme chargé des marchés publics ou autre autorité devrait contrôler l'effet de l'accord-cadre sur la concurrence du marché concerné, surtout si celui-ci risque de devenir monopolistique ou oligopolistique. Comme on l'a noté à propos d'autres méthodes de passation de marchés et à la section "**Appui institutionnel**", dans la première partie du présent *Guide*, il peut être utile que ce contrôle se fasse conjointement avec les autorités chargées de la protection de la concurrence dans l'État adoptant concerné.

28. Le risque d'atteinte à la concurrence est atténué par les dispositions de la Loi type sur la durée maximale des accords-cadres. On considère également que fixer une durée maximale contribue à prévenir les tentatives de justifier des accords-cadres excessivement longs. D'un autre côté, réduire inutilement la durée peut nuire à l'efficacité administrative des accords-cadres. La CNUDCI considère qu'il n'y a pas une seule durée maximale appropriée, parce que les circonstances administratives et commerciales varient.

29. Pour cette raison, l'article 59-1 *a* de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer la durée maximale de l'accord-cadre fermé, qui ne peut dépasser la durée maximale fixée par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés (aucune limite n'est donc fixée dans la Loi type elle-même). Les règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient indiquer que ce maximum comprend toutes les prorogations possibles de la durée initiale fixée pour l'accord-cadre concerné. Toute suspension de l'application d'un accord-cadre découlant d'une procédure de contestation en vertu du chapitre VIII de la Loi type prolonge l'accord-cadre d'une durée égale à celle de la suspension, sa durée totale restant inchangée. Ce point est primordial pour ce qui est d'éviter les prorogations et dérogations abusives.

30. 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. 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.

31. Les États adoptants peuvent donc considérer que différentes durées pourraient convenir pour différents types de passations de marchés et que pour certains articles susceptibles de connaître une évolution importante, cette durée peut se mesurer en mois. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prévoir des durées plus courtes dans les limites du maximum légal indiqué à l'article 59, auquel cas il convient de donner des orientations claires aux entités adjudicatrices afin qu'elles consultent la bonne source. Ces orientations devraient également traiter des limites externes à la durée des accords-cadres (telles que les exigences de l'État en matière d'établissement des budgets) et des contrôles internes de l'attribution des marchés à la fin d'une période budgétaire ou à l'approche de la fin de la durée de l'accord-cadre, pour éviter les abus constatés dans de telles attributions.

32. Dans le cas des accords-cadres ouverts, le risque d'atteinte à la concurrence est moindre parce que l'accord-cadre reste ouvert à de nouvelles parties. La durée de l'accord-cadre ouvert n'est donc pas soumise à un

maximum légal à définir dans les règlements en matière de passation des marchés; elle est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice (voir art. 61-1 *a*). Les garanties appliquées sont l'obligation de rendre publique l'existence de l'accord-cadre et celle de procéder à un examen rapide des demandes de participation à l'accord (voir art. 60-4, 60-5 et 61-2).

33. La Loi type prévoit qu'un accord-cadre ouvert doit fonctionner en ligne (voir art. 60-1) mais laisse sur ce point une marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne les accords-cadres fermés. Les États adoptants voudront peut-être souligner les avantages d'une procédure en ligne en termes d'efficacité et de transparence (par exemple, les conditions peuvent être rendues accessibles au public au moyen d'un hyperlien; une invitation papier à la mise en concurrence lors de la deuxième étape risque d'être une solution peu pratique pour les utilisateurs. Voir également la section "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*). 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, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre entité peuvent exiger de centraliser tous ces accords, ce qui renforcera encore la transparence et l'efficacité de leur fonctionnement.

Fonctionnement et suivi des accords-cadres au niveau de la passation de marchés et au niveau du système

34. Une fois l'accord-cadre en place, ses avantages potentiels seront maximisés dans la mesure où l'entité adjudicatrice l'utilise effectivement pour satisfaire ses besoins en ce qui concerne l'objet du marché plutôt que de conclure de nouveaux marchés pour celui-ci. La crédibilité de l'entité adjudicatrice à cet égard sera également importante pour les marchés futurs. Les entités adjudicatrices devraient donc être tenues de déterminer périodiquement si un accord-cadre 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. Elles devraient également examiner l'ensemble des achats effectués au titre de l'accord-cadre et évaluer si les avantages dépassent les coûts. Dans un tel cas d'utilisation optimale, les fournisseurs et entrepreneurs devraient être davantage convaincus qu'ils recevront des commandes de l'entité adjudicatrice et donc proposer leurs meilleurs prix et leur meilleure qualité. 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 de bonnes conditions commerciales à l'entité adjudicatrice, une nouvelle

procédure de passation de marché (procédure classique ou nouvelle procédure d'accord-cadre) devient alors nécessaire.

35. Les conditions de l'accord-cadre lui-même peuvent limiter la souplesse commerciale si l'une d'elles fixe des quantités minimales garanties ou si l'accord 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. Cette question peut être réglée *a)* en recourant 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 connaissance 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)* en recourant 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 pratiques dans lesquels le choix doit être fait par l'entité adjudicatrice.

36. Plus généralement, les orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés ou autre autorité, notamment les organismes de contrôle, devraient expliquer comment profiter au mieux des accords-cadres et en éviter les pièges. Par exemple, elles devraient également encourager les entités adjudicatrices à évaluer elles-mêmes périodiquement pendant la durée d'un accord-cadre fermé si les prix et conditions de celui-ci restent actuels et compétitifs, parce qu'ils tendent à rester fixes et à ne pas suivre l'évolution du marché. Les entités adjudicatrices tendent à passer un marché au moyen d'un accord-cadre existant même si les conditions ne répondent pas tout à fait à ses besoins ou ne reflètent pas vraiment la situation du marché à ce moment, afin d'éviter de devoir engager une nouvelle procédure de passation de marché (et de nouveau définir les conditions, publier un avis de passation de marché, vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, procéder à l'examen et à l'évaluation des soumissions initiales, etc.). 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. Les orientations devraient donc traiter de la nécessité de trouver un juste équilibre.

37. Au niveau de l'ensemble des marchés publics, les États adoptants sont invités à mettre en place un mécanisme de contrôle de l'établissement et de l'utilisation des accords-cadres, pour s'assurer d'une part que les règles pertinentes sont suivies et d'autre part que les avantages escomptés en termes d'efficacité administrative et de rapport qualité-prix se concrétisent dans les faits. Ce mécanisme de contrôle peut également indiquer où il convient de

donner des orientations et de renforcer les capacités. 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.

38. Si des États adoptants considèrent que ces questions peuvent nécessiter des capacités qui doivent être développées, ils voudront peut-être introduire les accords-cadres de manière progressive, comme il est dit ailleurs dans l'introduction du présent chapitre.

39. L'État adoptant devrait également être conscient du rôle des centrales d'achats dans l'utilisation et le fonctionnement des accords-cadres. Comme on l'a vu dans l'**introduction du chapitre VI sur les enchères électroniques inversées**, l'externalisation de toute composante du marché peut provoquer des conflits d'intérêts organisationnels et des problèmes connexes: les centrales d'achat peuvent avoir intérêt à augmenter leurs gains en maintenant des prix élevés et en encourageant des achats dépassant les besoins de l'entité adjudicatrice. En outre, dans le contexte des accords-cadres, l'organisme chargé des marchés publics peut planifier les marchés futurs. La qualité des informations fournies par les entités adjudicatrices sera alors essentielle, surtout pour ce qui est de répondre aux besoins prévus selon les points de vue examinés plus haut. Les besoins des différents ministères ou organismes peuvent ne pas être les mêmes, de sorte que certains obtiendront un meilleur rapport qualité-prix que d'autres si ces besoins sont normalisés sans une étude suffisante. Une interaction avec les utilisateurs probables d'un accord-cadre avant le début de la procédure permet de mieux décider de la mesure de normalisation appropriée et de tenir compte de besoins variables.

B. Commentaire par article

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

1. L'article 32 énonce les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (par. 1) et l'obligation de verser au procès-verbal de la passation de marché les raisons justifiant le recours à cette procédure (par. 2). Tout en tenant compte de la nécessité d'assurer une utilisation appropriée des accords-cadres, la CNUDCI a veillé à éviter d'en limiter l'utilité par des conditions trop restrictives.

2. Le paragraphe 1 énonce les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre, que celle-ci donne lieu à un accord-cadre fermé ou ouvert.

Ces conditions se fondent sur l'idée que les procédures d'accords-cadres peuvent bénéficier à une passation de marché, notamment en termes d'efficacité administrative, si l'entité adjudicatrice a des besoins susceptibles de survenir à court ou à moyen terme mais que toutes les conditions de la passation de marché ne peuvent être définies d'emblée. Le paragraphe 1 autorise l'utilisation d'une procédure d'accord-cadre dans deux situations où ces circonstances peuvent se présenter: premièrement, lorsqu'on prévoit que l'objet du marché sera nécessaire de manière "indéterminée", au sens où l'on ignore l'étendue, le moment ou la quantité de ce besoin ou qu'on prévoit qu'il sera récurrent, et, deuxièmement, lorsque l'objet du marché peut être nécessaire de façon urgente. Dans le premier cas, il peut s'agir d'achats récurrents d'articles ou de services relativement courants (fournitures de bureau, services simples tels que gardiennage, contrats de maintenance, etc.). Le deuxième cas peut se produire lorsqu'un organisme public doit réagir à une catastrophe naturelle, à une pandémie ou à d'autres risques connus; cette condition s'ajoute normalement à la première mais ce ne doit pas nécessairement être le cas. La sécurité d'approvisionnement est habituellement une préoccupation dans ce deuxième cas mais peut aussi le devenir dans le premier cas si survient un besoin indéterminé d'achats récurrents d'articles exigeant une production spécialisée. Si la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé, les conditions d'utilisation applicables à la méthode de passation de marché qu'il est prévu d'utiliser pour attribuer l'accord doivent également être satisfaites. La raison en est que conformément à l'article 58-1 de la Loi type, un accord-cadre fermé doit être attribué au moyen d'une procédure d'appel d'offres ouvert à moins que le recours à une autre méthode ne se justifie.

3. Les conditions d'utilisation des procédures d'accords-cadres sont beaucoup plus souples que celles des méthodes de passation de marchés énumérées à l'article 27-1: l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'indiquer une fois pour toutes que les besoins se manifesteront de façon indéterminée ou urgente, mais simplement qu'ils sont susceptibles de se manifester. La subjectivité inhérente à ces conditions d'utilisation fait qu'il est plus difficile de les faire respecter que de faire respecter celles des méthodes de passation énumérées à l'article 27-1. L'introduction du présent chapitre énonce des mesures qui renforceront l'objectivité de telles décisions et permettront ainsi de vérifier plus facilement si les décisions prises sont raisonnables dans les circonstances d'un accord-cadre donné. De cette manière, ces conditions, accompagnées de règlements, règles et orientations appropriés émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité, favoriseront la responsabilité et encourageront les pratiques optimales.

4. Le coût de la mise en place et de l'application de procédures d'accords-cadres, qui comportent deux étapes, sera normalement plus élevé que celui

d'une procédure de passation de marché en une seule étape. Pour savoir si une procédure d'accord-cadre convient à une situation donnée, il faut donc déterminer si les avantages potentiels compensent ce surcoût. S'il est prévu que le besoin soit récurrent, les dépenses administratives de mise en place et de fonctionnement de l'accord-cadre peuvent être amorties sur une série d'achats; s'il est prévu qu'il sera urgent ou indéterminé, il faut mettre en balance les dépenses administratives et les avantages économiques que des conditions de passation de marché précédemment fixées peuvent apporter par rapport aux autres procédures utilisables. L'entité adjudicatrice doit donc procéder à une analyse coûts-avantages fondée sur des probabilités avant d'engager une procédure d'accord-cadre. Le commentaire de l'introduction du présent chapitre aidera les États adoptants à décider quelles orientations fournir et quelle formation dispenser pour que l'entité adjudicatrice dispose des moyens nécessaires à cette fin. Ces considérations s'appliquent en particulier dans le contexte des accords-cadres fermés.

5. En outre, il convient de noter que l'utilisation d'accords-cadres ne saurait remplacer une planification efficace des marchés. Dans le contexte d'un accord-cadre fermé en particulier, à moins que des estimations réalistes du marché final ne puissent être établies et communiquées au début de la procédure, les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ne seront pas encouragés à soumettre leur meilleur prix lors de la première étape, ce qui signifie qu'un accord-cadre fermé pourrait ne pas apporter les avantages escomptés ou que des considérations de prix ou de qualité compromettant le rapport qualité-prix risquent de l'emporter sur l'efficacité administrative.

6. Une autre raison d'inclure des conditions d'utilisation est la nécessité de tenir compte de l'éventuelle restriction de la concurrence que suppose l'emploi de cette technique, en particulier dans le cas d'un accord-cadre fermé. Dans ce contexte, il convient également de mentionner la durée maximale à prévoir dans les règlements en matière de passation des marchés pour les accords-cadres fermés en vertu de l'article 59-1 *a* et la durée définie prescrite à l'article 61-1 *a*, qui font que les besoins visés doivent à nouveau être l'objet d'une pleine concurrence à l'expiration de l'accord.

7. Les conditions d'utilisation doivent se lire conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", qui permet à plusieurs acheteurs d'utiliser l'accord-cadre. Si des États adoptants souhaitent que des centrales d'achat puissent jouer le rôle d'intermédiaires pour une ou plusieurs entités adjudicatrices de manière à réaliser les économies d'échelle que peut offrir la centralisation des achats, ils voudront peut-être promulguer des règlements en matière de passation des marchés ou publier des règles ou orientations afin que de tels arrangements puissent fonctionner de manière transparente et efficace.

8. Le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit verser au procès-verbal de la passation de marché les raisons pour lesquelles elle recourt à la procédure d'accord-cadre. L'idée est qu'elle y inclue l'analyse coûts-avantages visée aux paragraphes précédents. Dans le cas de l'attribution d'un accord-cadre fermé, ce paragraphe est complété par l'article 28-3, qui impose à l'entité adjudicatrice d'indiquer dans le procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert pour attribuer l'accord. Compte tenu des risques constatés de recours excessif aux accords-cadres en raison de leur efficacité administrative supposée et du caractère général de leurs conditions d'utilisation, il importera d'effectuer en temps voulu un contrôle approprié de la justification versée au procès-verbal (ce qui permettra également aux fournisseurs et entrepreneurs de contester l'utilisation d'une procédure d'accord-cadre, le cas échéant). Un contrôle efficace nécessitera d'examiner de très près l'ampleur des achats réalisés dans le cadre de l'accord-cadre afin de recenser les cas d'utilisation excessive ou de sous-utilisation. Sur ces questions, voir également le commentaire pertinent dans **l'introduction du présent chapitre**.

Article 58. Attribution d'un accord-cadre fermé

1. L'article 58 a pour objet de fixer des règles d'attribution d'un accord-cadre fermé (l'attribution des marchés qui en découlent est régie séparément par l'article 62). Ces dispositions s'appliquent aux procédures d'accords-cadres avec et sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, les deux pouvant conduire à l'attribution d'un accord-cadre fermé, comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre.

2. En renvoyant dans son alinéa *b* au chapitre II de la Loi type, le paragraphe 1 impose à l'entité adjudicatrice de se conformer aux dispositions de ce chapitre lorsqu'elle choisit la méthode de passation de marché convenant à l'attribution d'un accord-cadre fermé et les procédures applicables à la méthode choisie. Ni les conditions d'utilisation ni les dispositions de ce paragraphe ne limitent les méthodes de passation pouvant être utilisées pour attribuer un accord-cadre fermé, à condition toutefois que l'appel d'offres ouvert ait été envisagé en premier lieu et que le recours à une autre méthode se justifie. Pour ce choix, on tiendra compte à la fois des circonstances de la passation du ou des marchés et de la nécessité d'assurer la plus grande concurrence possible, comme le prévoit l'article 28. Toutefois, vu l'importance d'une concurrence rigoureuse lors de la première étape des accords-cadres fermés, il convient d'examiner avec soin l'application des exceptions à l'appel d'offres ouvert, compte tenu en particulier des risques que les procédures d'accords-cadres font peser sur la concurrence et des types

d'achat auxquels les accords-cadres se prêtent (voir à ce sujet l'**introduction du présent chapitre**).

3. À titre d'exemples de cas où des méthodes de passation de marché autres que l'appel d'offres ouvert peuvent convenir, on peut citer 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 les 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 en situation 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. (Voir également le **commentaire figurant à la section I du chapitre II**. Pour un examen des décisions d'utiliser une procédure d'accord-cadre et du choix de la méthode de passation de marché et du type de sollicitation, voir l'introduction du présent chapitre.)

4. Le paragraphe 1 prévoit également des dérogations aux procédures de la méthode de passation de marchés choisie afin de tenir compte d'une procédure d'accord-cadre, notamment qu'il convient d'interpréter les références aux "offres" ou autres soumissions comme des références aux offres ou soumissions "initiales" s'il y a une deuxième étape avec mise en concurrence de nouvelles offres ou soumissions, et les références à la sélection du fournisseur ou entrepreneur à retenir et à la conclusion d'un marché comme des références à l'admission du ou des fournisseurs ou entrepreneurs à participer à l'accord-cadre, et à la conclusion de cet accord. Les États adoptants voudront peut-être donner des orientations sur les dérogations possibles, étant entendu que leur ampleur variera d'un cas à l'autre selon la souplesse qu'exigent des accords-cadres fermés avec ou sans mise en concurrence lors de la deuxième étape et avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs parties.

5. Le paragraphe 2 énonce les informations à fournir en sollicitant la participation à la procédure d'accord-cadre. Le dossier de sollicitation doit suivre les règles normales de la méthode de passation de marché sélectionnée: il doit énoncer les conditions auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent fournir l'objet du marché et les procédures d'attribution des marchés (au titre de l'accord-cadre). Puisque les procédures d'accords-cadres

comportent deux étapes aboutissant à l'attribution d'un ou de plusieurs marchés, les informations fournies au début aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels doivent traiter de ces deux étapes. Les dispositions régissent donc les informations de ces deux étapes, étant entendu que certaines conditions de la passation de marché, communiquées dans le dossier de sollicitation dans une passation de marché "classique", seront précisées ou fixées lors de la deuxième étape de la procédure.

6. Le chapeau du paragraphe 2 dispose que les informations habituelles concernant la sollicitation doivent être énoncées intégralement *mutatis mutandis*, ce qui signifie qu'elles doivent être adaptées aux particularités de la procédure d'accord-cadre. Ces informations doivent être répétées dans l'accord-cadre lui-même ou, si cela est possible et contribue à l'efficacité administrative et si le système juridique du pays considère les annexes comme partie intégrante d'un document, le dossier de sollicitation peut être annexé à l'accord-cadre. En d'autres termes, le dossier de sollicitation doit énoncer les conditions auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent fournir l'objet du marché, les critères qui seront utilisés pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs à retenir et les procédures d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre. Ces informations permettent aux fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre la portée de l'engagement que l'on attend d'eux et donc de proposer le meilleur prix et la meilleure qualité. L'obligation normale de communiquer préalablement toutes les conditions du marché (y compris les spécifications et les critères de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs: soumission la plus basse ou soumission la plus avantageuse) s'applique donc aussi.

7. Les dérogations à l'obligation de fournir des informations exhaustives sur les conditions de la passation de marché en sollicitant la participation à la procédure d'accord-cadre ne sont autorisées que dans la mesure où elles sont nécessaires compte tenu de la passation de marché. Par exemple, l'entité adjudicatrice ne pourra probablement pas satisfaire à l'exigence de l'article 39 *d* selon laquelle le dossier de sollicitation doit mentionner: "la quantité de biens; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, les travaux effectués ou les services fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services". Toutefois, la portée de la dérogation nécessaire variera: il se peut que l'entité adjudicatrice connaisse la date de chaque achat prévu mais non les quantités, ou inversement; ou la quantité totale mais non la date des achats; ou qu'elle ne connaisse aucun de ces éléments ou les connaisse tous.

8. Le type de renseignements précis à fournir normalement en sollicitant la participation à une procédure en une seule étape — tels que la "description

détaillée” et les quantités requises, en vertu de l’article 10—mais nécessairement omis dans une procédure d’accord-cadre, variera d’un cas à l’autre. Ces dispositions visent à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs des renseignements aussi précis que possible afin qu’ils proposent leurs meilleures offres. Si des renseignements précis sur la quantité totale et la livraison des achats envisagés au titre de l’accord-cadre sont connus lors de la première étape de la passation de marché, ils doivent donc être communiqués. Si la quantité totale n’est pas connue lors de la première étape, il convient d’indiquer les quantités minimales et maximales pouvant être définies pour les achats envisagés au titre de l’accord-cadre ou à défaut, dans la mesure du possible, de donner des estimations.

9. Le paragraphe 2 *b* exige de préciser s’il y aura un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs parties à l’accord. Les gains d’efficacité administrative que génèrent les accords-cadres tendent à montrer que les accords conclus avec plusieurs fournisseurs 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).

10. Rien n’exige de préciser un nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs parties à un accord-cadre; les entités adjudicatrices devraient être invitées à déterminer s’il convient de fixer l’un ou l’autre, ou les deux. Par exemple, un minimum 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 à cette fin. Si l’entité adjudicatrice envisage que le minimum annoncé puisse ne pas être atteint, elle doit préciser dans le dossier de sollicitation les mesures qu’elle prendra alors, pouvant être l’abandon de la passation de marché ou la conclusion de l’accord-cadre avec un plus petit nombre de fournisseurs ou d’entrepreneurs.

11. Un nombre maximum peut être approprié, 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 au titre de l’accord-cadre et encourager chacun à fixer le prix de son offre et à offrir la meilleure qualité possible en conséquence.

12. Si un nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs est imposé, il doit être mentionné dans le dossier de sollicitation. À titre de pratique optimale, le procès-verbal de la passation de marché devrait contenir une justification de la ou des décisions de l'entité adjudicatrice, une telle information étant un exemple des informations complémentaires que l'État adoptant peut vouloir inclure sur la liste de celles qui doivent être versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché en vertu de l'article 25-1 *w*. Si un maximum est fixé, les critères et procédures de sélection des participants devraient viser à déterminer le nombre pertinent de soumissions les plus basses ou les plus avantageuses. Il faut pour cela établir un classement afin de sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviendront parties à l'accord-cadre; fixer un maximum peut être simple du point de vue administratif, comme on l'a noté, mais fixer préalablement un nombre strictement défini peut susciter des contestations de ceux dont les soumissions sont classées juste après celles des fournisseurs ou entrepreneurs retenus (s'il y a très peu d'écart entre les fournisseurs ou entrepreneurs retenus et non retenus). Déclarer que le nombre en question doit se situer dans une fourchette définie pourrait aussi être une bonne solution, à condition que l'objectif soit clairement énoncé dans le dossier de sollicitation.

13. Le paragraphe 2 *d* exige de préciser dans le dossier de sollicitation la forme et les conditions de l'accord-cadre, notamment s'il y aura mise en concurrence lors de la deuxième étape et quels seront les critères d'évaluation pour cette étape. Ces dispositions de transparence sont une application du principe général de la Loi type selon lequel toutes les conditions de la passation de marché doivent être déterminées au préalable, comme il ressort également des dispositions du chapeau du paragraphe 2 (voir plus haut).

14. Aucune dérogation n'est prévue concernant les critères de qualification et d'évaluation ni leurs modalités d'application, que ce soit en vue de l'admission à l'accord-cadre ou d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape, si ce n'est que les critères d'évaluation à appliquer lors de la deuxième étape peuvent varier dans une fourchette prédéterminée, comme il est expliqué dans le **commentaire concernant l'article 59-1 *d***. S'il est prévu de mettre à profit cette marge de manœuvre, la fourchette applicable doit être communiquée dans le dossier de sollicitation.

15. Un des aspects de la sélection qui est plus complexe dans les accords-cadres que dans les passations de marchés traditionnelles est le coefficient de pondération à attribuer aux critères de sélection aux deux étapes de la passation de marché, le cas échéant. Permettre à l'entité adjudicatrice de déterminer seulement à chaque achat (c'est-à-dire à la deuxième étape) les coefficients de pondération et leur utilité précise peut présenter des avantages en termes de rapport qualité-prix et d'efficacité administrative, surtout s'il

s'agit d'achats centralisés effectués sur une longue période. D'un autre côté, les considérations de transparence, l'objectivité du processus et la nécessité d'éviter de modifier les critères de sélection durant la passation de marché sont des éléments essentiels de la Loi type destinés à prévenir la manipulation abusive de ces critères et le recours à des critères vagues et généraux pouvant être utilisés pour favoriser certains fournisseurs ou entrepreneurs. Permettre de modifier les coefficients de pondération pendant la durée d'un accord-cadre pourrait donner lieu à des modifications non transparentes ou abusives des critères de sélection. La Loi type entend tenir compte de ces objectifs concurrents en prévoyant la possibilité de faire varier les coefficients de pondération lors de la deuxième étape dans une fourchette ou selon une grille préétablies figurant dans l'accord-cadre et donc aussi dans le dossier de sollicitation, pour autant que cette variation n'entraîne pas une modification de la description de l'objet du marché (voir art. 63 et **commentaire s'y rapportant**).

16. On trouvera dans le **commentaire de l'article 59** d'autres indications sur la forme et les conditions de l'accord-cadre fermé.

17. Le paragraphe 3 dispose que les dispositions de l'article 22 sur l'acceptation de la soumission retenue et l'entrée en vigueur du marché s'appliquent à l'attribution d'un accord-cadre fermé, adaptées s'il y a lieu à la procédure d'accord-cadre (voir le **commentaire de l'article 22**) (l'article 22 s'applique également dans son intégralité aux marchés conclus au titre d'un accord-cadre). Cette disposition est nécessaire parce que l'article 22 traite de la conclusion d'un marché et, comme l'indiquent clairement les définitions de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2, l'accord-cadre lui-même n'est pas un marché.

18. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à l'accord-cadre sont choisis sur la base indiquée dans le dossier de sollicitation, c'est-à-dire la soumission la plus basse ou la plus avantageuse. La sélection se fonde sur un examen complet des soumissions, initiales (s'il y a mise en concurrence lors de la deuxième étape) ou non (s'il n'y a pas mise en concurrence lors de la deuxième étape), et sur l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs. Les soumissions conformes sont alors évaluées sur la base des critères d'évaluation mentionnés dans le dossier de sollicitation, compte tenu de tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs parties qui y est fixé.

19. Ensuite, les dispositions sur l'avis et le délai d'attente visés à l'article 22 s'appliquent à la procédure au moyen d'un renvoi au paragraphe 3 (les dérogations au délai d'attente envisagées à l'article 22-3 ne s'appliquent pas ou très peu probablement à l'attribution d'un accord-cadre fermé).

L'attribution de l'accord-cadre fermé peut également être subordonnée à une approbation externe; si les accords-cadres sont utilisés par plusieurs ministères et organismes publics, des mécanismes d'approbation préalable de ce type peuvent être jugés appropriés. Si tel est le cas, on peut ajouter au paragraphe 3 ou ailleurs à l'article 58 ou dans les règlements en matière de passation des marchés un libellé supplémentaire fondé sur le libellé facultatif figurant à l'article 30-2. (Pour l'examen des mécanismes d'approbation préalable, voir la section "**Appui institutionnel**" dans la première partie du présent *Guide*.)

20. Pour couper court aux préoccupations selon lesquelles les mécanismes de publicité normaux des systèmes de passation des marchés pourraient ne pas s'appliquer aux accords-cadres (parce qu'il ne sont pas à proprement parler des marchés) ni à certains marchés découlant de ces accords (s'ils sont sous le seuil à partir duquel la publication est exigée), l'article 23 de la Loi type exige la publication d'un avis si un accord-cadre fermé est attribué de la même manière qu'un marché.

Article 59. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

1. L'article 59 énonce les conditions régissant l'accord-cadre fermé et l'attribution de marchés sur le fondement de celui-ci. Certaines conditions de la passation de marché n'étant pas fixées au début d'une procédure d'accord-cadre (à l'inverse de ce qui se fait dans une passation de marché "classique"), il importe d'exiger par souci de transparence que soient mentionnées dans l'accord-cadre lui-même toutes les conditions déterminées lors de la première étape et le mécanisme à utiliser pour définir les conditions restantes. Cette mesure garantira que les conditions de la passation de marché sont connues et cohérentes tout au long de la procédure. L'accord-cadre contiendra donc les conditions s'appliquant à la deuxième étape de la procédure, notamment comment seront fixées les conditions qui n'ont pas été établies à la première étape. Ces informations étant importantes pour favoriser la participation et la transparence, elles doivent aussi être communiquées dans le dossier de sollicitation en vertu de l'article 58.

2. Les dispositions du chapeau du paragraphe 1 exigent que l'accord-cadre soit écrit, afin d'appuyer les garanties visées ci-dessus au paragraphe 1. Elles sont complétées par le paragraphe 2 de l'article qui permet à l'entité adjudicatrice de conclure dans certaines conditions des accords distincts avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie (voir également ci-après).

3. Le paragraphe 1 *a* souligne que la durée de tous les accords-cadres fermés est limitée à la durée maximale établie dans les règlements en matière

de passation des marchés, comme il est dit dans l'introduction du présent chapitre. La principale raison d'imposer un tel maximum est que l'effet potentiellement anticoncurrentiel de ces accords est supposé s'accroître avec leur durée. Il importe de noter que la limite est la durée maximale et non la durée moyenne ou appropriée: cette dernière peut varier en fonction de l'évolution du marché et devrait en tout état de cause tenir compte de la nature de la passation de marché, de questions financières telles que les crédits budgétaires et des différences régionales ou de développement au sein des États ou entre eux.

4. La Loi type ne prévoit pas la possibilité de proroger des accords-cadres conclus ni de déroger à la durée maximale prescrite: permettre de telles modifications irait à l'encontre de l'objectif du régime qu'elle envisage. Si les États adoptants souhaitent prévoir des prorogations dans des circonstances exceptionnelles, les règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devront indiquer clairement que toute prorogation doit être brève et de portée limitée. Par exemple, de nouvelles passations de marchés 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. Les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient également traiter de la question d'une commande ou d'un marché portant sur une longue durée ou un volume important peu avant l'expiration de l'accord-cadre, non seulement pour éviter les abus mais aussi pour empêcher que les entités adjudicatrices n'achètent des articles obsolètes ou excessivement chers. Si les fournisseurs ou entrepreneurs considèrent que les entités adjudicatrices utilisent des accords-cadres en dehors des limites prévues, leur participation future pourrait aussi être compromise. L'efficacité de cette technique à long terme dépendra notamment de la viabilité commerciale des conditions pour les deux parties à l'accord.

5. Le paragraphe 1 *b* exige de consigner dans l'accord-cadre les conditions de la passation de marché (elles devront également avoir été énoncées dans le dossier de sollicitation en vertu de l'article 58). Ces conditions comprendront la description de l'objet du marché, et les critères d'évaluation conformément aux dispositions de l'article 11. (On trouvera ci-après des indications sur les critères d'évaluation dans les procédures d'accord-cadre.) Elles devront également tenir compte des considérations qui sous-tendent la décision de l'entité adjudicatrice concernant le type d'accord-cadre à choisir, comme il est expliqué dans l'introduction du présent chapitre. Par exemple, si l'objet du marché est très technique mais peut devoir être adapté à des besoins particuliers, une description trop restrictive utilisant des spécifications techniques détaillées peut limiter l'utilité de l'accord-cadre. Une

description fonctionnelle peut accroître l'efficacité d'une telle procédure, notamment en permettant de développer et de modifier des solutions techniques pour répondre au besoin précis de l'entité adjudicatrice au moment du marché. D'un autre côté, une description technique précise peut accroître la concurrence lors de la première étape lorsqu'il n'y a pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape, si les besoins ne sont pas censés évoluer. En outre, l'entité adjudicatrice doit veiller à ce que la description soit aussi exacte que possible, tant par souci de transparence que pour encourager la participation à la procédure, et les orientations de l'introduction du présent chapitre peuvent y contribuer.

6. Le paragraphe 1 *c* exige d'inclure dans l'accord-cadre des estimations des conditions qui ne peuvent être établies avec précision au début de la procédure. Il s'agit généralement de conditions qui doivent être précisées ou établies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape, telles que le moment, la fréquence et les quantités des achats prévus, ainsi que le prix du marché. Ces estimations doivent être mentionnées dans la mesure où elles sont connues. Fournir les meilleures estimations disponibles à défaut d'engagements fermes encouragera également la participation. Naturellement, il faut aussi mentionner les limites de ces estimations ou indiquer que des estimations précises ne peuvent être fournies (dans le cas d'une passation de marché en situation d'urgence, par exemple).

7. Il se peut que les valeurs globales maximum ou minimum de l'accord-cadre soient connues. Si tel est le cas, elles devront être communiquées dans l'accord lui-même. À défaut, une estimation devra être fournie. Une autre possibilité, si 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 annuelles peuvent être limitées par les procédures budgétaires de chaque État; si tel est le cas, les orientations concernant ces dispositions devront préciser les autres sources de réglementation.

8. Le prix du marché peut être établi ou non lors de la première étape. Si l'objet du marché est soumis à des fluctuations de prix ou à des fluctuations monétaires ou si la combinaison de prestataires de services peut varier, il peut être contreproductif d'essayer de fixer d'emblée le prix du marché. Une critique courante à l'égard de ce type d'accords-cadres est qu'il existe une tendance à fixer les prix du marché en fonction de taux horaires généralement assez élevés. Il convient d'encourager à fixer les prix à la tâche ou au projet, selon le cas.

9. L'accord prévoira généralement que les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent augmenter leurs prix ni diminuer la qualité de leurs soumissions

lors de la deuxième étape de la procédure, en raison des inconvénients commerciaux évidents et du manque de sécurité d’approvisionnement qui en résulteraient, mais sur certains marchés où des fluctuations de prix sont normales, il peut être judicieux de prévoir dans l’accord-cadre un mécanisme d’ajustement des prix suivant l’évolution du marché.

10. Le paragraphe 1 *d* exige de préciser dans l’accord-cadre s’il y aura une mise en concurrence lors de la deuxième étape aux fins d’attribuer les marchés au titre de l’accord-cadre et, si tel est le cas, d’en définir les conditions. Les sous-alinéas i et ii exigent d’énoncer dans l’accord-cadre les règles de fond et les procédures de toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. Ces règles et procédures visent à garantir une concurrence effective lors de la deuxième étape: par exemple, tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l’accord-cadre ont en principe le droit de participer à cette étape, comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire de l’article 62**. L’accord-cadre doit également mentionner la fréquence prévue de la mise en concurrence et le calendrier prévu pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape—cette information ne lie pas l’entité adjudicatrice mais vise à accroître la participation en donnant aux fournisseurs ou entrepreneurs les meilleures informations disponibles et à favoriser une planification efficace de la passation des marchés.

11. La manière dont les critères d’évaluation seront conçus et appliqués sera un élément déterminant de l’effectivité de la concurrence lors de la deuxième étape. Il convient de trouver le juste équilibre entre des critères d’évaluation si rigides qu’il risquerait de ne plus y avoir qu’un seul fournisseur ou entrepreneur à la deuxième étape, ce qui nuirait au rapport qualité-prix et à l’efficacité administrative, et des critères si généraux ou si vagues que leurs coefficients de pondération et le processus pourraient être manipulés en faveur de certains fournisseurs ou entrepreneurs. Le paragraphe 1 *d* iii prévoit donc que le coefficient de pondération à appliquer aux critères d’évaluation lors de la mise en concurrence de la deuxième étape doit être divulgué lors de la première étape de la procédure. Toutefois, il prévoit également une possibilité limitée de moduler ou de préciser les critères d’évaluation lors de la deuxième étape, étant donné que plusieurs acheteurs pourraient utiliser un accord-cadre, avec des coefficients de pondération différents adaptés à leurs propres critères d’évaluation, et que certains accords-cadres peuvent être de longue durée. Cette souplesse est également utile aux centrales d’achat et pour éviter l’impact négatif sur le rapport qualité-prix qu’aurait l’application d’une seule norme commune à tous les utilisateurs de l’accord-cadre.

12. Le mécanisme du sous-alinéa iii prévoit donc la possibilité de moduler les coefficients de pondération des critères d’évaluation lors de la deuxième

étape dans une fourchette ou selon une grille préétablies figurant dans l'accord-cadre et dans le dossier de sollicitation.

13. La souplesse dans l'application des critères d'évaluation devrait être contrôlée de sorte qu'elle ne remplace pas une planification adéquate de la passation des marchés, n'incite pas les entités adjudicatrices à rechercher la facilité administrative dans leurs décisions en matière d'achats, n'encourage pas l'utilisation de critères généraux non fondés sur une définition précise des besoins, et ne favorise pas l'attribution abusive de marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés. Ces derniers points peuvent s'avérer d'autant plus importants lorsque la passation des marchés est sous-traitée à une centrale d'achat rémunérée, qui peut utiliser les accords-cadres pour générer des revenus (voir, en outre, l'examen de la sous-traitance dans l'introduction du présent chapitre). Des processus de contrôle peuvent contribuer à éviter que des critères d'évaluation relativement souples ne soient appliqués dans des accords-cadres pour masquer des critères inappropriés fondés sur des arrangements ou des liens 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. Le fait de garantir la pleine transparence dans l'application des critères d'évaluation et d'avoir recours à une fourchette prédéterminée et préalablement communiquée facilite un tel contrôle et encourage l'observation de l'exigence de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), à savoir l'établissement à l'avance des critères d'évaluation et leur publication (art. 9-1 *b* de la Convention). Les États adoptants voudront peut-être prévoir dans leur système de contrôle un examen de l'utilisation de divers critères d'évaluation, afin d'éviter que la fourchette fixée dans l'accord-cadre ne soit large au point que les garanties n'auraient plus de sens en pratique.

14. Le paragraphe 1 *e* impose d'indiquer également dans l'accord-cadre si l'attribution du ou des marchés sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse. Le critère d'attribution sera normalement le même que celui de la première étape mais pas nécessairement; par exemple, l'entité adjudicatrice peut décider de retenir, parmi les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs les mieux classés à l'issue de la première étape (sélectionnés selon la soumission la plus avantageuse), la soumission conforme ayant le prix le plus bas et répondant aux conditions précises de l'invitation à participer à la deuxième étape. Si l'État adoptant a promulgué des lois sur la politique de la concurrence ou si les règlements en matière de passation des marchés comprennent des dispositions à ce sujet, ces lois ou règlements peuvent prévoir les critères d'évaluation destinés à mettre en œuvre des politiques socioéconomiques de

l'État adoptant conformément à l'article 11-3. Ces critères peuvent tenir compte, par exemple, de l'effet d'une soumission sur le marché pour l'objet visé. De telles politiques n'autorisent pas la rotation entre fournisseurs ou entrepreneurs, mais peuvent permettre de tenir compte de la politique de la concurrence dans l'attribution des marchés. Sur la question des politiques socioéconomiques en général, voir la **section qui y est consacrée dans la première partie du présent Guide** et dans l'introduction du chapitre premier, ainsi que le **commentaire des articles 2 et 8**.

15. Le paragraphe 2 prévoit une possibilité limitée pour l'entité adjudicatrice de conclure des accords distincts avec des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre. Conformément aux principes généraux de transparence et de traitement juste, égal et équitable, chaque fournisseur ou entrepreneur devrait être soumis aux mêmes conditions. Les exceptions se limitent donc à des variations minimales portant uniquement sur les dispositions qui justifient de conclure des accords distincts; ces justifications doivent être consignées au procès-verbal de la procédure de passation de marché. On peut citer à titre d'exemple la nécessité de conclure des accords distincts pour protéger des droits de propriété incorporelle ou intellectuelle. Dans de tels cas, il ne doit pas y avoir de différence entre les obligations d'exécution des différents fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre. Des accords distincts peuvent aussi être nécessaires pour tenir compte d'une différence de conditions d'octroi de licences ou si des fournisseurs ou entrepreneurs n'ont présenté des soumissions que pour une partie du marché.

16. Le paragraphe 3 exige de fournir dans l'accord-cadre, outre les renseignements mentionnés précédemment, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement. Cette mesure vise également à assurer la transparence et la prévisibilité du processus. Ces informations peuvent porter sur des aspects techniques tels que les spécifications de connexion à un site Web si l'accord-cadre fonctionne électroniquement, un logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité. Ces exigences peuvent être complétées par des règlements détaillés pour éviter que la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice n'entrave l'accès à la partie pertinente de la passation de marché, conformément aux principes énoncés à l'article 7 (voir le **commentaire de cet article**).

17. 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 et régulièrement durant sa durée d'application (par exemple, après qu'un achat a été fait au titre de l'accord). Les États adoptants voudront donc peut-être encourager les entités adjudicatrices à informer les fournisseurs ou entrepreneurs de l'étendue de leurs engagements.

Article 60. *Établissement d'un accord-cadre ouvert*

1. L'article 60 définit les modalités de la première étape d'une procédure d'accord-cadre ouvert. Alors que les accords-cadres fermés sont conclus au moyen d'une des méthodes de passation de marchés visées aux chapitres III, IV ou V de la Loi type, la procédure d'accord-cadre ouvert est autonome. L'article 60 prévoit les modalités qui la régissent.

2. Le paragraphe 1 exige que l'accord-cadre soit établi et géré en ligne. Cette disposition, exception rare au principe de neutralité technologique qui sous-tend les dispositions de la Loi type, se justifie par le fait que toute tentative de gérer un accord-cadre sur papier de manière traditionnelle compromettrait l'efficacité administrative caractéristique de la procédure d'accord-cadre ouvert, qui repose sur l'utilisation de moyens électroniques de communication par Internet. La procédure est conçue pour permettre une passation de marché ouverte en permanence sur le Web, à laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent à tout moment décider de participer sans qu'il faille prendre la peine de leur communiquer des informations particulières, charge administrative qui en outre retarderait leur réaction. Les demandes de participation à l'accord-cadre ouvert et les réponses aux invitations à présenter des soumissions lors de la deuxième étape sont censées être soumises et examinées dans des délais que seule une passation des marchés en ligne permet d'envisager.

3. Le paragraphe 2 prévoit le mécanisme à utiliser pour solliciter la participation à la procédure d'accord-cadre ouvert. Il applique les dispositions de l'article 33 par renvoi; il va de soi qu'une sollicitation invitant à devenir partie à un accord-cadre ouvert doit elle-même être ouverte. Elle doit également être internationale à moins que les exceptions visées à l'article 33-4 ou à l'article 8, par renvoi, ne s'appliquent (voir le **commentaire des articles 33-4** et 8). Il est recommandé de laisser également l'invitation disponible en permanence sur le site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre (voir également ci-après le **commentaire de l'article 61-2** concernant les mécanismes de publicité et de transparence permanentes, notamment la republication régulière de l'invitation initiale).

4. Le paragraphe 3 énumère les renseignements que doit contenir l'invitation à participer à la procédure, semblables à ceux que doivent contenir l'invitation à soumettre une offre et le dossier de sollicitation dans une procédure d'appel d'offres ouvert (art. 37 et 39), avec quelques aménagements nécessaires compte tenu des conditions d'un accord-cadre ouvert. Il convient de consulter en particulier le commentaire sur la sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert concernant les dispositions équivalentes à celles des paragraphes 3 *d* i, 3 *f* et 3 *g*. Les dispositions correspondent

également autant qu'il est possible à celles qui s'appliquent aux accords-cadres fermés. Il convient de consulter en particulier le commentaire sur la sollicitation dans les accords-cadres fermés concernant les dispositions équivalentes à celles des paragraphes 3 *b* et 3 *e*. On trouvera dans les paragraphes qui suivent des orientations sur des questions propres aux procédures d'accords-cadres ouverts.

5. Aux fins de la transparence et de la prévisibilité, le paragraphe 3 *a* exige d'indiquer dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert les noms et adresses de toutes les entités adjudicatrices pouvant utiliser l'accord-cadre. La disposition est donc souple en ce qu'elle permet aux entités adjudicatrices de se regrouper pour maximiser leur pouvoir d'achat et de recourir à des centrales d'achat, mais l'accord-cadre n'est pas ouvert à de nouveaux acheteurs. Cette souplesse et cette restriction se justifient toutes deux par le souci d'assurer une transparence adéquate et un bon rapport qualité-prix: les fournisseurs ou entrepreneurs doivent savoir quelles sont les entités adjudicatrices susceptibles de passer des marchés, si on veut les encourager à participer et à présenter des soumissions répondant aux besoins de celles-ci, et garantir l'efficacité de la procédure. En outre, les règles de la formation des contrats varieront d'un État à l'autre; il se peut dans certains cas que les entités adjudicatrices ne puissent se joindre à l'accord-cadre sans d'importantes procédures administratives. Cette disposition doit se lire conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", à l'article 2 *n*, selon laquelle plusieurs acheteurs peuvent être l'"entité adjudicatrice" aux fins d'une passation de marché. Dans le contexte des accords-cadres, l'entité qui attribue un marché est par définition l'entité adjudicatrice de la passation de marché; l'accord-cadre lui-même permet qu'il y ait plusieurs acheteurs potentiels lors de la deuxième étape. Cependant, un seul organisme sera chargé d'établir et de gérer l'accord-cadre et sera donc l'"entité adjudicatrice" à cette fin, comme le prévoit le paragraphe 3 *a*. L'exigence de transparence peut être satisfaite selon les modalités que l'entité adjudicatrice considère adaptées aux circonstances de la passation de marché: par exemple, les informations peuvent être indiquées par un renvoi à un site Web où figurent les noms et adresses; s'il y a une centrale d'achat, elle peut être autorisée à passer les marchés en son nom propre (à titre principal) sans devoir publier d'informations sur ses entités clientes; toutefois, si elle agit en tant qu'agent, ces informations doivent être publiées.

6. L'alinéa *c* du paragraphe 3 exige d'indiquer dans l'invitation les langues de l'accord-cadre et prévoit d'autres mesures pour promouvoir la transparence et donc améliorer l'accès à l'accord-cadre une fois celui-ci conclu. Le site Web utilisé pour l'accord-cadre ouvert doit être facile à localiser, exemple de considération générale concernant la transparence effective dans la passation des marchés en ligne (voir le commentaire sur la passation des

marchés en ligne à la section “**Questions spécifiques liées à l’application et à l’utilisation de la passation des marchés en ligne**”, dans la première partie du présent *Guide*). Il convient également d’y mentionner toute exigence spécifique concernant l’accès à l’accord-cadre; on trouvera dans le **commentaire de l’article 7** des indications sur l’accès effectif à la passation de marché.

7. Le paragraphe 3 *d* contient un mélange de dispositions d’application générale et de dispositions propres aux procédures d’accords-cadres ouverts, qui constituent ensemble les conditions auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent devenir parties à l’accord-cadre ouvert. Le sous-alinéa i exige la déclaration standard indiquant si la participation est restreinte sur la base de la nationalité dans les circonstances limitées visées à l’article 8 (voir le **commentaire de cet article**). Le sous-alinéa ii est une disposition facultative (figurant donc entre crochets) permettant de fixer un nombre maximum de fournisseurs ou d’entrepreneurs parties à l’accord-cadre. Les États ne doivent pas l’adopter si les contraintes techniques locales ne l’exigent pas, et en tout état de cause il convient de la lire conjointement avec le paragraphe 7 de l’article, qui en limite l’application (comme il est expliqué ci-après dans le commentaire de ce paragraphe), de manière à fournir des garanties essentielles contre les abus et les conséquences indésirables. Le paragraphe exige de communiquer la procédure et les critères non discriminatoires qui serviront à fixer tout nombre maximum. Pour sélectionner les participants de manière objective, l’entité adjudicatrice peut utiliser diverses techniques, comme il est expliqué plus en détail dans l’**introduction du chapitre IV**: “premier arrivé, premier servi”, tirage au sort, roulement ou autre mode de sélection aléatoire sur un marché tel que celui des produits de base. L’objectif est d’obtenir une concurrence aussi effective que possible. Cette approche relativement informelle traduit le fait que s’il y a suffisamment de participants, le marché sera suffisamment homogène pour générer les meilleures offres.

8. Le sous-alinéa iii traite des modalités de présentation et d’évaluation des demandes d’admission à l’accord-cadre. Les informations exigées sont les mêmes que celles visées à l’article 39 dans le cas de la procédure d’appel d’offres. L’expression “soumissions indicatives” y est utilisée pour indiquer qu’un accord-cadre ouvert comportera toujours une mise en concurrence lors de la deuxième étape. De plus, les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs sont évaluées et la conformité de leurs soumissions évaluée par rapport à la description pertinente (voir par. 5 et 6 de l’article) mais il n’est pas exigé d’évaluer les soumissions indicatives, alors que c’est le cas pour les soumissions initiales dans les accords-cadres fermés. Cependant, si l’entité adjudicatrice juge opportun de procéder à une évaluation, par exemple, une comparaison des soumissions, telle que celle visée à l’article 43, elle

doit préciser dans le dossier de sollicitation que cette évaluation aura lieu. De même, contrairement à ce qui se passe dans les accords-cadres fermés et comme il est expliqué ci-après dans les indications portant sur le paragraphe 6 de l'article, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions conformes ont le droit de se joindre à l'accord-cadre pour autant qu'ils aient les qualifications requises.

9. Le sous-alinéa iv exige de préciser dans l'invitation que de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs peuvent se joindre à l'accord-cadre pendant toute sa durée (voir au paragraphe 4 de l'article la condition de fond à laquelle ils doivent satisfaire), à moins que le maximum fixé de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord ne soit dépassé ou que les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ne soient exclus en vertu de limites à la participation imposées conformément à l'article 8 de la Loi type. L'invitation devrait également mentionner toute limite à l'arrivée de nouvelles parties (pouvant découler de limites de capacité, comme il est dit plus haut, ou de l'application de l'article 8 de la Loi type), ainsi que toute autre exigence concernant, par exemple, les qualifications des parties à l'accord et la conformité de leurs soumissions indicatives.

10. Le paragraphe 3 *e* exige que toutes les conditions de l'accord-cadre (elles-mêmes régies par l'article 61) soient énoncées dans l'invitation, notamment la description de l'objet du marché et les critères d'évaluation. Les exigences concernant ces conditions sont examinées ci-après dans le **commentaire de l'article 61**.

11. Le paragraphe 4 énonce l'exigence de fond selon laquelle l'accord-cadre doit être ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application. Comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre, cette disposition est une caractéristique essentielle des accords-cadres ouverts.

12. Le paragraphe 5 exige que les soumissions indicatives reçues pendant la durée d'application de l'accord-cadre soient examinées dans un délai maximum à préciser dans la loi par l'État adoptant. Ce délai doit être bref afin que l'accord-cadre reste effectivement ouvert à de nouveaux participants; cette caractéristique est essentielle dans le contexte d'un accord-cadre ouvert en ligne, qui peut être conçu pour des achats réguliers de petites quantités. Toutes les soumissions conformes de fournisseurs ou d'entrepreneurs qualifiés doivent être acceptées et ces fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre, comme le prévoit le paragraphe 6, sous réserve de limites de capacité justifiant un rejet en vertu des paragraphes 3 *d* ii et 7 ou d'autres restrictions (dans le cas d'une passation de marché national, par exemple;

voir plus haut le commentaire pertinent) mentionnées dans l'invitation à devenir partie à l'accord.

13. Le paragraphe 7 est lié au paragraphe 3 *d* ii. Tous deux figurent entre crochets comme dispositions facultatives que les États adoptants peuvent envisager d'inclure dans la loi. Ils permettent de fixer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre en raison de contraintes techniques. Outre les considérations liées aux dispositions similaires dans le contexte des enchères électroniques inversées (voir le **commentaire de l'article 53-1 k et 53-2**), il y a d'autres éléments que les États adoptants devraient prendre en compte s'ils envisagent d'adopter ces dispositions. La principale différence entre accords-cadres fermés et accords-cadres ouverts étant que ces derniers restent ouverts à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de leur durée d'application, l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties peut en fait transformer un accord-cadre ouvert en accord-cadre fermé. Cette situation peut être aggravée par le fait que les avantages d'un ensemble fluctuant de fournisseurs ou d'entrepreneurs peuvent être perdus si les fournisseurs ou entrepreneurs cessant de participer à la mise en concurrence de la deuxième étape restent techniquement parties à l'accord-cadre, empêchant de nouvelles parties de s'y joindre. Le paragraphe 7 ne permet donc de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que si les capacités techniques limitent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, si le logiciel utilisé pour l'accord-cadre n'accepte qu'un nombre limité de participants). Toutefois, les États adoptants devraient savoir que ces contraintes de capacité diminuent rapidement et que cette disposition risque de devenir obsolète à brève échéance.

14. Même s'il est probable qu'un nombre maximum éventuel soit raisonnable, l'entité adjudicatrice doit être objective dans la manière de sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs à concurrence de ce nombre. Voir également ci-dessus l'examen de la question de l'objectivité, et l'introduction du chapitre IV. Les règlements, règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient fournir aux entités adjudicatrices des indications sur ces questions (notant en particulier la possibilité d'une contestation en vertu du chapitre VIII).

15. Les États adoptants noteront que cet article ne prévoit pas d'évaluer les soumissions indicatives. Comme il est expliqué plus haut, la nature même d'un accord-cadre ouvert fait que toutes les soumissions conformes reçues de fournisseurs ou d'entrepreneurs qualifiés sont acceptées. Comme il est expliqué également ci-après dans le **commentaire de l'article 62**, la concurrence sur les prix est largement absente lors de la première étape, et il est donc primordial d'assurer une véritable concurrence lors de la deuxième étape.

16. La disposition du paragraphe 8 vise à assurer la transparence de la prise de décision et à permettre à un fournisseur ou entrepreneur de contester s'il le souhaite la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'admettre à la procédure d'accord-cadre. Son inclusion dans le contexte de l'accord-cadre ouvert se justifie parce que les garanties de la notification du délai d'attente ne s'appliqueraient pas aux soumissions indicatives mais seulement aux soumissions présentées en réponse à des commandes spécifiques passées au titre de l'accord (soumissions présentées lors de la deuxième étape). Il est donc essentiel pour le fournisseur ou l'entrepreneur de savoir s'il est partie à l'accord, sans quoi il ne pourrait être informé des commandes passées au titre de l'accord ni présenter des soumissions lors de la deuxième étape. Toutefois, en cas de contestation de la décision de l'entité adjudicatrice, les considérations de politique générale quant à savoir s'il convient de retarder l'exécution d'un marché pour permettre un recours efficace ou de permettre qu'elle se poursuive sont différentes dans le contexte de l'accord-cadre ouvert (les considérations de politique générale sont énoncées dans le **commentaire de l'article 22**). Dans le cas des accords-cadres ouverts, tout fournisseur ou entrepreneur lésé dont la soumission a été rejetée comme non conforme ou qui n'a pas été admis pour cause de disqualification pourra être admis à l'accord-cadre pour de futures commandes si une contestation est résolue en sa faveur. On a jugé peu probable que le préjudice causé par une participation retardée l'emporte sur l'intérêt de permettre la conclusion d'un nombre effectivement limité de marchés au titre des accords-cadres ouverts.

Article 61. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. L'article 61, qui correspond à l'article 59 dans le cas des accords-cadres fermés, régit les conditions des accords-cadres ouverts et de l'attribution des marchés sur le fondement de ces accords. Comme dans le cas des accords-cadres fermés, c'est le droit des contrats de l'État adoptant qui traitera de questions telles que la force obligatoire de l'accord. Elles ne sont pas traitées dans la Loi type.

2. Le paragraphe 1 énonce l'exigence selon laquelle l'attribution de marchés au titre de l'accord-cadre ouvert doit se faire au moyen d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape. Les alinéas *c* à *f* énoncent les conditions et procédures de cette mise en concurrence. Ils sont semblables aux dispositions du paragraphe 1 *d* de l'article 59, **dont le commentaire** est donc pertinent dans le contexte de l'article 61. Les différences tiennent à la nature de l'objet du marché pouvant être acquis au moyen d'accords-cadres ouverts (articles simples et normalisés).

3. Le paragraphe 1 *a* impose de mentionner dans l'accord-cadre la durée de celui-ci. Une différence par rapport aux accords-cadres fermés est qu'il

n'est pas question ici de durée maximale imposée par les règlements en matière de passation des marchés: l'accord étant ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application, les risques d'étouffer la concurrence, décrits dans le **commentaire sur les accords-cadres fermés**, sont moindres. Toutefois, pour laisser la porte ouverte à de nouvelles technologies et solutions et éviter l'obsolescence, la durée d'un accord-cadre ouvert ne devrait pas être excessive et devrait être évaluée en fonction du type d'objet du marché (voir également l'**introduction du présent chapitre**, sur l'importance de réévaluer périodiquement si l'accord-cadre continue de correspondre aux réalités du marché). En outre, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent hésiter à participer à un accord de durée illimitée.

4. Le paragraphe 1 *b* impose de mentionner dans l'accord-cadre ouvert les conditions de la passation de marché connues au moment où l'accord est établi (et qui en vertu de l'article 60 auront été indiquées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert). Cette disposition est semblable à l'article 59-1 *b* concernant les accords-cadres fermés, mais, comme il est noté plus haut, certaines différences se justifient par la nature de l'objet du marché censé être acquis au moyen des accords-cadres ouverts. La nature de l'objet du marché n'exigerait pas d'établir les conditions de la passation de marché lors de la deuxième étape mais seulement de préciser les conditions déjà établies, par exemple, en ce qui concerne la quantité, le lieu et le délai de livraison de l'objet du marché. Même si la nature d'un accord-cadre ouvert donne à penser que la description de la passation de marché sera formulée en des termes fonctionnels et généraux de sorte que l'énoncé des besoins de l'entité adjudicatrice puisse être précisé à la deuxième étape, il importe que cette description ne soit pas générale au point que l'accord-cadre ouvert devienne une simple liste de fournisseurs (voir l'introduction du présent chapitre). Si tel était le cas, la ou les entités adjudicatrices utilisant l'accord-cadre devraient effectuer ou répéter certains stades de la procédure de passation de marché lors de la deuxième étape (réexamen approfondi des qualifications et de la conformité et évaluation des soumissions présentées lors de la deuxième étape), ce qui compromettrait l'efficacité de la procédure. En outre, l'ampleur des modifications pouvant être apportées aux conditions initiales de la sollicitation à la deuxième étape est limitée par l'article 63. D'un autre côté, il faut une souplesse suffisante pour tenir compte de la possibilité de modifications du cadre réglementaire, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales ou de durabilité.

5. Le paragraphe 2 dispose que l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert doit être republiée régulièrement. Elle doit être publiée au moins une fois par an au même endroit que l'invitation initiale. Néanmoins, les

États adoptants peuvent estimer qu'une publication plus fréquente encouragera une plus grande participation et une plus grande concurrence. Puisque l'accord-cadre ouvert fonctionne électroniquement, la publication se fait uniquement en ligne, y compris à la première étape en vertu de l'article 33, et les coûts de publication restent donc raisonnables. L'invitation doit comporter toutes les informations nécessaires au fonctionnement de l'accord-cadre (notamment le site Web pertinent et tous renseignements techniques utiles).

6. Le paragraphe 2 dispose également que l'entité adjudicatrice doit garantir l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord; celui-ci fonctionnant en ligne, ces informations doivent être disponibles sur le site Web indiqué dans l'invitation. Doivent également y figurer les noms de toutes les entités adjudicatrices pouvant utiliser l'accord-cadre, faute de quoi elles n'y deviendront pas parties (voir au **commentaire de l'article 60-3** a les diverses manières de fournir ces informations). Même si la Loi type n'exige pas expressément de laisser en permanence sur le site Web la liste des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, 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. Cet avis doit contenir les noms des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'accord-cadre est attribué. Les mises en concurrence lors de la deuxième étape doivent également être annoncées sur ce site Web, comme expliqué ci-dessous dans le commentaire de l'article 62.

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

1. L'article 62 régit la mise en concurrence lors de la deuxième étape des accords-cadres fermés et des accords-cadres ouverts. Certaines de ses dispositions, telles que celles du paragraphe 3, visent à tenir compte des différences dans l'attribution des marchés au titre d'accords-cadres fermés sans et avec mise en concurrence lors de la deuxième étape.

2. Comme il est noté au paragraphe 1, l'accord-cadre énonce les critères de fond et certaines procédures régissant l'attribution de marchés sur le fondement de l'accord, et les dispositions de cet article définissent les autres éléments des procédures d'attribution. Une transparence totale est donc exigée tant pour les critères d'attribution que pour les procédures elles-mêmes.

3. Ces procédures visent à garantir une concurrence effective lors de la deuxième étape, tout en évitant des prescriptions excessives et longues à mettre en œuvre qui compromettraient l'efficacité des procédures d'accords-cadres. Ces considérations sont particulièrement importantes dans le

cas des accords-cadres ouverts, où ce ne sont pas des soumissions initiales qui sont présentées lors de la première étape mais des soumissions indicatives ne faisant donc pas l'objet d'une évaluation. Si l'accord-cadre prévoit une mise en concurrence lors de la deuxième étape, les États adoptants voudront peut-être prévoir des règlements ou des orientations indiquant clairement 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).

4. Le paragraphe 2 dispose qu'un marché ne peut être attribué qu'à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Cette disposition peut paraître évidente dans le cas des accords-cadres fermés, mais dans celui des accords-cadres ouverts elle souligne qu'il importe d'examiner rapidement les demandes de participation à l'accord-cadre et qu'il est utile de mettre relativement souvent en concurrence un nombre de participants raisonnable pour tirer parti d'un marché compétitif et dynamique. En pratique, une mise en concurrence lors de la deuxième étape sera annoncée sur le site Web de l'accord-cadre ouvert, avec un délai relativement bref pour présenter les soumissions finales. De nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs voudront peut-être présenter leurs soumissions indicatives suffisamment tôt pour participer à la deuxième étape mais ne pourront peut-être participer qu'aux mises en concurrence ultérieures. Le lien 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 devraient être soigneusement étudiés durant l'application de l'accord-cadre ouvert.

5. Le paragraphe 3 dispose que l'article 22 s'applique à l'acceptation de la soumission dans les accords-cadres fermés sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, à l'exception de son paragraphe 2 pour ce qui est de mentionner dans l'avis un délai d'attente. Cette exception reflète les dispositions de l'article 22-3 *a* selon lesquelles l'exigence d'un délai d'attente ne s'applique pas à l'attribution de marchés au titre d'une procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape (pour les raisons de cette exception, voir le **commentaire de cet article**).

6. Le paragraphe 4 énonce les procédures de la mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'alinéa *a* dispose que l'invitation à la mise en concurrence doit être adressée à toutes les parties à l'accord-cadre ou seulement à celles alors capables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice concernant l'objet du marché; dans le second cas, la Loi type exige que l'entité adjudicatrice avise de la mise en concurrence l'ensemble des parties à l'accord-cadre. Cette disposition a deux objectifs: premièrement, éviter des

abus tels que l'attribution de marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés; deuxièmement, limiter les soumissions à celles pouvant répondre aux besoins, pour améliorer l'efficacité.

7. L'avis de mise en concurrence lors de la deuxième étape doit être adressé au même moment que l'invitation à la mise en concurrence lors de la deuxième étape. Tout fournisseur ou entrepreneur exclu pourra ainsi contester à temps la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'inviter à la mise en concurrence de la deuxième étape. C'est une garantie importante: laisser à l'entité adjudicatrice une trop grande latitude pour ce qui est du groupe de fournisseurs ou entrepreneurs à inviter à la mise en concurrence de la deuxième étape peut donner lieu à des abus, notamment à du favoritisme. Elle est aussi essentielle pour ce qui est d'assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape: il ressort de l'expérience de l'utilisation des accords-cadres que cette étape du processus est vulnérable du point de vue de la participation et de la concurrence. Cette vulnérabilité peut être d'autant plus grande que l'avis concernant le délai d'attente (art. 22-2) ne sera adressé qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape (et non à toutes les parties à l'accord-cadre).

8. 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, celle-ci devrait 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. 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); les soumissions initiales ou indicatives peuvent indiquer que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas proposer certaines combinaisons requises ou répondre à certaines exigences qualitatives. Déterminer quels fournisseurs ou entrepreneurs sont "capables" en ce sens est donc une démarche objective; tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord doivent être présumés capables sauf si l'accord-cadre ou leurs soumissions initiales ou indicatives indiquent que ce n'est pas le cas. L'entité adjudicatrice doit expliquer dans le procès-verbal de la passation de marché pourquoi des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord ne sont pas invités à participer à la mise en concurrence de la deuxième étape.

9. La Loi type impose d'adresser une invitation écrite à la mise en concurrence de la deuxième étape simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur invité. Les conditions de l'accord-cadre peuvent régir les modalités de l'envoi des invitations et prévoir, par exemple, un envoi automatisé par souci d'efficacité. La Loi type ne régir pas les modalités de la notification mais la meilleure pratique est d'adresser l'avis de la même manière que les

invitations, c'est-à-dire simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Le recours à des avis électroniques réduit les coûts au minimum. Un avis de mise en concurrence lors de la deuxième étape ou une copie de l'invitation peuvent également être publiés sur le site Web où se trouve l'accord-cadre lui-même, ce qui peut aussi encourager de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs à participer à la procédure si c'est possible (c'est-à-dire dans les accords-cadres ouverts). Il peut y avoir des moyens économiques d'annoncer plus largement la mise en concurrence de la deuxième étape.

10. Les États adoptants noteront toutefois que la publication d'un avis général de mise en concurrence lors de la deuxième étape n'est pas exigée: on présume en effet que la première étape de la procédure d'accord-cadre aura fait l'objet d'une invitation ouverte. La raison en est que l'appel d'offres ouvert aura été utilisé par défaut pour attribuer un accord-cadre fermé en vertu des articles 28 et 58-1 (voir le [commentaire des articles 28 et 58-1](#)) alors qu'une sollicitation ouverte est exigée pour attribuer des accords-cadres ouverts en vertu de l'article 60-2 (voir le [commentaire de cet article](#)). La Loi type cherche à éviter d'imposer trop de mesures procédurales qui pourraient nuire à l'efficacité du processus.

11. Le paragraphe 4 *b* régit le contenu de l'invitation à participer à la mise en concurrence de la deuxième étape. Le sous-alinéa *i* dispose que les informations définissant la portée de la mise en concurrence lors de la deuxième étape doivent figurer dans l'invitation, exigence vitale aux fins de la transparence. Si l'invitation est adressée par voie électronique (ce qui doit être le cas, par exemple, dans les accords-cadres ouverts), les entités adjudicatrices voudront peut-être y incorporer au moyen d'un hyperlien (c'est-à-dire par renvoi), pour autant qu'il soit dûment tenu à jour, le rappel des conditions existantes de l'accord-cadre, qu'elles sont tenues de fournir. L'invitation doit également contenir les conditions de la passation de marché faisant l'objet de la mise en concurrence et d'autres informations à leur sujet si nécessaire. Cette disposition doit se lire conjointement avec les articles 59-1 *d* *i* et 61-1 *c*, qui disposent que l'accord-cadre doit énoncer les conditions pouvant être établies ou précisées lors de la mise en concurrence de la deuxième étape. 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 des modifications des produits ou des substitutions techniques peuvent être nécessaires, elles 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. D'autres conditions pouvant être précisées sont notamment les combinaisons de composants

(dans les limites de la description générale), les garanties et les délais de livraison. L'équilibre entre une souplesse suffisante pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et la nécessité d'une transparence et de limites suffisantes pour éviter les abus devrait être le fondement des orientations données aux entités adjudicatrices concernant cet aspect de l'utilisation des accords-cadres.

12. Le sous-alinéa ii exige un rappel des procédures et critères d'évaluation des soumissions initialement énoncés dans l'accord-cadre. Cette disposition également vise à améliorer la transparence et doit se lire conjointement avec les articles 59-1 *d* iii et 61-1 *f*, qui permettent de moduler les coefficients de pondération des critères d'évaluation (notamment des sous-critères) dans une certaine fourchette fixée dans l'accord-cadre lui-même. Des critères et procédures d'évaluation appropriés sont essentiels lors de cette deuxième étape, aux fins d'une concurrence effective, de l'objectivité et de la transparence. Leur importance et leur application sont expliquées dans le **commentaire de l'article 59**.

13. Les sous-alinéas iii à xi reprennent les dispositions de l'article 39 sur la teneur du dossier de sollicitation (voir le **commentaire de cet article**). Pour ce qui est du sous-alinéa iv, il importe de fixer un délai approprié pour la présentation des soumissions: dans le cas d'accords-cadres ouverts, par exemple, ce délai peut être un nombre d'heures ou une journée environ. 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. 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, ceux-ci pouvant dans des conditions limitées prévaloir sur les autres considérations, par exemple, en cas d'urgence extrême à la suite d'une catastrophe.

14. Le paragraphe 4 *c* découle des règles générales énoncées à l'article 11-6, qui exigent objectivité et transparence dans l'évaluation des soumissions en interdisant d'appliquer lors de l'évaluation tout critère ou procédure non préalablement communiqués (voir le **commentaire de cet article**).

15. Le paragraphe 4 *d* applique les exigences de l'article 22, dont celles concernant le délai d'attente, à l'acceptation de la soumission à l'issue de la mise en concurrence de la deuxième étape (voir le **commentaire de cet**

article). Le paragraphe 10 de l'article 22 exigerait de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape l'avis d'attribution du marché précisant le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce marché, de manière à permettre toute contestation de la part de fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Le paragraphe 2 imposerait à l'entité adjudicatrice d'expliquer aux parties dont les soumissions n'ont pas été retenues pourquoi elles ne l'ont pas été. Ce type de retour d'information est particulièrement utile dans le contexte des accords-cadres, ou des achats récurrents bénéficieront d'une amélioration des soumissions.

16. Les dispositions de l'article 23 exigeant la publication de l'attribution s'appliqueront à l'attribution de marchés au titre d'accords-cadres (de petits achats pouvant être regroupés aux fins de la publicité) (voir le **commentaire de cet article**).

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

1. L'article 63 vise à assurer l'objectivité et la transparence pendant la durée d'application de l'accord-cadre. Il prévoit d'abord qu'aucune modification ne peut être apportée à la description de l'objet du marché, parce que cela signifierait que l'invitation initiale à participer ne serait plus exacte, et une nouvelle passation de marché serait donc nécessaire. Le besoin de souplesse dans l'application de l'accord-cadre, notamment de pouvoir préciser certaines conditions du marché lors de la mise en concurrence de la deuxième étape, signifie qu'il faut pouvoir modifier ces conditions (notamment les critères d'évaluation). Cet article autorise donc de telles modifications, mais seulement dans la mesure où elles ne portent pas sur la description de l'objet du marché et uniquement—cette condition étant destinée à garantir la transparence—dans la mesure permise par l'accord-cadre. Ainsi, même si elle se situait dans les limites permises par l'accord-cadre, une modification ne serait pas acceptable si elle conduisait en fait à modifier la description de l'objet du marché (par exemple, si les exigences de qualité minimales étaient supprimées ou modifiées).

2. La description de l'objet du marché peut donc être formulée de manière fonctionnelle ou en termes de résultats, avec des exigences techniques minimales le cas échéant, de manière à permettre les modifications de produits ou substitutions techniques décrites dans le commentaire des articles précédents du chapitre VII. La question de savoir si cette approche convient dépendra de la nature de la passation de marché elle-même, comme il est

expliqué dans l'**introduction du présent chapitre** et dans le **commentaire de l'article 59**. 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, permettant 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, règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc traiter de manière détaillée ces risques et les mesures à prendre pour les atténuer.

CHAPITRE VIII. PROCÉDURES DE CONTESTATION

A. Introduction

1. Résumé

1. Une caractéristique essentielle d'un système transparent de passation des marchés est l'existence de mécanismes permettant de contrôler et si nécessaire d'imposer l'application des règles qu'il énonce. Il peut s'agir d'audits et d'enquêtes, de poursuites pour infractions pénales, mais aussi de procédures de contestation, dans lesquelles les fournisseurs et entrepreneurs se voient accorder le droit de contester les décisions et les actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux règles de la législation applicable à la passation des marchés. Les procédures de contestation figurent au chapitre VIII de la Loi type; les autres mécanismes font intervenir des questions de contrôle des prises de décisions administratives dépassant le cadre de la passation des marchés et ne sont donc pas prévus dans la Loi type.

2. Un mécanisme de contestation efficace contribue à faire de la Loi type un instrument qui permet dans une large mesure à ses propres utilisateurs d'en suivre et d'en imposer l'application, puisqu'il offre des voies de droit aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type dans chaque procédure de passation de marché. Il contribue également à renforcer la confiance du public en l'ensemble du système de passation des marchés. Enfin, il remplit une fonction de dissuasion: par sa présence, il décourage les actes ou décisions délibérément contraires à la loi. Pour ces raisons, un mécanisme de contestation efficace est indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de passation des marchés et peut favoriser la confiance dans ce système.

3. De plus, l'article 9-1 *d* de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) exige que les systèmes de passation des marchés prévoient un mécanisme de recours efficace, appelé système de recours interne et comprenant un système d'appel, afin de garantir l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures visées au paragraphe 1 de ce même article. Afin que les exigences de la Convention soient prises en considération dans la Loi type, la CNUDCI exige dans cette dernière que les États adoptants prévoient tous les

droits et toutes les procédures nécessaires (tant en première instance qu'en appel) pour un mécanisme de contestation efficace. De même, la Loi type a été conçue pour correspondre autant que possible à la conception des procédures de contestation de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), en appliquant sa conception générale au contexte international de la Loi type.

4. Le chapitre VIII de la Loi type contient les dispositions permettant un mécanisme de contestation efficace, et les États adoptants sont invités à en incorporer toutes les dispositions dans la mesure où leur système juridique le permet. Ces dispositions comprennent un droit général de contestation (et d'appel d'une décision dans une procédure de contestation) et la possibilité de demander le réexamen par l'entité adjudicatrice d'une décision prise au cours de la passation de marché; une révision par une instance indépendante; et un recours auprès d'un tribunal. La Loi type n'impose cependant pas de structure précise pour ce système. En outre, il existe divers mécanismes destinés à assurer l'efficacité du mécanisme de contestation. La Loi type vise à réduire la nécessité de former des contestations au moyen des procédures qu'elle prévoit pour chaque processus de passation des marchés. Ainsi, l'article 15 prévoit un mécanisme de clarification et de modification du dossier de sollicitation de manière à réduire les risques de contestation des conditions fixées dans ce dossier; le mécanisme de clarification prévu à l'article 16 vise à réduire les risques de contestation des décisions concernant les qualifications, la conformité et l'évaluation des soumissions.

5. 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, il convient de fournir des orientations appropriées aux entités adjudicatrices et aux fournisseurs ou entrepreneurs, demandant notamment 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.

2. Incorporation: considérations de politique générale

6. Les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) et de la Loi type se fondent sur l'idée que la législation sur les procédures de contestation doit être rédigée d'une manière qui respecte la tradition juridique de l'État adoptant concerné. On reconnaît ainsi qu'il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures permettant de contester les actes d'organes

administratifs et d'autres entités publiques (on parle de fonction de révision). Dans certains États, de tels mécanismes et procédures ont été mis en place spécialement pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres, ces litiges sont soumis aux mécanismes et procédures généraux de révision des actes administratifs. La manière de faire respecter les règles varie toutefois selon les États: certains disposent depuis longtemps d'un système de révision devant des autorités et des tribunaux spécialisés; d'autres ne disposent d'aucun texte législatif général concernant ce type de révision (à part ceux découlant d'obligations internationales et sous réserve des procédures de révision judiciaire). Certains systèmes prévoient que les infractions à la législation sur la passation des marchés commises par des organes de l'État sont portées devant un tribunal administratif et passibles de sanctions administratives. D'autres prévoient à la fois l'examen administratif, ou indépendant, et l'examen judiciaire des décisions en matière de passation de marchés par les tribunaux ordinaires (assortis d'une procédure pénale spéciale pour les violations de lois sur la passation des marchés commises par les entités adjudicatrices).

7. Compte tenu de ce qui précède, et afin que les dispositions puissent être intégrées aux cadres conceptuels et structurels très différents des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique du monde entier, le chapitre VIII énonce les principes et les procédures principales à suivre pour mettre en place un système de contestation efficace. Conformément à la conception générale de la Loi type en tant que texte-cadre (voir la **section "La Loi type en tant que loi "cadre": éléments d'un système de passation des marchés", dans la première partie du présent Guide**), ces principes et procédures sont censés être complétés par des règlements et des règles procédurales détaillées pour que les mécanismes de contestation fonctionnent de manière efficace, rapide et économique.

8. De manière générale, un mécanisme est efficace s'il permet d'intervenir sans délai; de suspendre ou d'annuler la procédure de passation de marchés et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendant; de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible (par exemple, après l'attribution du marché); et d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines. Un mécanisme efficace doit comporter au moins un organe pouvant examiner une contestation en première instance et un autre pouvant examiner un appel en deuxième instance.

9. Les dispositions de la Loi type exigent que les États adoptants mettent en place un mécanisme efficace comportant l'ensemble de ces éléments, d'une manière convenant à leur tradition juridique. Elles prévoient en

premier lieu que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit de contester les actes et décisions de l'entité adjudicatrice: il n'existe aucun acte ni décision pris dans une procédure de passation de marchés qui ne puisse être soumis à ce mécanisme. Pour ce qui est de l'organe qui doit connaître de la contestation (en première instance), la Loi type prévoit trois possibilités.

10. En premier lieu, l'article 66 dispose qu'une demande de réexamen peut être formée devant l'entité adjudicatrice elle-même, à condition que le marché n'ait pas encore été attribué. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, décisions ou procédures non conformes.

11. Il importe de noter que cette possibilité ouverte aux fournisseurs ou entrepreneurs ne constitue pas une première étape obligatoire du processus de contestation. Ce système vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse, évitant ainsi d'encombrer inutilement d'autres instances avec des demandes et des appels concernant des litiges que les parties auraient pu résoudre plus tôt par une procédure moins perturbatrice et moins onéreuse. Il est hautement souhaitable qu'un mécanisme de contestation de la passation de marchés permette un recours rapide sans demander trop de temps ni d'argent. Le fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits de la procédure de passation de marchés, qu'elle contrôle cette procédure, qu'elle soit disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'avait peut-être pas connaissance et qu'elle puisse le faire contribue à rendre ce recours possible. Ces caractéristiques sont importantes pour le fournisseur ou entrepreneur qui forme une contestation mais aussi pour perturber le moins possible l'ensemble du processus de passation de marché. Un tel système volontaire peut aussi réduire la crainte de voir une action légale compromettre des affaires futures, crainte qui, a-t-on constaté, entraîne une réticence à engager une contestation. D'un autre côté, on constate parfois aussi que l'entité adjudicatrice ignore tout simplement la demande de réexamen, qui n'a alors d'autre effet que de retarder une demande formelle auprès d'une autre instance. Les États adoptants sont donc encouragés à incorporer ce système, compte tenu des avantages qu'il peut présenter, mais aussi à prendre des mesures pour assurer qu'il fonctionne en pratique (les questions d'application et d'utilisation sont examinées dans la section qui suit).

12. La deuxième possibilité est de confier à un tiers indépendant la révision de la décision ou de l'acte de l'entité adjudicatrice que le fournisseur estime contraire à la loi. Cette révision indépendante peut se dérouler comme une procédure administrative. Elle a une portée plus large que le système d'examen par les pairs décrit plus haut car des contestations peuvent être soumises après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). L'instance indépendante saisie de la contestation peut prononcer diverses mesures, et le **commentaire des dispositions concernées** indique les mesures qui n'existent

peut-être pas traditionnellement dans certains systèmes juridiques. Ces mesures sont considérées comme étant une caractéristique importante du système envisagé dans la Loi type, et les États adoptants sont donc encouragés à les incorporer, sous réserve d'assurer la compatibilité entre le mécanisme d'examen par une instance indépendante et les mécanismes équivalents devant leurs tribunaux. La longueur du règlement des litiges dans une procédure judiciaire traditionnelle et les avantages pouvant découler de l'acquisition de compétences spécialisées par les instances indépendantes sont également des raisons de mettre en place un système d'examen par une instance indépendante.

13. La troisième possibilité est de saisir un tribunal compétent. La Loi type ne prévoit pas de règles pour une telle procédure, qui sera régie par la loi nationale applicable. Les États adoptants qui ne prévoient que l'examen judiciaire des décisions de l'entité adjudicatrice doivent mettre en place, pour les procédures en première instance et en appel, un système efficace garantissant l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de la loi sur la passation des marchés, afin de se conformer aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*).

14. Pour ce qui est de l'organe qui connaîtra de l'appel, les États adoptants peuvent décider que ce sera uniquement le tribunal, ou l'instance indépendante, ou les deux, en fonction de leur système juridique. Si l'État adoptant souhaite prévoir une possibilité d'appel devant l'instance indépendante en vertu de l'article 67, cet article devra être adapté de manière à lui permettre de connaître d'appels: tel qu'il figure dans la Loi type, l'article 67 ne lui confère une compétence que pour les contestations. Voir également le **commentaire de cet article** concernant la compétence de connaître de contestations une fois le marché entré en vigueur.

15. Les États adoptants voudront peut-être aussi se servir des dispositions de la Loi type pour évaluer l'efficacité des mécanismes de contestation déjà en place chez eux. S'il existe déjà un système d'examen judiciaire efficace, la création d'une nouvelle instance indépendante ne présentera probablement guère d'intérêt. S'il existe une instance indépendante efficace, il sera tout aussi peu intéressant d'encourager les tribunaux à se spécialiser en passation des marchés. Il convient de souligner qu'il importe de disposer de personnes dotées de compétences spécialisées dans toute instance qui connaîtra des contestations, compte tenu du caractère exigeant des décisions à prendre et des procédures détaillées que prévoit la Loi type.

16. À cet égard, les États adoptants sont invités à examiner le champ d'action de toutes les instances existantes pour s'assurer que le système mis en place garantit bien l'exercice efficace des voies de droit (y compris des voies

d'appel), comme l'exige la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) et conformément à ce qu'il est convenu de considérer comme une meilleure pratique.

17. Le chapitre VIII ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à d'autres modes de règlement, puisque l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés, et en raison de la nature de la procédure de contestation, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Celle-ci n'entend cependant pas suggérer que l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur ne peuvent soumettre à l'arbitrage un différend lié aux procédures qu'elle prévoit, si les circonstances s'y prêtent, notamment si ce différend survient durant la phase d'administration des contrats du cycle de la passation des marchés.

3. Questions d'application et d'utilisation

18. Une caractéristique essentielle d'un mécanisme de contestation efficace est qu'il réalise un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs et l'intégrité du processus de passation du marché, et, d'autre part, la nécessité de perturber le moins possible ce processus (compte tenu en particulier de l'interdiction générale énoncée à l'article 65, selon laquelle l'entité adjudicatrice ne peut prendre aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel restent non résolus (sous réserve d'exceptions limitées)). Les dispositions limitent le droit de contestation aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris les fournisseurs et entrepreneurs potentiels qui, par exemple, ont été disqualifiés); fixent des délais pour le dépôt des demandes et des appels et pour le règlement des affaires; et prévoient le pouvoir discrétionnaire de décider dans certaines circonstances si la procédure de passation de marchés peut être suspendue. Les règlements en matière de passation des marchés et les règles ou orientations, telles que celles émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient préciser ces aspects des dispositions et réaliser un juste équilibre entre les intérêts des fournisseurs ou entrepreneurs et les besoins de l'entité adjudicatrice. Le pouvoir de suspendre la procédure de passation de marchés (qui s'ajoute à l'interdiction visée à l'article 65 et mentionnée ci-dessus) est primordiale à cet égard; les circonstances dans lesquelles une suspension peut ou non être indiquée sont examinées ci-après dans le **commentaire des articles 66 et 67**.

19. Un deuxième moyen de contribuer au règlement efficace des litiges et de ne pas trop perturber le processus de passation des marchés est

d'encourager la résolution prompte et ponctuelle des questions et des litiges et de permettre le traitement des contestations avant qu'il ne faille annuler certaines étapes de la procédure de passation de marché, en particulier l'entrée en vigueur du marché (ou, le cas échéant, la conclusion d'un accord-cadre). Plusieurs dispositions de la Loi type y concourent: premièrement, les procédures de demande de réexamen devant l'entité adjudicatrice, deuxièmement, les délais fixés pour le dépôt des demandes de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice et des demandes en révision auprès d'une instance indépendante, et troisièmement les délais fixés pour rendre une décision. Les États veilleront à bien aligner tous les délais qu'ils devront fixer, tant ceux du chapitre VIII que le délai d'attente visé à l'article 22-2.

20. Une autre disposition en ce sens est le délai d'attente (prévu à l'article 22-2). Le but de ce délai est d'imposer qu'il s'écoule une brève période entre l'identification de la soumission à retenir et l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre), de sorte que toute contestation concernant cette attribution puisse être traitée avant que le marché ne soit conclu et qu'il ne devienne compliqué et coûteux de régler le problème, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**.

21. Les règles et procédures prévues au chapitre VIII sont également censées être suffisamment souples pour pouvoir être adaptées à tout système juridique et administratif sans compromettre la teneur du mécanisme de contestation ni son efficacité. Par exemple, certains aspects importants de la procédure de contestation, tels que l'instance qui doit être saisie d'une demande ou d'un appel et les mesures qui peuvent être accordées, sont liés aux caractéristiques conceptuelles et structurelles fondamentales du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays; l'État adoptant donc devra adapter les dispositions du chapitre VIII à cet égard.

22. Les États adoptant l'option de la demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice sont invités à prendre des mesures pour bien faire connaître et comprendre les avantages de ce mécanisme et ses modalités de fonctionnement (comprenant des procédures formelles, comme il est expliqué dans le **commentaire sur l'article 66**), afin qu'il puisse être utilisé efficacement. À cet égard, il y a souvent confusion entre demande de réexamen et retour d'information. Le retour d'information vise à expliquer la décision de l'entité adjudicatrice au fournisseur ou entrepreneur concerné, de sorte que les motifs en soient clairs—et qu'il apparaisse clairement que les dispositions de la loi ont été respectées—ou qu'une erreur puisse être rectifiée. Il s'agit donc d'un mécanisme informel d'appui aux procédures de passation de marchés, encouragé par la CNUDCI si les circonstances s'y prêtent, mais non prévu expressément dans la Loi type (on trouvera plus haut, dans le **commentaire de l'article 22**, un examen plus approfondi du

retour d'information). Pour éviter cette confusion, il convient de souligner les principales différences entre ces deux procédures en termes d'objectifs, de déroulement et de résultats possibles. En outre, les États adoptants devraient contrôler et superviser la suite donnée aux demandes soumises, de manière à garantir que celles-ci sont traitées avec sérieux et que les avantages potentiels sont obtenus.

23. Il convient également de souligner dans les orientations destinées aux utilisateurs qu'il n'est plus possible de déposer une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice après l'entrée en vigueur du marché. La raison de cette restriction est qu'une fois le marché entré en vigueur, les mesures correctives que pourrait prendre l'entité adjudicatrice sont limitées: ses pouvoirs cessent à ce moment. Cette restriction de sa compétence aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du marché vise aussi à éviter de lui donner trop de pouvoirs, et tient compte du fait que la Loi type ne porte pas sur la phase d'administration des marchés. Après la période de formation du contrat, la contestation relève d'organes indépendants ou judiciaires, c'est-à-dire de l'instance indépendante ou du tribunal. Le respect des dispositions de l'article 22 sur la notification et le délai d'attente devrait contribuer à limiter le risque de litiges postérieurs à l'entrée en vigueur du marché.

24. Quant au système de révision par une instance indépendante visé à l'article 67, il devra refléter la tradition juridique de l'État adoptant. Certains systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant sur eux une autorité ou un contrôle hiérarchique. Dans les systèmes juridiques prévoyant ce type de révision, la question de savoir quelles instances doivent exercer cette fonction pour les actes de l'un ou l'autre organe ou entité dépend dans une large mesure de la structure de l'administration publique. Une instance de ce type ne serait pas indépendante au sens où l'exige la Loi type. La notion d'indépendance au sens du chapitre VIII signifie l'indépendance vis-à-vis de l'entité adjudicatrice et non des pouvoirs publics en général, et la protection contre les pressions politiques. Pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à l'examen administratif hiérarchique, un organe administratif qui, dans la Loi type adoptée par l'État, a compétence pour approuver certains actes, décisions ou procédures de l'entité adjudicatrice ou lui donner un avis sur des procédures, ne remplit pas la condition d'indépendance. Les États voudront donc déterminer en particulier si l'instance indépendante devrait comprendre des experts externes indépendants des pouvoirs publics ou être composée de tels experts. L'indépendance a également une importance pratique: si la prise de décision en révision n'est pas suffisamment indépendante, elle risque d'être contestée devant les tribunaux, ce qui provoquera une longue perturbation du processus de passation de marchés.

25. Les États adoptants sont donc encouragés à prévoir dans leurs systèmes nationaux le plus possible d'autonomie et d'indépendance pour l'instance indépendante vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, afin d'éviter toute influence politique et d'assurer la rigueur des décisions qu'elle prend. La nécessité d'un mécanisme indépendant est particulièrement cruciale dans les systèmes où on ne peut raisonnablement s'attendre que l'entité adjudicatrice réexamine toujours de manière impartiale et efficace ses propres actes et décisions.

26. L'État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de révision par une instance indépendante devra déterminer à quelle instance confier cette fonction, qu'il s'agisse d'une instance existante ou d'une nouvelle instance qu'il créera. 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 des 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.

27. Il conviendra également de fournir des indications sur les procédures de l'instance indépendante, comme il est expliqué plus en détail dans le **commentaire de l'article 67**. Une attention particulière devrait être accordée 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. Enfin, on voudra peut-être permettre à des représentants de la société civile ou à d'autres tiers d'observer les procédures de contestation. Si c'est le cas, à moins que d'autres lois ne le permettent déjà, les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devront prévoir un mécanisme en ce sens, conformément à la tradition juridique de l'État adoptant. Puisqu'il y a un risque de dispersion des informations, l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité visé à la section "**Appui institutionnel**", dans la première partie du présent *Guide*, jouera un rôle crucial en veillant à ce que les orientations renvoient les personnes intéressées vers les sources d'information appropriées. Ces questions sortent du champ d'application de la Loi type et du *Guide*.

28. Une question de fond qui se pose à propos des procédures de contestation en général est de savoir si la procédure de passation de marchés doit

être suspendue lorsqu'une contestation est formée. L'article 65 interdit l'entrée en vigueur du marché jusqu'à ce que la demande ait été traitée, mais la procédure de passation de marchés peut aussi devoir être suspendue si, sans suspension, un fournisseur ou entrepreneur présentant une demande de réexamen ou une demande en révision peut ne pas avoir le temps de demander et d'obtenir des mesures provisoires. La suspension de la procédure de passation de marchés est une notion plus large que l'interdiction visée à l'article 65: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure. La possibilité d'une suspension augmente également les chances que les demandes soient traitées à un niveau inférieur, sans intervention judiciaire, ce qui favorise un règlement des litiges plus économique et plus efficace. L'entité adjudicatrice saisie d'une demande de réexamen de la décision ou de l'acte qu'elle a pris et l'instance indépendante saisie d'une demande en révision doivent donc décider s'il y a lieu de suspendre la procédure de passation de marchés.

29. Pour ce qui est de la décision d'une entité adjudicatrice en cas de demande de réexamen, la CNUDCI a tenu compte du fait qu'une suspension automatique serait une solution laborieuse et rigide pouvant donner aux fournisseurs ou entrepreneurs l'occasion de présenter des demandes abusives qui retarderaient inutilement la procédure de passation de marchés et pourraient nuire gravement à celle-ci. Les fournisseurs ou entrepreneurs auraient alors la possibilité de faire pression sur l'entité adjudicatrice pour qu'elle prenne des mesures qui pourraient, quoique involontairement, favoriser indûment le fournisseur ou entrepreneur concerné. La suspension automatique pourrait avoir comme autre inconvénient d'entraîner une augmentation des mécanismes de contestation en général, ce qui aurait pour effet de perturber et de retarder le processus de passation des marchés.

30. L'article 66 donne donc à l'entité adjudicatrice le pouvoir de décider si la procédure de passation de marchés doit ou non être suspendue. Elle prend cette décision en tenant compte de la nature de la contestation et du moment où elle est présentée, ainsi que des faits et circonstances de la passation de marché. Par exemple, une contestation portant sur certaines conditions de la sollicitation et présentée au début de la procédure ne sera peut-être pas de nature à exiger une suspension, même si elle nécessite en fin de compte des mesures correctives mineures. Une demande portant sur d'autres conditions peut justifier une suspension, si des mesures correctives peuvent éviter de poursuivre sur une voie non conforme, de perdre du temps et probablement de l'argent; à l'inverse, une contestation de ces mêmes conditions quelques jours avant la date limite de présentation des soumissions nécessiterait des mesures très différentes et une suspension serait probablement indiquée. Il incombera au fournisseur ou entrepreneur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession

de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation de marchés et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu.

31. Cette façon de procéder laisse un important pouvoir discrétionnaire à l'entité adjudicatrice dont la décision est contestée. Les États adoptants se préoccupent peut-être de réduire les risques d'abus de ce pouvoir discrétionnaire. 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 marchés 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 une telle solution est préférée, une réglementation plus normative peut être envisagée.

32. Les dispositions concernant la suspension dans les demandes en révision auprès d'une instance indépendante sont plus directives en ce qu'il y a deux situations dans lesquelles la procédure de passation de marchés doit être suspendue (sauf si l'instance indépendante estime que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite du marché ou de l'accord-cadre, comme l'explique le **commentaire de l'article 67**). On considère que ces deux situations présentent un risque particulièrement grave pour l'intégrité du processus de passation de marché. La première est celle où la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions (auquel cas elle porte probablement sur les conditions de la passation de marché ou sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur lors de la procédure de préqualification ou de présélection). La seconde est celle où aucun délai d'attente n'a été appliqué et la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions (auquel cas la suspension peut empêcher une attribution potentiellement abusive). La raison d'être d'une suspension est la nécessité d'empêcher d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou l'entité adjudicatrice de continuer de suivre une voie non conforme, au risque de provoquer une perte de temps et probablement d'argent. Dans les autres situations, la suspension est discrétionnaire, comme plus haut dans le cas des demandes de réexamen.

33. Quelle que soit la solution retenue, il est primordial que les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité expliquent les considérations de politique générale pour assurer une bonne prise de décision concernant les suspensions.

34. En ce qui concerne la possibilité de saisir un tribunal, de nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un examen judiciaire des actes pris

par les organes administratifs et les entités publiques, soit en plus de la révision par une instance indépendante, décrite plus haut, soit au lieu de celle-ci. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois un examen administratif et un examen judiciaire, ce dernier n'est possible qu'après épuisement des autres voies de recours. Dans d'autres, les deux voies de recours sont possibles en tant qu'options. Certains des États concernés auront peut-être déjà établi des règles qui guideront sur ces questions les parties à une procédure de contestation. Si ce n'est pas le cas, ils voudront peut-être les établir et prévoir l'approche souhaitée au moyen de leur législation ou de leur réglementation, appuyées par d'autres règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité. La Loi type, qui ne régit pas les procédures judiciaires, ne traite pas de cette question de la succession des recours. En outre, il n'est pas recommandé d'engager des procédures parallèles.

35. La Loi type ne traite pas de questions de procédures judiciaires, notamment les recours disponibles, telles que l'octroi d'une réparation pour pertes anticipées (telles que manque à gagner) ou de mesures provisoires, notamment dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé. Cependant, la CNUDCI recommande que tous les recours possibles dans une procédure devant l'instance indépendante le soient aussi dans une procédure devant le tribunal.

36. Les contestations ne peuvent traiter de violations des règles et procédures qu'à l'initiative des fournisseurs ou entrepreneurs, aussi les autres mécanismes de contrôle décrits plus haut dans le **résumé** doivent-ils être en place pour traiter *a)* des violations lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur choisit de ne pas engager d'action et *b)* des questions systémiques. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent avoir de nombreuses raisons de ne pas engager d'action: si le marché est de faible valeur, les fournisseurs ou entrepreneurs importants peuvent considérer que les pertes ne justifient pas le coût d'une action; les petits fournisseurs ou entrepreneurs peuvent estimer ne pas avoir le temps ni l'argent nécessaires à un recours; et tous les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent hésiter à contester des décisions discrétionnaires en raison du risque élevé d'échec et par crainte qu'une contestation ne compromette leurs relations futures avec l'entité adjudicatrice.

B. Commentaire par article

Article 64. Droit de contestation et d'appel

1. L'article 64 établit le droit fondamental de contester un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice dans la passation de marché en cause et le

droit de faire appel d'une décision rendue dans une procédure de contestation. Il vise à satisfaire aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), qui exige elle-même un tel système à deux niveaux.

2. En vertu du paragraphe 1, le droit de contestation se fonde sur une déclaration d'un fournisseur ou entrepreneur selon laquelle il a subi une perte ou un dommage à cause du non-respect de la loi sur la passation des marchés. Ce droit n'est reconnu qu'aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, comme l'explique le **commentaire de l'article 2**, notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés ou présélectionnés) mais non au public en général. Les sous-traitants sont également exclus du champ d'application du droit de contestation prévu dans la Loi type. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice dans une procédure de passation de marchés précise et à éviter que le processus de passation de marchés ne soit perturbé à l'excès par des contestations fondées sur des questions de principe, des conjectures ou des violations mineures. Elles montrent également que le mécanisme de contestation n'est pas le seul mécanisme de contrôle en place.

3. L'article 64 ne traite pas non plus de la capacité d'un fournisseur ou entrepreneur à former une contestation, ni des conditions que le droit interne lui impose pour ce faire ou pour obtenir réparation. Ces questions et d'autres, comme celle de savoir si des organismes publics auraient le droit de former une contestation, doivent être résolues conformément aux règles juridiques pertinentes de l'État adoptant.

4. Le paragraphe 2 permet de saisir l'entité adjudicatrice ou l'instance indépendante conformément aux articles 66 et 67, respectivement, ou le tribunal. L'État adoptant doit préciser le nom de l'instance indépendante et du tribunal lorsqu'il transpose cette disposition dans son droit interne. Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient traiter de la nature de l'instance indépendante, et peuvent pour cela s'inspirer des questions examinées dans l'introduction du présent chapitre. Une contestation devant le tribunal—souvent appelée examen judiciaire—sera formée conformément aux règles de compétence et procédures pertinentes, compte tenu du fait que ces procédures relèvent du droit administratif général de l'État concerné. Il convient également de prévoir des références appropriées à ces procédures et aux sources d'information pertinentes dans les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité. Comme on l'a noté dans l'introduction du présent chapitre, les États adoptants sont invités à faire en

sorte que tous les pouvoirs conférés à l'instance indépendante par l'article 67 (examinés dans le **commentaire de cet article**) puissent être exercés par les tribunaux ayant compétence pour connaître des demandes concernant la passation de marchés.

5. Le paragraphe 3 permet d'interjeter appel des décisions rendues dans une procédure de contestation menée conformément aux articles 66 et 67, mais seulement devant le tribunal et suivant les procédures qui lui sont propres. Cette disposition est entre crochets parce qu'elle peut ne pas être nécessaire si un tel recours est déjà prévu par d'autres règles de droit. Les États adoptants voudront peut-être désigner expressément l'autorité compétente s'ils transposent cette disposition dans leur législation et l'appuyer par des orientations pour que tous les participants à une procédure de passation de marchés soient pleinement informés du mécanisme d'appel. Si ce mécanisme est prévu dans d'autres règles de droit, l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devra veiller à ce que les orientations le concernant soient à la disposition des utilisateurs du système de passation des marchés.

6. L'État adoptant peut s'il le souhaite ajouter dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés des dispositions sur les étapes successives des voies de recours. À cet égard, il voudra peut-être garder à l'esprit ses obligations internationales, notamment celles qui découlent de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8, dans la première partie** du présent *Guide*) et de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce, qui peuvent leur imposer de garantir un recours efficace devant une instance indépendante et la possibilité de soumettre à un examen judiciaire les décisions de tout organe de recours autre qu'un tribunal.

7. La succession des demandes peut varier selon les traditions juridiques des États adoptants, comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre. Certains États, plus souples, n'exigent pas que le fournisseur ou entrepreneur épuise les possibilités de contestation devant l'entité adjudicatrice avant de saisir l'instance indépendante ou le tribunal. Ils peuvent également permettre au fournisseur ou 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 a 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 d'épuiser toutes les voies de recours ou certaines d'entre elles avant de saisir le tribunal. L'État adoptant peut 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. Il peut aussi permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur lésé de sauter l'étape de l'entité adjudicatrice, et/ou exiger d'eux qu'ils épuisent toutes les procédures disponibles auprès de l'instance indépendante avant de saisir le tribunal.

8. Comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre, les États adoptants devraient s'assurer que les dispositions de l'article 64 sont conformes à leur structure juridique et administrative et compléter ce cadre par des orientations détaillées sur son fonctionnement.

Article 65. Effet d'une contestation

1. L'article 65 interdit l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel est pendant. Il est ainsi impossible d'anéantir la contestation ou l'appel en présentant une attribution comme un fait accompli. L'expression "ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur [du marché ou de l'accord-cadre]" est délibérément générale, pour ne pas laisser entendre qu'elle ne vise que la signature du marché ou de l'accord ou l'expédition de l'avis d'acceptation visé à l'article 22.

2. Il est donc interdit à l'entité adjudicatrice de prendre toute mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre) lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen ou lorsqu'une contestation ou un appel lui est notifié par l'instance indépendante ou le tribunal. Cette interdiction, qui prend effet lorsque la notification est reçue dans les délais prescrits, continue pendant une brève période après qu'une décision sur la contestation ou l'appel a été prise et communiquée aux parties à la procédure de contestation, comme le prévoit le paragraphe 2, pour permettre à toute partie non satisfaite d'interjeter appel devant l'instance suivante. Les États adoptants doivent déterminer cette durée selon leur situation—la Loi type ne prescrit ni minimum ni maximum. À cet égard, ils voudront faire en sorte que cette période soit aussi brève que le permet leur système pour éviter que le processus de passation des marchés ne soit trop perturbé. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité veillera à ce que cette période et les autres périodes fixées par rapport à la date limite de présentation des soumissions et au délai d'attente visé à l'article 22 soient clairement connues et comprises.

3. Les "participants à la procédure de contestation" mentionnés au paragraphe 2 désignent uniquement l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont engagé la procédure (et, le cas échéant, toute autorité publique dont les intérêts sont touchés par la demande ou pourraient

l'être, notamment une autorité de tutelle), comme il est expliqué ci-après dans le **commentaire de l'article 68**. Il s'agit généralement d'un groupe plus restreint que celui des participants à la procédure de passation de marchés 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.

4. L'interdiction n'est pas absolue: des considérations urgentes d'intérêt général peuvent amener à conclure qu'il serait préférable de permettre que la procédure de passation de marchés se poursuive et que le marché ou l'accord-cadre entre en vigueur même si une contestation est pendante. Une instance indépendante peut donc ordonner à l'entité adjudicatrice de prendre des mesures entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Une option prévue au paragraphe 3 *b* permet aux États adoptants de préciser qu'une instance indépendante peut trancher la question sans qu'une entité adjudicatrice le lui ait demandé. Cette option peut convenir dans des systèmes fonctionnant sur un modèle inquisitoire plutôt qu'accusatoire mais peut-être moins dans d'autres États. En élaborant les règles de procédure et les orientations pour le fonctionnement de l'instance indépendante, les États voudront aussi veiller à établir des règles et procédures claires concernant les éléments et preuves qu'une entité adjudicatrice devra produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général lorsqu'elle fait une telle demande, et la manière dont cette demande doit être formée (notamment si l'entité adjudicatrice doit l'introduire *ex parte* ou *inter partes*).

5. Il convient de trouver un juste équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges concernant la passation de marchés et de disposer d'un mécanisme de contestation efficace, et la prise en compte de considérations urgentes d'intérêt général. Cet équilibre est particulièrement important dans les États adoptants dont le système judiciaire ne permet pas d'ordonner des mesures provisoires ni de conduire des procédures simplifiées. Le paragraphe 3 *b* vise à assurer que toute décision d'autoriser la conclusion du marché ou de l'accord-cadre dans de telles circonstances puisse elle-même être contestée (en application des droits généraux conférés par l'article 64). Par ailleurs, l'entité adjudicatrice devra aussi pouvoir demander au tribunal compétent l'autorisation de conclure le marché ou l'accord-cadre en raison de considérations urgentes d'intérêt général si l'instance indépendante en a interdit l'entrée en vigueur.

6. À cet égard, le paragraphe 3 *b* pose une exigence importante, en prévoyant que la décision de l'instance indépendante est promptement notifiée à tous les participants concernés, y compris l'entité adjudicatrice. Il s'agit dans ce contexte non seulement des participants à la procédure de

contestation, comme au paragraphe 2 (voir ci-dessus, par. 3), mais aussi de l'ensemble des participants à la procédure de passation de marché, puisque la décision touchera les intérêts de tous. La disposition exige de communiquer la décision et ses motifs, ce qui est essentiel pour permettre toute action ultérieure (telle qu'un appel de la décision). De par la nature de la demande visée au paragraphe 3, il peut s'avérer nécessaire de protéger des informations confidentielles, dont la divulgation sera limitée en vertu de l'article 69. Cela n'exonère toutefois pas l'instance indépendante de l'obligation de communiquer sa décision dûment motivée à tous les intéressés (énumérés dans la disposition). Toute information confidentielle devra être exclue dans la mesure et de la manière prévues par la loi.

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

1. L'article 66 dispose qu'un fournisseur ou entrepreneur souhaitant contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice peut en premier lieu demander à celle-ci de réexaminer la décision ou l'acte en question. Cette demande est optionnelle car son efficacité dépendra de la nature de la contestation et de la volonté de l'entité adjudicatrice de réexaminer les mesures qu'elle a prises dans le processus de passation de marché. Les États adoptants jugeront peut-être souhaitable de favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l'utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article; ils pourraient ainsi en outre renforcer l'efficacité et améliorer la relation à long terme entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Il convient de distinguer la procédure visée dans cet article de la procédure de retour d'information décrite dans le **commentaire de l'article 22**, comme il est noté dans l'introduction du présent chapitre. La demande de réexamen est une procédure formelle et il importe à cet égard d'en délimiter clairement dès le début le champ d'application et les questions qu'elle soulève (pour permettre un examen efficace et éviter que d'autres questions ne soient soulevées pendant la procédure). La demande doit donc être écrite. Il n'y a dans la Loi type aucune règle concernant les preuves à produire: le demandeur voudra présenter ses meilleurs arguments pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie, mais la manière de procéder variera d'un cas à l'autre. Comme il est noté plus haut, des règlements et règles de procédure devraient traiter de la collecte de preuves si nécessaire. Une approche générale permettant de soumettre des preuves après l'introduction de la demande ira peut-être à l'encontre du but recherché, qui est d'enjoindre à l'entité adjudicatrice de se prononcer rapidement sur la demande (comme le prévoit le paragraphe 3). Ces règles et règlements devraient donc encourager les demandeurs à soumettre rapidement toutes les preuves dont ils disposent.

3. Les deux délais prévus au paragraphe 2 visent de manière générale à assurer que les doléances soient déposées promptement pour ne pas retarder ni perturber inutilement la procédure de passation de marchés et éviter de devoir annuler des actes ou des décisions ultérieurement. Cet article envisage essentiellement deux types de contestations: premièrement, celles portant sur les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection et sur les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de préqualification ou de présélection, qui doivent être formées avant la date limite de présentation des soumissions. Dans ce contexte, l'expression "conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection" englobe toutes les questions que pose la procédure de passation de marchés avant la date limite de présentation des soumissions, telles que le choix d'une méthode de passation de marchés ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre sollicitation ouverte et sollicitation directe, et la limitation de la participation à la procédure de passation de marchés prévue à l'article 8. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif visé à l'article 15. La formule "avant la date limite de présentation des soumissions" se veut très générale pour permettre aux États adoptants de fixer dans les règlements applicables un délai court et précis avant cette date (il peut être nécessaire de prévoir différents délais pour différentes méthodes de passation de marchés: le délai convenant à des enchères électroniques inversées sera normalement plus bref que celui de méthodes avec dialogue ou négociations). Cette approche vise à empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) ne soient présentées juste avant la date limite de présentation des soumissions. Les États adoptants peuvent également fixer des délais fondés sur la connaissance de tel ou tel fait pour les procédures de passation de marchés très longues (dans le cadre de l'obligation générale de former une contestation avant la date limite de présentation des soumissions) afin que les contestations concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection et les décisions prises par l'entité adjudicatrice dans la procédure de préqualification ou de présélection soient présentées aussi tôt que possible.

4. Le deuxième type de contestation sera probablement lié d'une manière ou d'une autre à l'attribution ou à la proposition d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre), le principal objectif étant de traiter la contestation avant que l'exécution du marché (ou la mise en œuvre de l'accord-cadre) ne vienne compliquer davantage les choses. Les problèmes découlent généralement de l'examen et de l'évaluation des soumissions, étape du processus de passation de marchés qui peut aussi comprendre l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs (mais non une préqualification). La date limite de présentation de ces contestations est la fin du délai d'attente, le cas échéant,

ou l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). Dans le texte, il est fait référence à l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre) plutôt qu'à l'expédition de l'avis d'acceptation, pour tenir compte des cas où l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre est subordonnée à la signature d'un contrat écrit ou à l'approbation d'une autre autorité (possibilités envisagées à l'article 22 et dans les articles de la Loi type qui décrivent la teneur du dossier de sollicitation).

5. Les dispositions ne traitent pas de la compétence de l'entité adjudicatrice pour examiner une contestation de la décision d'abandonner la passation de marché. Bien qu'une telle décision ne diffère pas en principe des autres décisions prises dans le processus de passation des marchés, la Loi type part du principe qu'au vu des questions en jeu il vaut mieux en soumettre l'examen à l'instance indépendante, si l'État adoptant lui a donné compétence pour connaître des contestations portant sur l'abandon d'une passation de marché, ou seulement au tribunal. Voir également au **commentaire de l'article 67** les considérations qui aideront l'État adoptant à décider s'il convient de conférer une telle compétence à l'instance indépendante.

6. Si une demande est présentée hors délai, l'entité adjudicatrice n'est pas compétente et devrait la rejeter conformément au paragraphe 3 *a* de l'article. Il ressort de ces dispositions que si un délai d'attente a été appliqué et si l'approbation d'une autre autorité est exigée pour l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre), une contestation introduite après l'expiration du délai mais avant l'approbation sera hors délai.

7. Lus ensemble, les articles 66 et 65 signifient qu'une fois la demande de réexamen présentée, aucun marché ne peut être attribué (ni aucun accord-cadre conclu), sauf si l'entité adjudicatrice demande une dérogation à l'interdiction de l'article 65 au motif de considérations urgentes d'intérêt général et si l'instance indépendante ou le tribunal la lui accorde en application de l'article 65-3.

8. Le paragraphe 3 impose à l'entité adjudicatrice de prendre plusieurs mesures. En premier lieu, dès qu'elle est saisie d'une demande, elle doit publier un avis concernant celle-ci. Aucun délai n'est fixé: il dépendra des modalités de publication. Par exemple, dans une procédure en ligne, le lieu de publication qui conviendra le mieux sera le site Web où a été publié l'avis initial de passation de marché. Le but est que toutes les personnes intéressées, notamment les participants à la procédure de passation de marchés (dont l'entité adjudicatrice peut connaître les coordonnées ou non) soient informées de la présentation de la demande.

9. Outre cette obligation de publication, l'entité adjudicatrice doit, dans les trois jours ouvrables à compter de la réception de la demande, informer

tous les participants à la procédure de passation de marchés qui lui sont connus (c'est-à-dire ceux dont les coordonnées lui ont été communiquées) de l'introduction de la demande et de l'essentiel de son contenu. Puisqu'elle ne communique que l'essentiel du contenu de la demande, l'entité adjudicatrice n'a pas besoin d'en caviarder le texte pour éviter de communiquer des informations qui pourraient être confidentielles.

10. Les dispositions sur la publication et la notification visent à informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une demande a été présentée concernant la procédure de passation de marchés à laquelle ils ont participé, participent ou sont intéressés à participer, et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils peuvent, par exemple, intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article 68, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**.

11. Dans le même délai—trois jours ouvrables à compter de la réception de la demande de réexamen, l'entité adjudicatrice doit prendre d'autres mesures équivalant à un examen initial de la demande. Elle doit d'abord décider si elle connaîtra de la demande. Le paragraphe 3 *a* décrit les cas où elle peut décider de ne pas le faire. Elle se posera notamment la question de savoir si la demande a été présentée dans les délais fixés; si le demandeur a qualité pour agir (comme il est noté dans le **commentaire de l'article 64**, les sous-traitants et les membres du public, contrairement aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, n'ont pas qualité pour agir); si la demande se fonde sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la loi et des règlements applicables; ou si elle est infondée ou abusive. Ces questions peuvent être particulièrement pertinentes dans les systèmes où les mécanismes de contestation sont récents et où les fournisseurs ou entrepreneurs ne connaissent peut-être pas bien l'étendue de leurs droits de contestation. Il importe de permettre un rejet rapide de la demande afin de perturber le moins possible le processus de passation de marchés et de réduire au maximum les coûts pour tous les intéressés.

12. Une décision de rejet peut être contestée en vertu de l'article 64 car, comme il est noté au paragraphe 3 *a* de l'article 66, ce rejet vaut décision concernant la demande. Cette disposition permet également de mettre fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai indiqué à l'article 65, à moins que la décision de rejet ne fasse à son tour l'objet d'une contestation ou d'un appel. Pour permettre l'introduction en temps voulu d'une nouvelle contestation ou d'un appel, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice notifie au demandeur sa décision de rejet et les raisons de celle-ci dans les trois jours à compter de la réception de la demande (voir paragraphe 3 *c* de l'article).

13. Si l'entité adjudicatrice décide de connaître de la demande, elle doit déterminer s'il faut suspendre la passation de marché et, dans l'affirmative, pour combien de temps. 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 marchés peut aussi s'avérer nécessaire. La suspension de la procédure de passation de marchés est une notion plus large que l'interdiction visée à l'article 65: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure. Elle vise à préserver les intérêts du demandeur dans l'attente de l'issue de la procédure. La manière d'envisager la suspension—permettre l'entité adjudicatrice de trancher—vise à trouver le juste équilibre entre le droit du fournisseur ou entrepreneur de voir sa contestation examinée et la nécessité pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché (ou un accord-cadre) de manière économique et efficace, sans que le processus de passation du marché ne soit indûment perturbé ni retardé. L'entité adjudicatrice décide de suspendre ou non la passation de marché en tenant compte de la nature de la contestation, du moment où elle est présentée et des faits et circonstances de la passation de marché. Il incombera au fournisseur ou entrepreneur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation de marchés et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu. À propos des questions de politique générale touchant les décisions de suspension, on trouvera dans l'introduction du présent chapitre des exemples pouvant aider à déterminer si une suspension se justifie et un examen des orientations que devrait formuler à cet égard l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité.

14. Le délai de trois jours ouvrables pour décider d'une suspension, déterminer la longueur de celle-ci et notifier la décision au demandeur et à tous les participants au processus de passation de marchés est censé garantir une décision rapide sur une éventuelle suspension. Si l'entité adjudicatrice décide de suspendre la procédure, elle n'a pas besoin de motiver sa décision: il serait surprenant que le demandeur veuille la contester. Le paragraphe 3 c ii impose à l'entité adjudicatrice d'informer le demandeur des raisons de toute décision de ne pas suspendre la passation de marché. Le paragraphe 8 de l'article lui impose en outre de verser au procès-verbal toutes les décisions concernant une suspension et les raisons qui les motivent. Ces mesures de transparence constituent des garanties contre d'éventuelles non-suspensions abusives, elles visent aussi à assurer que la décision de l'entité adjudicatrice pourra elle-même être contestée et examinée de plus près (par exemple, par les tribunaux).

15. Si l'entité adjudicatrice décide de ne pas accorder de suspension, le demandeur peut estimer que cette décision laisse augurer d'une décision

défavorable concernant sa demande et que mieux vaudrait mettre fin à l'action formée devant l'entité adjudicatrice et engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal (plutôt que de faire appel de la décision de ne pas accorder de suspension). Le paragraphe 4 lui confère ce droit. Une entité adjudicatrice peut estimer que cette possibilité ne l'encourage pas à traiter les demandes avec le sérieux que le système est censé apporter, mais l'éventualité d'une contestation ultérieure devant une autre instance ou de l'intervention d'un autre organisme de contrôle, conséquences probables, devrait lui faire comprendre qu'une telle attitude serait peu avisée. Le paragraphe 4 dispose en outre que si l'entité adjudicatrice ne respecte pas l'obligation de notification dans les trois jours, le demandeur peut engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal, mesure destinée également à décourager toute manœuvre dilatoire de la part de l'entité adjudicatrice. Si une procédure est engagée devant une instance indépendante ou un tribunal, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande. Il se peut, néanmoins, qu'elle puisse continuer à prendre des mesures correctives dans la procédure de passation de marché, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre d'une décision de l'instance indépendante ni d'autres dispositions du droit national. Si une demande devant une instance indépendante ou un tribunal est d'une portée limitée, ses incidences précises sur la demande formée antérieurement devant l'entité adjudicatrice relèveront du droit national.

16. Les paragraphes 5 à 7 régissent les mesures que prend l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la demande dont elle connaît. Le paragraphe 5 lui confère une grande latitude pour se prononcer sur la demande. Elle peut prendre les mesures correctives suivantes: rectifier la procédure de passation de marchés pour la rendre conforme à la législation sur la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre règle applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission donnée et qu'il est établi qu'une autre soumission aurait dû être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou entrepreneur initialement choisi et accepter cette autre soumission; ou abandonner la procédure de passation de marchés et en engager une nouvelle.

17. La décision de l'entité adjudicatrice sur une demande qu'elle examine doit être communiquée au demandeur et à tous les participants à la procédure de contestation et à la procédure de passation de marché, comme l'exige le paragraphe 6. L'État adoptant est invité à préciser le nombre de jours ouvrables dans lesquels la décision doit être rendue. Ce délai devrait concilier la nécessité d'un examen approfondi des questions soulevées et celle d'un règlement rapide de la demande de réexamen, pour permettre la poursuite de la procédure de passation de marché.

18. Si la demande ne peut être traitée rapidement, un recours devant une instance indépendante ou un recours judiciaire peut être préférable. À cette fin, si la décision n'est pas rendue en temps voulu ou ne satisfait pas le demandeur, le paragraphe 7 l'autorise à engager une procédure de révision en vertu de l'article 67 ou une procédure devant le tribunal, selon le cas.

19. Le paragraphe 8 prévoit des mécanismes de transparence supplémentaires. Toutes les décisions de l'entité adjudicatrice doivent être écrites et mentionner la ou les mesures prises et les raisons qui les motivent, tant pour améliorer la compréhension et contribuer ainsi à prévenir de nouveaux litiges que pour faciliter toute autre contestation ou tout appel. Même si dans certains systèmes le silence de l'entité adjudicatrice face à une demande peut être considéré comme un rejet de celle-ci, les dispositions exigent une décision écrite à titre de bonne pratique. La demande et toutes les décisions doivent également être versées au procès-verbal. Il découle de cette disposition que ces documents (sous réserve des restrictions en matière de confidentialité visées à l'article 25) seront mis à la disposition du public conformément aux dispositions de l'article 25.

20. Si l'État adoptant prévoit que certains actes de l'entité adjudicatrice doivent être soumis à la décision d'une autorité de tutelle, comme il est noté dans la section "Appui institutionnel", dans la première partie du présent *Guide*, et dans le commentaire des articles 22-7, 30-2 et 30-5 *e*, il devra veiller à inclure à l'article 66 une disposition appropriée permettant à cette autorité de recevoir une demande de réexamen et toutes les informations concernant la procédure de contestation.

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

1. L'article 67 régit les procédures de révision devant une instance indépendante. Le système prévu dans la Loi type se fonde sur le principe que l'instance indépendante se verra conférer l'ensemble des pouvoirs énoncés dans cet article, sous réserve de pouvoir prendre des mesures une fois le marché entré en vigueur, comme il est expliqué ci-après. Ces pouvoirs doivent former un tout aux fins de l'efficacité du système.

2. Les États peuvent choisir d'omettre cet article et de ne prévoir qu'un recours judiciaire en plus de la demande de réexamen visée à l'article 66, à condition de prévoir un système de recours judiciaire efficace comportant un système d'appel efficace afin de garantir l'exercice des voies de droit conformément aux exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*). Les États où une révision indépendante est déjà assurée efficacement par le système

judiciaire n'auront probablement guère avantage à introduire une voie de droit supplémentaire; la saisine de l'entité adjudicatrice peut néanmoins constituer un mécanisme utile contribuant au règlement rapide de litiges.

3. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à conférer une large compétence à l'instance indépendante. Comme il a été noté plus haut dans le **commentaire de l'article 64**, le fournisseur ou entrepreneur lésé peut demander directement à l'instance indépendante de réviser des décisions et actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marchés (sans passer par la procédure de demande de réexamen par l'entité adjudicatrice visée à l'article 66). En outre, si un fournisseur ou entrepreneur n'est pas satisfait d'une décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 66 ou si celle-ci ne rend pas de décision comme l'exige cet article, il peut engager une nouvelle procédure devant l'instance indépendante. Ce paragraphe est donc une des dispositions essentielles destinées à donner effet à la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir par. 8 de la première partie du présent *Guide*) qui exige un système de recours efficace.

4. Le paragraphe 2 fixe les délais de présentation des demandes en révision. Le paragraphe 2 *a* traite des demandes en révision des conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection et des décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice lors de la procédure de préqualification ou de présélection. Il prévoit le même délai que celui qui s'applique à la demande de réexamen par l'entité adjudicatrice dans le même contexte. Voir également ci-dessus le **commentaire de l'article 66**.

5. Le paragraphe 2 *b* i prévoit que les demandes en révision des autres décisions ou actes que l'entité adjudicatrice a pris dans la procédure de passation de marchés doivent être présentées avant la fin du délai d'attente prescrit à l'article 22-2, si un tel délai s'applique. Le paragraphe 2 *b* ii dispose que si aucun délai d'attente ne s'applique (parce que l'entité adjudicatrice a été autorisée à ne pas en appliquer, en vertu des dispositions de l'article 22-3, ou qu'elle n'a pas respecté les exigences en la matière), la demande doit être présentée dans un nombre précis de jours ouvrables à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances qui motivent sa demande. Pour éviter que des demandes en révision puissent être formées indéfiniment dans de telles circonstances, les dispositions fixent également un délai maximum absolu sous la forme d'un nombre déterminé de jours après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). Un tel délai définitif est nécessaire afin de concilier le droit des fournisseurs ou entrepreneurs de faire respecter l'intégrité du processus et la nécessité que le marché se poursuive sans perturbation. Le délai maximum absolu peut être exprimé en semaines

ou en mois plutôt qu'en jours ouvrables si cette solution convient mieux. Les États adoptants sont invités à fixer ces deux délais en tenant compte de leurs besoins.

6. En ce qui concerne le premier délai visé au paragraphe 2 *b* ii, l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*) prévoit un minimum de 10 jours. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de cette disposition lorsqu'ils fixeront le délai convenant à leur législation interne. Pour ce qui est du second délai visé au paragraphe 2 *b* ii, l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, à publier en vertu de l'article 23, attirera probablement l'attention du demandeur sur les circonstances en question dans de nombreux cas, mais pas nécessairement dans tous. Par exemple, les raisons qui motivent la non-application d'un délai d'attente peuvent aussi justifier une exception à l'obligation de publier l'avis d'attribution, notamment si la confidentialité est invoquée pour protéger des intérêts nationaux essentiels de l'État. Il a donc été décidé de ne pas prendre la publication de l'avis d'attribution du marché comme point de départ pour calculer le délai maximum, puisque l'avis ne sera pas publié dans tous les cas, mais de se référer à l'entrée en vigueur du marché.

7. Le paragraphe 2 *b* ii ne donne pas expressément compétence à l'instance indépendante pour examiner les contestations découlant d'un abandon de la passation de marché mais c'est une possibilité que les États adoptants peuvent envisager (l'autre étant de donner compétence exclusive au tribunal). Comme le paragraphe 2 *c* de l'article 67, il prévoit la possibilité pour l'État adoptant de permettre à l'instance indépendante d'examiner les contestations découlant d'un abandon de la passation de marché. Dans certains pays, les contestations de ce type ne peuvent être formées que devant un tribunal parce qu'il est très probable qu'elles soulèvent des questions d'intérêt public. Si l'État adoptant confère à l'instance indépendante le pouvoir d'examiner des contestations découlant d'un abandon de la passation de marché, le passage entre crochets concernant la décision d'abandonner la passation de marché doit être conservé aux paragraphes 2 *b* ii et 2 *c*.

8. Le paragraphe 2 *c* prévoit qu'un fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'instance indépendante de connaître d'une demande après la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article 22-2, au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Les États adoptants devront fixer le délai absolu de présentation de ces demandes tardives en tenant compte du délai définitif à fixer au paragraphe 2 *b* ii. Il appartient à l'instance indépendante de déterminer s'il existe effectivement des considérations importantes d'intérêt général justifiant de connaître de ces demandes. En ce qui concerne le type de questions qui devraient

permettre de connaître des demandes après la fin du délai d'attente, les États adoptants peuvent noter que la plus courante est la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption. L'État adoptant voudra prévoir des règles ou des orientations sur ces points. L'élément discrétionnaire de cette disposition permet à l'instance indépendante de rejeter la demande même s'il est établi qu'elle fait intervenir d'importantes considérations d'intérêt général; en outre, il ne l'empêche pas d'examiner des demandes tardives en l'absence de considérations importantes d'intérêt général. Ces demandes peuvent également être soumises directement aux tribunaux dans le délai de prescription normal en vigueur dans l'État concerné. Cette disposition est particulièrement importante dans les situations où les garanties normales de transparence prévues dans la Loi type ne s'appliquent pas.

9. Le paragraphe 2 *d* fixe le délai de présentation des demandes en révision motivées par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 66. Il appartient à nouveau aux États adoptants de fixer ce délai en précisant le nombre de jours ouvrables à compter du moment où la décision aurait dû être communiquée au demandeur comme l'exige l'article 66.

10. Les paragraphes 3 et 4 traitent des questions de suspension. Pour résumer, les dispositions sur la suspension complètent l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre tant qu'une contestation reste non résolue (voir le **commentaire de l'article 65**). Étant donné que dans certains États l'instance indépendante peut avoir des pouvoirs limités en ce qui concerne les marchés ou les accords-cadres entrés en vigueur, ces deux paragraphes (et les paragraphes suivants de cet article) contiennent un passage entre crochets concernant les marchés ou accords-cadres entrés en vigueur, que l'État adoptant peut choisir d'incorporer dans son droit national. Ce passage entre crochets sera nécessaire si l'instance indépendante a compétence pour examiner des contestations après l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. On trouvera dans le commentaire du paragraphe 9 de cet article un examen des questions que pose la décision de conférer ou non une telle compétence.

11. Le paragraphe 3 délimite le pouvoir discrétionnaire général à accorder à l'instance indépendante pour ordonner la suspension de la procédure de passation de marché. Ce pouvoir discrétionnaire est soumis à l'obligation de suspendre la procédure dans certaines circonstances visées au paragraphe 4. Dans tous les autres cas où la suspension est obligatoire non visés au paragraphe 4, l'instance indépendante peut ordonner la suspension aussi longtemps qu'elle le juge nécessaire pour protéger les intérêts du demandeur; elle peut aussi lever ou prolonger toute suspension ainsi accordée et exercer ces pouvoirs à tout moment de la procédure de contestation dont elle est saisie.

12. Le paragraphe 4 prévoit deux situations où la procédure de passation de marchés doit être suspendue en règle générale. On considère que ces situations présentent des risques particulièrement graves pour l'intégrité du processus de passation de marché.

13. Le paragraphe 4 *a* dispose qu'une suspension d'une durée de 10 jours ouvrables doit être ordonnée si la demande est reçue avant la date limite de présentation des soumissions. Cette disposition vise dans une large mesure à permettre l'examen de telles contestations avant que toutes les soumissions ne soient reçues, lorsqu'il est plus facile de prendre des mesures correctives. Dans ces circonstances, l'instance indépendante voudra peut-être prendre des mesures telles que la prorogation de la date limite de présentation des soumissions et d'autres mesures correctives concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection.

14. Le paragraphe 4 *b* porte sur les situations où aucun délai d'attente n'a été appliqué et où la contestation est reçue après la date limite de présentation des soumissions. Aucune durée fixe n'est prévue dans le texte parce que différentes durées peuvent convenir selon les circonstances. La contestation pouvant être reçue après l'entrée en vigueur du marché, le pouvoir de suspendre l'exécution d'un marché ou l'application d'un accord-cadre, selon le cas, est prévu en tant qu'option.

15. Dans chacun des cas visés aux paragraphes 3 et 4, la suspension est présumée mais non automatique, en ce que l'instance indépendante peut décider que des considérations urgentes d'intérêt général justifient la poursuite de la procédure de passation de marché. Il s'agit du même critère que celui qui s'applique à l'article 65-3 (en vertu duquel l'entité adjudicatrice peut demander la levée de l'interdiction de conclure le marché ou l'accord-cadre). Les États adoptants devraient veiller à prévoir des orientations appropriées concernant les considérations d'intérêt général pouvant justifier une décision de ne pas suspendre la procédure. À titre d'exemple, il peut s'agir de catastrophes naturelles, d'urgences et de situations où l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées pourraient subir un préjudice disproportionné. Le règlement intérieur de l'instance indépendante peut l'autoriser à se renseigner auprès de l'entité adjudicatrice si elle doit se prononcer sur une suspension avant d'avoir pu examiner le dossier de la procédure de passation de marché, notamment le procès-verbal intégral, auquel l'entité adjudicatrice doit lui donner accès effectif conformément au paragraphe 8 de cet article (voir ci-après).

16. En tout état de cause, l'instance indépendante devrait garder à l'esprit qu'une suspension pourrait en définitive s'avérer moins néfaste au processus de passation de marchés parce qu'elle peut éviter de devoir annuler des

mesures prises au cours de ce processus si une décision de l'entité adjudicatrice est infirmée ou corrigée. Il convient en outre d'inciter dans la mesure appropriée les fournisseurs ou entrepreneurs à former des contestations, pour lesquelles la possibilité d'une suspension est une considération importante.

17. Afin d'atténuer l'effet potentiellement perturbateur d'une demande en révision, les paragraphes 5 et 6 visent ensemble à obliger l'instance indépendante à procéder à un examen initial de la demande, semblable à celui prévu au paragraphe 3 de l'article 66 (voir le **commentaire de cet article**). Cet examen initial vise à permettre à l'instance indépendante d'évaluer rapidement la demande pour déterminer a priori si elle devrait connaître de celle-ci.

18. Le paragraphe 5 impose à l'instance indépendante d'informer rapidement de la demande en révision et de l'essentiel de son contenu l'entité adjudicatrice et tous les participants à la procédure de passation de marchés dont elle connaît l'identité. Elle n'est pas tenue d'aviser d'autres entités dont les intérêts pourraient être touchés par la demande (notamment d'autres entités publiques) mais bien de publier un avis la concernant de sorte que ces entités puissent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts le cas échéant. Il peut s'agir d'intervenir dans la procédure de contestation en vertu de l'article 68, de demander la levée d'une suspension ou de prendre d'autres mesures pouvant être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables.

19. L'instance indépendante doit également se prononcer sur la suspension et notifier sa décision à toutes les personnes concernées (en indiquant, le cas échéant, la durée de la suspension). Si elle décide de ne pas suspendre la passation de marché, elle doit en outre communiquer les raisons de sa décision au demandeur (de manière à faciliter tout appel de cette décision) et à l'entité adjudicatrice.

20. Le pouvoir de rejeter la demande en révision prévu au paragraphe 6 équivaut à celui que l'article 66 confère à l'entité adjudicatrice, comme l'explique le commentaire de cet article. Les mêmes exigences de transparence qu'à l'article 66 s'appliquent également pour ce qui est de la notification de la décision et les raisons de celle-ci.

21. Le paragraphe 7 dispose que les mesures prises en application des paragraphes 5 et 6 doivent être notifiées dans un délai de trois jours ouvrables après réception de la demande en révision, comme dans le cas des demandes de réexamen par l'entité adjudicatrice. L'effet de ces notifications variera en fonction des décisions notifiées mais il convient de noter que l'instance indépendante peut exiger que l'entité adjudicatrice suspende la procédure de passation de marché.

22. Le paragraphe 8 impose à l'entité adjudicatrice de donner à l'instance indépendante un accès effectif à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marchés dès qu'elle reçoit notification de la demande, sous réserve des règles de confidentialité prévues aux articles 24 et 25 et en particulier des restrictions à la communication de certaines informations, que peuvent cependant lever les autorités compétentes désignées par les États adoptants dans ces dispositions. Les États adoptants voudront peut-être prévoir des règles ou des orientations pour éviter que les procédures de passation de marchés et de révision ne soient trop perturbées, en prévoyant des moyens sûrs et efficaces de transmettre ces documents. L'utilisation d'outils informatiques (examinés à la section intitulée "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**" dans la première partie du présent *Guide*) peut faciliter cette tâche. Ces orientations devraient porter sur les modalités concrètes d'accès aux documents (par exemple, accès physique ou virtuel) et prévoir la possibilité de fournir ces documents par phases (par exemple, une liste de tous les documents pourrait d'abord être communiquée à l'instance indépendante, de sorte qu'elle puisse déterminer quels documents sont pertinents pour la demande dont elle connaît).

23. Le paragraphe 9 énumère les mesures que l'instance indépendante peut prendre concernant une demande en révision, tenant compte du fait que des différences existent entre les systèmes juridiques nationaux en ce qui concerne la nature des mesures que les instances de recours quasi judiciaires sont habilitées à ordonner. Lorsqu'ils incorporent la Loi type, les États sont invités à adopter l'ensemble des mesures qu'une instance indépendante procédant à une telle révision peut être autorisée à prendre dans leur système juridique, de sorte à assurer un système de recours efficace comme l'exige la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*). Les dispositions visent à assurer qu'une décision appropriée est prise concernant la demande (notamment, si les circonstances l'exigent, le rejeter de celle-ci). Dans ce contexte, toute suspension en vigueur lors de la décision concernant la demande doit également être levée ou prorogée si l'instance indépendante le juge nécessaire.

24. Certaines dispositions de ce paragraphe apparaissent entre crochets, ce qui indique qu'elles sont facultatives et qu'elles peuvent être modifiées en fonction des circonstances de l'État adoptant. Le premier passage entre crochets va du début de l'alinéa *c* à la fin de l'alinéa *f*. Ces dispositions confèrent à l'instance indépendante le pouvoir d'annuler, de confirmer ou de réviser l'ensemble des actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certains de ceux-ci et d'annuler l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre déjà entrés en vigueur.

25. Tous les pays ne permettent toutefois pas à leurs instances administratives de se prononcer sur les actes ou décisions d'une autre instance administrative, telle que l'entité adjudicatrice; dans ces pays, il se peut que seul le tribunal ait ce pouvoir. Ces pays choisiront donc de ne pas adopter les alinéas *c* à *f*. Il se peut que certains pays permettent à l'instance indépendante de prendre des mesures concernant les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice autres que ceux entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Enfin, il se peut que d'autres pays permettent à l'instance indépendante de prendre des mesures concernant tous les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice, y compris ceux entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Les autres crochets figurant aux alinéas *c* et *d* visent à tenir compte de ces deux derniers cas: ils permettent aux pays d'adopter ces alinéas avec ou sans le libellé renvoyant aux actes ou décisions entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Les pays qui permettent à l'instance indépendante de prendre des mesures concernant tous les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice, y compris ceux entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, adopteront les dispositions sans les crochets figurant aux alinéas *c* et *d*. Ceux qui excluent de la compétence de l'instance indépendante les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre devront adopter les dispositions avec le texte figurant entre crochets aux alinéas *c* et *d*. Ces États voudront probablement aussi décider d'omettre l'alinéa *f*, qui confère à l'instance indépendante le pouvoir d'annuler l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre entrés en vigueur.

26. Dans ces dispositions, le terme "annuler" se veut neutre, la Loi type ne visant pas à sous-entendre de conséquences juridiques particulières, de sorte que l'État adoptant peut prévoir lui-même les conséquences convenant à sa tradition juridique. Si une instance indépendante ne peut être habilitée à annuler un marché ou un accord-cadre ni à substituer sa décision à celle de l'entité adjudicatrice, une autre possibilité serait de lui permettre de casser la décision de l'entité adjudicatrice, de sorte que cette dernière soit tenue de rendre une autre décision tenant compte de la décision de l'instance indépendante.

27. Les mesures correctives devraient être considérées comme prépondérantes et les plus souhaitables. C'est le cas dans l'AMP de l'OMC (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*). Le règlement rapide des litiges par des mesures correctives réduira la nécessité d'une réparation pécuniaire, celle-ci pouvant cependant faire partie des mesures convenant dans un cas donné, par exemple, si un marché est entré en vigueur et qu'on estime qu'il serait malvenu d'en empêcher l'exécution. Un système ne prévoyant aucun dédommagement (en dehors des frais de saisine) ne permettra donc pas de prendre les mesures voulues dans toutes les situations, et la

question de la réparation pécuniaire devrait donc être intégrée dans une perspective plus large de mise en place d'un système de recours efficace.

28. Le paragraphe 9 i prévoit donc un dédommagement, proposant deux possibilités à l'État adoptant. Si le texte entre crochets est conservé, le dédommagement se limite aux dépenses raisonnables engagées par le fournisseur ou entrepreneur présentant une demande découlant d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale lors de la procédure de passation de marché; il n'inclut pas le manque à gagner résultant de la non-acceptation d'une soumission du demandeur. Dans l'autre cas (si les dispositions sont adoptées sans le texte entre crochets), les types de pertes susceptibles de dédommagement sont plus nombreux et peuvent dans certains cas inclure le manque à gagner. Les États adoptants voudront examiner le traitement que leur système juridique réserve au préjudice purement économique afin d'assurer la cohérence de la mesure de dédommagement dans l'ensemble du système (notamment dans quelle mesure, pour pouvoir prétendre à un dédommagement, le demandeur doit établir qu'il aurait remporté le marché si l'entité adjudicatrice n'avait pas enfreint les dispositions de la Loi). Les questions de quantification relèvent du droit interne applicable mais les règlements en matière de passation des marchés doivent traiter des aspects propres au contexte de la passation des marchés. La possibilité d'un dédommagement peut 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. L'État adoptant voudra donc peut-être contrôler avec soin 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.

29. Le paragraphe 10 fixe le délai maximum dans lequel l'instance indépendante doit se prononcer sur la demande dont elle a décidé de se saisir. Il exige également que cette décision soit rapidement notifiée à toutes les personnes concernées. Avec le paragraphe 11, qui exige que toutes les décisions prises par l'instance indépendante pendant la procédure de révision soient écrites, complètes, motivées et versées au procès-verbal de la procédure de passation de marchés, le paragraphe 10 énonce d'importantes garanties de transparence qui visent également à assurer l'efficacité des procédures de révision et à permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'engager d'autres actions devant les tribunaux si nécessaire. Les paragraphes 10 et 11 sont semblables aux paragraphes 6 et 8 de l'article 66; les points examinés dans le **commentaire de cet article** valent donc également ici.

30. L'examen des preuves et les modalités de cet examen (notamment l'éventuelle tenue d'une audience) sont des facteurs déterminants pour la durée que doit avoir la procédure administrative ou quasi judiciaire; ils dépendront de la tradition juridique de l'État adoptant. Si l'État adoptant n'a pas déjà prévu de règles détaillées pour les procédures de recours administratif ou quasi judiciaire, il peut les établir dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés pour y traiter notamment de la conduite de la procédure de révision, des modalités de présentation des demandes et des questions de preuve.

Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation

1. L'article 68 vise à assurer le respect des garanties de régularité de la procédure de contestation. Le paragraphe 1, en se référant à tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marchés et à toute autorité publique dont les intérêts pourraient être affectés par la procédure de contestation, établit un large droit de participation à une procédure de contestation, qui ne se limite pas au seul demandeur. Ce droit de participation vise à établir un juste équilibre entre la nécessité d'une procédure de contestation efficace et celle d'éviter une perturbation excessive, comme il est noté dans le **commentaire de l'article 64** concernant le droit général d'engager une procédure de contestation, et repose sur l'idée que la participation est possible si le fournisseur, entrepreneur ou autre participant potentiel peut établir que la procédure de contestation peut affecter ses intérêts.

2. 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 marchés visée par la demande peut se joindre à la procédure de contestation. L'expression "participant à la procédure de passation de marché" vise à inclure tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant dans la procédure mais non ceux qui ont été éliminés lors de la préqualification ou d'une étape similaire au début de la procédure, sauf si la contestation porte sur l'acte ou la décision de l'entité adjudicatrice à cette étape. La Loi type prévoit la possibilité d'élargir la participation à la procédure de contestation puisqu'il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient formées et les informations portées à son attention dès que possible. La participation d'autres fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marchés peut entraîner la levée d'une suspension et d'autres mesures qui peuvent être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables. L'État adoptant devrait prévoir des règles et des procédures appuyant cette approche, de sorte que la procédure puisse se poursuivre avec la rapidité voulue et que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent participer effectivement; il voudra peut-être aussi

établir une nomenclature appropriée pour désigner plus précisément les divers participants.

3. 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 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. Voir également dans le **commentaire de l’article 60** la discussion sur les utilisateurs autorisés des accords-cadres. À cet égard, il convient de noter qu’une 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 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 de marchés (voir, par exemple, les articles 22-7, 30-2 et 30-5 *e*, où est envisagé le rôle de l’autorité de tutelle).

4. Le paragraphe 2 consacre le droit de l’entité adjudicatrice de participer à la procédure de contestation devant une instance indépendante.

5. Le paragraphe 3 énonce les droits fondamentaux des participants à la procédure de contestation, dont les plus importants sont les droits d’être entendu, d’avoir accès à l’ensemble de la procédure et de produire des preuves. Ces droits sont conférés aux personnes mentionnées aux paragraphes 1 et 2 de l’article mais non à quiconque assisterait à une audience publique (par exemple, des journalistes). L’instance indépendante peut donner accès au dossier de la procédure de contestation (qui, en vertu de l’article 67-8, comprend le procès-verbal de la procédure de passation de marché). Les participants à la procédure de contestation devront démontrer en quoi les documents auxquels ils demandent l’accès les intéressent: cette mesure vise à permettre à l’instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d’éviter des tentatives de pêche aux informations de la part des fournisseurs ou entrepreneurs. L’accès au dossier est également soumis aux règles de confidentialité énoncées à l’article 69. Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que dans chaque procédure les questions soient examinées au niveau de détail approprié et avec rapidité.

Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation

L’article a été inclus au chapitre VIII pour appliquer les principes de confidentialité des articles 24-1 et 25-4 aux procédures de contestation, en

particulier aux procédures se déroulant devant l'instance indépendante (auxquelles ne s'applique ni l'article 24 ni l'article 25-4). Le **commentaire des articles 24 et 25-4** est donc pertinent dans le contexte de l'article 69.

Troisième partie

**MODIFICATIONS APPORTÉES
À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI
SUR LA PASSATION
DES MARCHÉS DE BIENS,
DE TRAVAUX
ET DE SERVICES DE 1994**

MODIFICATIONS APPORTÉES À LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES DE 1994

A. Résumé

1. La présente partie du *Guide* contient un commentaire sur les modifications apportées par rapport à la Loi type de 1994 lors de la rédaction de la Loi type de 2011. Elle vise à permettre aux utilisateurs du texte de 1994 d'évaluer leur droit interne et de voir comment l'actualiser au mieux s'ils n'ont pas l'intention d'appliquer la Loi type de 2011 dans son intégralité. Elle ne traite donc pas des modifications rédactionnelles (stylistiques, corrélatives, structurelles et autres modifications mineures sans incidence sur le fond des dispositions), ni de l'ensemble des dispositions de l'une ou l'autre Loi type.

2. Dans ce même objectif, la présente partie du *Guide* établit dans la mesure du possible un lien entre les dispositions de 1994 et celles de 2011. Deux tableaux de concordance, un entre les articles de la Loi type de 2011 et ceux du texte de 1994, et l'autre entre les articles de la Loi type de 1994 et ceux du texte de 2011 (hormis les nouvelles dispositions) sont reproduits dans les annexes du *Guide*. Dans la présente partie du *Guide*, les références aux articles et paragraphes renvoient au texte de 1994 ou aux deux textes s'il n'y a pas eu modification, sauf indication contraire.

3. Le commentaire de la présente partie du *Guide* vise à compléter et non à remplacer le commentaire des première (Remarques générales) et deuxième (Commentaire du texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics) parties. Les questions de politique générale traitées dans ces parties antérieures du *Guide* ne sont donc pas reprises ici. Toutefois, il y est fait référence lorsque des considérations de politique générale expliquent les modifications apportées.

B. Commentaire sur les modifications apportées

PRÉAMBULE DE 1994

4. La suppression dans l'ensemble de la Loi type, y compris dans le préambule (voir chapeau et alinéa c), des références aux "biens, travaux et

services” reflète la façon dont la Loi type de 2011 traite le choix d’une méthode de passation de marché, se fondant non pas sur la nature des biens, travaux ou services à acquérir mais sur le degré de complexité de l’objet du marché (comme il est expliqué ci-après au paragraphe 57).

5. L’alinéa *b* a été modifié pour indiquer que la Loi type vise en règle générale à favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation de marchés sans distinction de nationalité. L’expression “et en particulier, le cas échéant” qui figurait dans le texte de 1994 a donc été supprimée.

6. Enfin, à l’alinéa *d*, l’adjectif “égal” a été ajouté aux adjectifs “juste et équitable” qualifiant le traitement des fournisseurs et entrepreneurs, de manière à harmoniser la Loi type avec d’autres instruments internationaux et régionaux régissant la passation des marchés publics, où ces trois concepts se retrouvent combinés de différentes manières.

CHAPITRE PREMIER DU TEXTE DE 1994. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

7. Le chapitre premier énonce les principes régissant la passation des marchés en vertu de la Loi type. Il a été sensiblement étoffé par rapport au texte de 1994 (de 17 articles à 26 articles pour le texte de 2011). De nombreux principes qui dans le texte de 1994 se trouvaient parmi les règles sur l'appel d'offres ou ailleurs dans les articles de procédure ont été regroupés dans le chapitre premier du texte de 2011. Il s'agit notamment des dispositions sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation, la langue des offres, les garanties de soumission, l'acceptation de la soumission retenue et l'entrée en vigueur du marché. Les articles du texte de 2011 ne sont pas vraiment nouveaux mais on leur a conféré une application plus large et plus générale.

8. Le regroupement de certaines dispositions issues de divers articles de la Loi type de 1994 a abouti à la création de nouveaux articles: l'article 11 (Règles concernant les critères et procédures d'évaluation), l'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), l'article 16 (Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions) et l'article 24 (Confidentialité). Certaines dispositions sont entièrement nouvelles, puisqu'elles ne figuraient pas dans le texte de 1994: l'article 6 (Informations sur les possibilités de marchés à venir), l'article 12 (Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché), l'article 20 (Rejet des soumissions anormalement basses) et l'article 26 (Code de conduite).

9. Le chapitre a été réagencé de manière à présenter les dispositions autant que possible dans l'ordre chronologique des étapes généralement suivies dans la plupart des procédures de passation des marchés.

B. Commentaire par article

Champ d'application (article premier)

10. Les paragraphes 2 et 3 ont été supprimés et le paragraphe 1 modifié en conséquence, pour indiquer que la Loi type s'applique à toutes les

passations de marchés publics, y compris dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationale. Le texte de 1994 excluait les marchés de la défense (même si son article premier permettait à l'entité adjudicatrice de choisir d'appliquer la Loi type à une passation de marché). La CNUDCI a estimé que compte tenu de la grande diversité des procédures prévues dans la Loi type de 2011, il n'était pas nécessaire d'exclure un secteur économique particulier d'un État adoptant. Plusieurs articles de la Loi type de 2011 contiennent des dispositions destinées à permettre la passation de marchés où interviennent des questions de défense et de sécurité nationales (appelés dans le présent *Guide* "marchés liés à la sécurité", pour plus de commodité), telles que les dispositions applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, pour lesquels il peut falloir assouplir les mécanismes de transparence, et les dispositions régissant certaines méthodes de passation de marchés "alternatives". Toute décision de ne pas appliquer intégralement la Loi type de 2011 à une passation de marché doit être motivée dans le procès-verbal de la procédure conformément à l'article 25: il n'existe pas d'exclusion générale des procédures prévues dans la Loi type de 2011. Voir aussi à ce sujet les sections "**Protection des informations classifiées**" et "**Inclusion des marchés de défense et de sécurité**" dans la première partie du présent *Guide*.

Définitions (article 2)

11. Cet article a été fortement remanié. Plusieurs définitions ont été ajoutées et d'autres ont été supprimées du texte de 1994 ou modifiées compte tenu de l'introduction de nouvelles techniques de passation de marchés, de l'apparition de nouveaux concepts et des autres modifications apportées à l'ensemble de la Loi type. Les définitions sont maintenant classées par ordre alphabétique dans la version anglaise.

12. Les nouvelles définitions concernent les termes "sollicitation directe", "passation d'un marché national", "enchère électronique inversée", "procédure d'accord-cadre", "préqualification", "dossier de préqualification", "pré-sélection", "dossier de présélection", "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", "règlements en matière de passation des marchés", "politiques socioéconomiques", "sollicitation", "dossier de sollicitation", "délai d'attente" et "soumission (ou soumissions)".

13. Les définitions des termes "passation de marché", "marché", "entité adjudicatrice", "fournisseur ou entrepreneur" et "garantie de soumission" ont été modifiées:

a) À la fin de la définition du terme "passation de marché", les mots "par une entité adjudicatrice" ont été ajoutés pour souligner que la Loi type

ne traitait pas de la passation de marchés par des parties autres que celles visées par la définition du terme “entité adjudicatrice”;

b) La définition du terme “marché” a été modifiée compte tenu en particulier de l’introduction des procédures d’accord-cadre et englober les marchés conclus au titre de ces procédures. On a donc mis au pluriel les mots “fournisseur ou entrepreneur” en ajoutant avant ceux-ci les mots “un ou plusieurs”, et la formule “à la suite d’une procédure de passation de marché” a été remplacée par la formule “à l’issue de la procédure de passation de marché”;

c) La définition du terme “entité adjudicatrice” a été modifiée compte tenu du fait qu’une passation de marché peut être menée par un groupement d’entités publiques et pas uniquement par une seule entité publique, et que ces entités publiques peuvent être de différents États (par exemple, dans le cas d’achats en commun par des entités publiques de deux ou plusieurs pays);

d) La définition du terme “fournisseur ou entrepreneur” a été modifiée comme celle du terme “marché”, compte tenu principalement de l’introduction des procédures d’accord-cadre dans la Loi type de 2011. L’expression “tout cocontractant potentiel ou le cocontractant de l’entité adjudicatrice” a été remplacée par l’expression “toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marchés avec l’entité adjudicatrice ou y participant effectivement”;

e) La définition du terme “garantie de soumission” reflète maintenant le fait qu’une garantie de soumission est fournie à l’entité adjudicatrice à la demande de celle-ci. Elle commence donc par la formule “une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs”. À la fin de la définition, une phrase a été ajoutée, précisant que ce terme ne désignait pas une garantie de bonne exécution du marché.

14. Pour les raisons mentionnées ci-dessus au paragraphe 4, les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” ont été supprimées. Ces termes ont été remplacés dans la Loi type de 2011 par le terme “objet du marché”, qui se passe d’explications.

*Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]]
(article 3)*

15. Cet article n’a pas été modifié quant au fond, si ce n’est l’ajout de crochets dans le titre et dans le texte de l’article, et d’une note de bas de page précisant que les passages entre crochets s’adressent aux États fédéraux.

Règlements en matière de passation des marchés (article 4). N'a pas été modifié quant au fond.

Accès du public à la réglementation des marchés (article 5 du texte de 1994) (Publication des textes juridiques (article 5 du texte de 2011))

16. Le titre a été élargi compte tenu des modifications de fond apportées à cet article, désormais divisé en deux paragraphes: le premier traite des textes juridiques d'application générale, qui doivent être promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour, et le second des décisions judiciaires et décisions administratives ayant valeur de précédent, qui doivent être mises à la disposition du public. On trouvera dans le **commentaire de l'article 5**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, une explication des différents régimes juridiques applicables à la publicité de ces deux types de textes juridiques.

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (article 6 du texte de 1994; article 9 du texte de 2011)

17. Le membre de phrase "Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché" a été supprimé du paragraphe 1 *b* car on aurait pu en déduire qu'une procédure de préqualification était exigée dans tous les cas. La règle générale étant que l'entité adjudicatrice peut vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à toute étape de la procédure de passation de marché, l'article 9-1 de la Loi type de 2011 évite d'établir un lien entre la vérification des qualifications et une étape précise de la procédure.

18. La liste des critères énoncés au paragraphe 1 *b* a aussi été étendue aux qualifications environnementales et à l'obligation pour les fournisseurs et entrepreneurs de respecter les normes éthiques et autres applicables dans l'État concerné. En revanche, la notion de "réputation" qui figurait dans le texte de 1994 a été supprimée pour éliminer toute subjectivité dans l'évaluation par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs.

19. Le paragraphe 2 de la Loi type de 2011 fait référence à des critères de qualification non seulement "appropriés", comme le texte de 1994, mais aussi "pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée", de manière à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la sélection de ces critères.

20. De nouvelles dispositions ont été ajoutées à cet article sous la forme d'un nouveau paragraphe 7 dans le texte de 2011. Elles correspondent quant au fond, à une modification près, aux dispositions de l'article 10 du texte de 1994, qui a été supprimé: l'exigence d'authentification des pièces se limite désormais au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir (le texte de 1994 autorisait l'entité adjudicatrice à exiger l'authentification des pièces produites par tout fournisseur ou entrepreneur).

21. Le paragraphe 6 *a* du texte de 1994 (devenu paragraphe 8 *a* dans le texte de 2011) exige maintenant que l'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur ayant présenté des informations fausses ou fallacieuses (voir l'examen du terme "fallacieuses" dans le **commentaire de l'article 9**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). Un nouvel alinéa *d* inséré au paragraphe 8 du texte de 2011 reprend les dispositions de l'article 7-8 du texte de 1994, autorisant une nouvelle évaluation des qualifications dans les procédures de passation de marchés avec préqualification.

Procédure de présélection (article 7 du texte de 1994); (Procédure de préqualification (article 18 du texte de 2011))

22. Au paragraphe 1, le membre de phrase "avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marchés menées conformément aux chapitres III, IV ou V" a été remplacé par les mots "avant la sollicitation". Les dispositions de 2011 indiquent ainsi plus clairement quand les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs sont vérifiées et quand les fournisseurs et entrepreneurs qualifiés sont identifiés dans la procédure de préqualification.

23. La référence à l'"impression" a été supprimée du paragraphe 2 pour refléter la neutralité technologique caractéristique de la Loi type de 2011. Voir à ce sujet la section "**Questions spécifiques liées à l'application et à l'utilisation de la passation des marchés en ligne**", dans la première partie du présent *Guide*. La disposition de fond figurant au paragraphe 3 *a* iv du texte de 1994 (qui exige que l'entité adjudicatrice fixe le délai de soumission des demandes de présélection sous la forme d'une "date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice") a servi de base pour formuler des exigences équivalentes dans un nouvel article du chapitre premier de la Loi type de 2011, sur les règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions (art. 14). Dans le texte de 2011, ces exigences s'appliquent

donc aux délais de présentation non seulement des demandes de préqualification, mais aussi des demandes de présélection et des soumissions.

24. Deux nouveaux paragraphes ont été introduits dans l'article 18 du texte de 2011, les paragraphes 3 et 4, qui traitent de la publication et du contenu de l'invitation à participer à la procédure de préqualification. Dans la Loi type de 1994, ces dispositions figuraient au chapitre III sur la procédure d'appel d'offres (art. 24 et 25). On dispose ainsi d'un article autonome et applicable à toutes les méthodes de passation de marchés, qui regroupe l'ensemble des dispositions sur la préqualification. La liste des renseignements à fournir dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification a été modifiée: tout ce qui peut intéresser immédiatement un fournisseur ou entrepreneur potentiel et lui permettre de décider s'il participe à la procédure de passation de marchés doit être communiqué dès le début de la procédure (c'est-à-dire dans l'invitation à participer à la préqualification), tandis que les détails de la procédure doivent figurer dans le dossier de préqualification.

25. Le paragraphe 5, devenu paragraphe 7 dans la Loi type de 2011, a été modifié de manière à indiquer clairement que l'entité adjudicatrice, se prononçant sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur, ne peut appliquer que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification. Un nouveau paragraphe 8 inséré dans le texte de 2011 reproduit la dernière phrase du paragraphe 6 du texte de 1994 (on fait ainsi ressortir davantage la règle selon laquelle seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent participer aux étapes suivantes de la procédure de passation de marché).

26. Le paragraphe 7 (devenu paragraphe 10 dans la Loi type de 2011) a été sensiblement renforcé: la formule "sur leur demande" et la dernière partie du paragraphe ont été supprimées. La Loi type de 2011 impose donc simplement à l'entité adjudicatrice de communiquer promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de cette décision.

27. Comme indiqué ci-dessus au paragraphe 21, le paragraphe 8 du texte de 1994 a été versé dans l'article sur les qualifications.

Participation des fournisseurs ou entrepreneurs (article 8)

28. Cet article a été sensiblement modifié. Deux nouveaux paragraphes ont été ajoutés en tant que paragraphes 2 et 5 du texte de 2011. Le paragraphe 2

interdit à l'entité adjudicatrice d'imposer toute condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marchés qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Cette disposition doit se lire conjointement avec le paragraphe 1 de l'article, qui fait référence à la possibilité de limiter la participation sur la base de la nationalité: le nouveau paragraphe traite de la possibilité de limiter la participation pour d'autres motifs légitimes, par exemple, pour appliquer des sanctions imposées par le Conseil de sécurité de l'ONU. Le nouveau paragraphe 5 impose à l'entité adjudicatrice de communiquer à toute personne qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché. Cette disposition est conforme à l'un des objectifs généraux qui ont guidé la CNUDCI dans la révision de la Loi type de 1994: renforcer les dispositions sur la transparence pour permettre notamment le contrôle du public sur les décisions de l'entité adjudicatrice, le cas échéant.

29. L'autre modification de fond apportée à cet article concerne les dispositions du paragraphe 3. On a éliminé dans le texte de 2011 l'exigence d'une déclaration spécifique prévue dans le texte de 1994, selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs pouvaient participer à la procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité. Le texte de 1994 restait muet sur les conséquences du non-respect de cette obligation par l'entité adjudicatrice et l'article 52-2 prévoyait expressément que les décisions sur la limitation de la participation ne pouvaient faire l'objet d'un recours. La règle par défaut dans la Loi type de 2011, qui ressort des modifications apportées au Préambule (voir plus haut, par. 5), est que tous les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à toute procédure de passation de marché, indépendamment de leur nationalité ou d'autres critères. Aucune déclaration de l'entité adjudicatrice précisant que la participation est illimitée n'est donc nécessaire. Comme il est expliqué au paragraphe précédent, il ressort clairement du texte de 2011 que les raisons d'une exclusion doivent se trouver dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant et ne sont pas laissées à l'appréciation de l'entité adjudicatrice. Si de telles raisons existent, le texte de 2011 exige que l'entité adjudicatrice sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marchés déclare que cette participation est limitée, en indiquant les raisons et circonstances motivant sa décision (voir par. 3 et 4 du texte de 2011). Afin de garantir le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 3 prévoit en outre qu'une telle déclaration ne peut être modifiée par la suite.

Forme des communications (article 9 du texte de 1994) (Communications dans la passation des marchés (article 7 du texte de 2011))

30. Le titre de l'article a été modifié pour montrer que son champ d'application avait été élargi: il traite désormais non seulement de la forme mais aussi des moyens de communication.

31. Le texte des paragraphes 1 et 2, qui prévoient essentiellement l'équivalence fonctionnelle entre la forme et les moyens de communication papier et autres, a été conservé dans le texte de 2011 à quelques points près. Premièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle n'est plus assorti de conditions (c'est-à-dire que les réserves du début du paragraphe 1 du texte de 1994 ont été supprimées). Deuxièmement, le paragraphe 1 du texte de 2011 introduit, concernant la forme de la communication, une exigence qui ne figurait pas dans le texte de 1994: elle doit être accessible et permettre une consultation ultérieure. Cette nouvelle exigence supplémentaire rend ces dispositions conformes aux dispositions correspondantes des instruments de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 97 de la première partie du présent *Guide*). Troisièmement, la souplesse prévue au paragraphe 2 en ce qui concerne la forme et les moyens de communication ne s'applique plus: *a)* aux avis d'abandon de la passation de marché (dans le texte de 1994, il s'agissait d'avis de rejet de toutes les offres ou propositions ou de tous les prix, voir art. 12-3); ni *b)* aux avis d'acceptation de la soumission à retenir (dans le texte de 1994, il s'agissait d'avis d'acceptation de l'offre, voir art. 36-1). La raison en est que dans la Loi type de 2011, des régimes entièrement nouveaux ont été établis concernant ces avis: l'obligation de publier un avis d'abandon a été introduite (voir l'article 19-2 de la Loi type de 2011), et une procédure rigoureuse doit être suivie pour l'acceptation de la soumission retenue, comprenant généralement un avis assorti d'un délai d'attente (voir l'article 22 de la Loi type de 2011). Sur ces questions, voir également ci-après les paragraphes 38 à 42 et 98 et 99, ainsi que le **commentaire de l'article 22** dans la deuxième partie du présent *Guide*.

32. Le paragraphe 3 du texte de 1994, qui prévoit la non-discrimination fondée sur la forme sous laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs transmettent ou reçoivent des informations, a été remplacé par des dispositions reflétant la nouvelle façon d'envisager le choix de la forme et des moyens de communication dans la Loi type de 2011. Contrairement au texte de 1994 qui prévoyait le droit absolu d'un fournisseur ou entrepreneur de soumettre une offre sous une forme particulière ou par un moyen particulier (voir l'article 30-5 du texte de 1994), la Loi type de 2011 donne à l'entité adjudicatrice le droit de choisir la forme et le moyen de communication sans avoir à justifier ce choix, sous réserve de certaines garanties. À ce sujet, voir également le **commentaire de l'article 7** dans la deuxième partie du présent *Guide*.

Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs (article 10)

33. Cet article a été supprimé et ses dispositions ont été intégrées avec une modification de fond dans l'article concernant les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (voir ci-dessus, par. 20).

Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11 du texte de 1994) (Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés (article 25 du texte de 2011))

34. Cet article a été sensiblement modifié; la modification du titre souligne que toutes les étapes de la procédure de passation de marchés doivent être consignées. La liste des renseignements à verser au procès-verbal de la procédure a été étoffée et est devenue indicative plutôt qu'exhaustive. Certaines nouvelles rubriques découlent de l'introduction de nouvelles techniques de passation de marchés et de nouveaux régimes réglementaires (par exemple, les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, le choix des moyens de communication, le délai d'attente, les informations classifiées, les politiques socioéconomiques et les soumissions anormalement basses). D'autres ont été ajoutées à la liste pour renforcer la transparence et permettre un contrôle efficace, que ce soit par le public, par les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés ou par les autorités compétentes.

35. Le paragraphe 2 du texte de 2011 étend la portée des informations à mettre à la disposition du public pour inspection. Le paragraphe 3 fait de même pour les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission. Contrairement à la Loi type de 1994, le texte de 2011 limite le groupe de fournisseurs ou entrepreneurs autorisés à accéder aux renseignements énumérés au paragraphe 3 à ceux qui ont présenté une soumission, excluant ceux qui ont demandé à participer à la procédure de préqualification mais ont été disqualifiés (puisque ces renseignements ne les concernent pas). Les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission peuvent demander d'accéder au procès-verbal de la passation de marché à tout moment après avoir pris connaissance de l'acceptation de la soumission retenue. Contrairement au texte de 1994, le texte de 2011 ne couvre pas les situations d'abandon de la passation de marché. Il est entendu que dans de tels cas, l'accès au procès-verbal peut être restreint dans l'intérêt général et que les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés devront obtenir une décision des autorités compétentes pour y accéder.

36. Les exceptions à la communication des informations visées au paragraphe 3 du texte de 1994 ont désormais une application plus générale: il

n'y est plus question d'une partie précise du procès-verbal ni d'un groupe particulier de personnes demandant à y avoir accès. L'exception de l'intérêt général prévue dans le texte de 1994 a été remplacée par une exception visant à protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État, jugée plus précise et plus susceptible d'être réglemantée par la législation. L'exception de 1994 portant sur les intérêts commerciaux légitimes des parties a fait place à une référence aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs.

37. Le paragraphe 4 du texte de 1994, aux termes duquel l'entité adjudicatrice n'était pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'avait pas dressé de procès-verbal de la procédure de passation de marché, a été supprimé. Le texte de 2011 dispose que l'entité adjudicatrice doit enregistrer, archiver et conserver tous les documents concernant la procédure de passation de marchés conformément au droit applicable (voir l'article 25-5 du texte de 2011 et le **commentaire s'y rapportant**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix (article 12 du texte de 1994) (Abandon de la passation de marchés (article 19 du texte de 2011))

38. Cet article a été sensiblement modifié. Le nouveau titre (dont la formule est reprise dans l'ensemble de la Loi type de 2011) fait référence à l'abandon de la passation de marchés et non plus au rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, pour indiquer clairement que l'abandon peut intervenir à tout moment et non seulement après que toutes les soumissions ont été reçues.

39. Le paragraphe 1 du texte de 2011 donne à l'entité adjudicatrice le droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir. Il est plus souple que la disposition correspondante du texte de 1994, qui prévoyait l'approbation préalable d'une telle décision par une autorité désignée de l'État. La suppression de cette condition relève de la suppression générale des mécanismes de contrôle *ex ante* dans l'ensemble de la Loi type de 2011 (avec deux exceptions, traitées ci-dessous au paragraphe 59; pour des indications générales sur la manière dont la Loi type de 2011 envisage les mécanismes de contrôle, voir la section "**Appui institutionnel**" dans la première partie du présent *Guide*). Une deuxième condition du texte de 1994, exigeant de prévoir dans le dossier de sollicitation la possibilité de rejeter toutes les soumissions, a été supprimée car elle s'avérait d'un intérêt pratique limité.

40. Le paragraphe 1 du texte de 2011 envisage en outre la possibilité d'abandonner la passation de marché après que la soumission retenue a été acceptée, si le fournisseur ou entrepreneur retenu ne signe pas de contrat écrit ou ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir l'article 22-8 du texte de 2011 et le **commentaire s'y rapportant** dans la deuxième partie du présent *Guide*). Par ailleurs, il impose expressément à l'entité adjudicatrice de ne plus ouvrir aucune offre ni proposition après avoir pris la décision d'abandonner la passation de marché et de renvoyer les offres ou propositions non ouvertes aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont présentées.

41. Les exigences concernant la notification en cas d'abandon de la passation de marché ont été sensiblement renforcées. Le paragraphe 2 du texte de 2011 impose à l'entité adjudicatrice non seulement d'informer promptement les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission mais aussi de leur communiquer les raisons de la décision d'abandon. Il comporte aussi l'exigence expresse de verser au procès-verbal de la procédure la décision et les raisons qui la motivent, et de publier un avis d'abandon de la même manière et au même endroit que l'avis initial concernant la passation de marché.

42. Enfin, le paragraphe 3 du texte de 2011 restreint la clause de non-responsabilité figurant au paragraphe 2 de la Loi type de 1994 aux situations qui ne résultent pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de la part de l'entité adjudicatrice.

Entrée en vigueur du marché (article 13)

43. Cet article a été supprimé. Les deux régimes d'entrée en vigueur du marché prévus dans la Loi type de 1994 — l'un applicable aux procédures d'appel d'offres et l'autre aux autres méthodes de passation de marchés — ont fait place au régime unique visé à l'article 22 du texte de 2011. Voir aussi à ce sujet les paragraphes 98 et 99 concernant les modifications apportées à l'article 36 de la Loi type de 1994, et le **commentaire de l'article 22**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

Publication des avis d'attribution de marché (article 14 du texte de 1994) (Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre (article 23 du texte de 2011))

44. Cet article a été modifié par l'ajout d'obligations visant à renforcer la transparence. Le paragraphe 1 du texte de 2011 prévoit le contenu minimum

de l'avis à publier, à savoir le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le marché ou l'accord-cadre a été attribué et, s'agissant du marché, le prix de ce dernier. Il précise aussi que les dispositions s'appliquent à la publication d'avis dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre. Une telle précision était nécessaire pour éviter les confusions possibles avec d'autres types d'avis, tels que l'avis concernant le délai d'attente visé à l'article 22-2 du texte de 2011.

45. Le paragraphe 2 du texte de 1994, devenu paragraphe 3 dans le texte de 2011, a été renforcé. Il dispose que les règlements en matière de passation des marchés prescrivent les modalités de publication de tous les avis d'attribution de marchés visés dans cet article, pour éliminer toute incertitude sur ce point. Le paragraphe 2 du texte de 2011 soustrait les marchés de faible valeur à l'obligation de publication visée au paragraphe 1. Toutefois, il impose à l'entité adjudicatrice de publier périodiquement, au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés de faible valeur; il conserve ainsi l'exception visée au paragraphe 3 du texte de 1994, mais en y ajoutant une garantie de transparence.

46. Le texte de 1994 prévoit que le seuil en-deçà duquel il peut être dérogé à l'obligation de publier un avis visée au paragraphe 1 doit être précisé dans la législation. Le texte de 2011 prévoit que ce montant doit être indiqué dans la réglementation relative à la passation des marchés, de manière à permettre une plus grande souplesse, comme il est expliqué dans le **commentaire de l'article 23**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs (article 15 du texte de 1994) (Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts (article 21 du texte de 2011))

47. Le champ d'application de l'article a été élargi, comme le montre le titre de l'article dans le texte de 2011, pour donner effet aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*). En outre, le paragraphe 1 du texte de 2011 dit maintenant expressément qu'un fournisseur ou entrepreneur peut être exclu s'il propose, fournit ou convient de fournir un avantage financier, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché.

48. Le titre et les dispositions de l'article ont aussi été modifiés pour indiquer plus clairement qu'une exclusion est possible à tout moment de la

procédure de passation. Le libellé de 1994 (faisant référence au rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix) laissait entendre qu'elle ne pouvait survenir qu'après la soumission d'une offre, d'une proposition ou d'un prix.

49. Enfin, on a supprimé l'exigence de faire approuver par une autorité désignée de l'État adoptant la décision de l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché, qui figurait entre parenthèses dans le texte de 1994.

Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services (article 16 du texte de 1994) (Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre (article 10 du texte de 2011))

50. Le titre a été modifié pour refléter clairement le champ d'application de l'article, qui traite à la fois de la description de l'objet du marché et des conditions du marché.

51. L'article même a aussi été sensiblement modifié. Dans le texte de 2011, le paragraphe 1 est une nouvelle disposition exigeant que le dossier de sollicitation et, le cas échéant, le dossier de préqualification ou de présélection contiennent une description de l'objet du marché. Une protection importante contre les abus lors de l'évaluation de la conformité des soumissions, absente du texte de 1994, est l'obligation prévue au paragraphe 1 *b* du texte de 2011 d'énoncer clairement dans le dossier de sollicitation les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées.

52. Le paragraphe 1 du texte de 1994, interdisant les obstacles à la participation et devenu paragraphe 2 dans le texte de 2011, a été sensiblement renforcé. Le texte de 2011 interdit toute description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, notamment toute restriction fondée sur la nationalité. Les dispositions renvoient également à l'article 8 de la Loi type de 2011, qui énonce une règle générale de participation sans restriction des fournisseurs ou entrepreneurs aux procédures de passation des marchés (sous réserve d'exceptions limitées décrites dans cet article).

53. Le paragraphe 2 du texte de 1994, devenu paragraphe 3 dans le texte de 2011, a aussi été renforcé. La première phrase du paragraphe 2 du texte de 1994 a été rationalisée dans la Loi type de 2011. Les dispositions pertinentes du texte de 2011 énoncent deux règles distinctes: premièrement, dans la mesure où cela est possible, la description de l'objet du marché doit être

objective, fonctionnelle et générique; deuxièmement, elle doit énoncer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché. Contrairement au texte de 1994, celui de 2011 invite à fournir des spécifications techniques.

54. Les dispositions du paragraphe 3 *b* du texte de 1994 ont été étoffées dans le paragraphe 5 *b* du texte de 2011 par l'ajout de références aux "termes commerciaux normalisés et [aux] conditions normalisées" ainsi qu'aux "conditions du marché". Les dispositions du texte de 1994 ne mentionnaient dans ce contexte que les "termes commerciaux normalisés" et "conditions du marché".

Langue (article 17 du texte de 1994) (Règles concernant la langue des documents (article 13 du texte de 2011))

55. Le titre de l'article du texte de 2011 reflète l'élargissement de son champ d'application: ses dispositions ont été fusionnées avec celles de l'article 29 du texte de 1994 qui énonçaient des règles concernant la langue des offres. L'article consolidé de la Loi type de 2011 ne s'applique pas seulement aux offres mais à toutes les soumissions ainsi qu'aux demandes de préqualification ou de présélection.

CHAPITRE II DU TEXTE DE 1994. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

**(Chapitre II du texte de 2011. Méthodes de passation des marchés
et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation
et avis de passation de marchés)**

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

56. Le titre du chapitre a été modifié compte tenu de l'ajout d'une nouvelle section sur la sollicitation et les avis de passation de marché. Dans le texte de 2011, il se lit: "Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marché". Le chapitre comporte donc maintenant deux sections, la première contenant des dispositions sur les méthodes de passation des marchés et leurs conditions d'utilisation, la deuxième des dispositions sur la sollicitation et les avis de passation de marché.

1. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

57. Les dispositions concernant les méthodes de passation des marchés et leurs conditions d'utilisation ont été largement modifiées en conséquence de l'ajout de nouvelles méthodes et techniques de passation des marchés et de la nouvelle manière de procéder retenue pour la version révisée de la Loi type: l'entité adjudicatrice choisit la méthode de passation de marchés en fonction non pas de la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais des circonstances du marché (en particulier de la complexité de l'objet du marché), afin d'assurer la plus grande concurrence possible (art. 28 du texte de 2011). Cette modification se fonde sur plusieurs raisons. Premièrement, les méthodes de passation de marchés de services ou autres sont similaires du point de vue de la procédure, voire identiques: la principale différence est la mesure dans laquelle les qualifications et l'expérience de ceux qui fournissent l'objet du marché peuvent être prises en compte. La CNUDCI a estimé que ces questions étaient importantes non seulement pour la passation de marchés de services, mais aussi pour les contrats mixtes et les contrats de biens et de travaux (l'article 11 du texte de 2011 prévoit donc que ces éléments peuvent être inclus dans les critères d'évaluation de

toute passation de marché). Deuxièmement, de nombreux contrats classiques de biens prennent maintenant la forme de services, comme les contrats portant sur les technologies de l'information, dans lesquels le matériel est loué et non plus acheté, et il ne serait guère logique de permettre que des décisions concernant la passation de marché puissent être influencées par des considérations sur le choix de la méthode offrant la plus grande souplesse. En outre, la CNUDCI a dit expressément que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps, et en a donc rédigé les dispositions de manière souple, en conciliant les besoins des emprunteurs, l'évolution constante des méthodes de passation des marchés et le développement des capacités. Ainsi, sous réserve de leurs conditions d'utilisation, toutes les méthodes peuvent être utilisées pour tous les types de passation de marchés. Puisque aucune méthode de passation de marchés n'est dorénavant réservée à l'acquisition de services, de biens ou de travaux, il n'y a plus dans la Loi type de 2011 de chapitre intitulé "Méthode principale pour la passation des marchés de services" comme dans la Loi type de 1994 (chap. IV, voir ci-après les paragraphes 100 à 123). Pour un examen plus complet de ces questions, voir le **commentaire de l'article 28**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

58. La section concernant les méthodes de passation de marchés et leurs conditions d'utilisation commence par un nouvel article 27 où sont énumérées toutes les méthodes et techniques de passation de marchés prévues dans la Loi type de 2011. Certaines de ces méthodes ont gardé le nom qu'elles avaient dans le texte de 1994 (appel d'offres restreint, demande de prix, appel d'offres en deux étapes, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique). D'autres ont un nom qui n'apparaissait pas dans la Loi type de 1994 mais leurs caractéristiques s'inspirent de méthodes de passation de marchés ou de procédures de sélection qui y étaient déjà présentes: l'appel d'offres ouvert est l'équivalent de la procédure d'appel d'offres figurant au chapitre III de la Loi type de 1994; la demande de propositions sans négociation s'inspire des caractéristiques de la procédure de sélection décrite à l'article 42 du texte de 1994; la demande de propositions avec dialogue associe les caractéristiques des articles 43 (procédures de sélection avec négociations simultanées pour la passation des marchés de services) et 48 (sollicitation de propositions) de la Loi type de 1994. Ces deux dernières méthodes du texte de 1994 (procédures de sélection avec négociations simultanées pour la passation des marchés de services et sollicitation de propositions) présentaient de nombreuses similitudes et pouvaient être utilisées pour les marchés de services. La demande de propositions avec dialogue, prévue dans la Loi type de 2011, conserve la principale caractéristique de ces méthodes du texte de 1994: un dialogue tenu de manière concomitante avec un groupe de fournisseurs ou entrepreneurs (contrairement aux négociations consécutives, qui sont le trait distinctif

d'une autre procédure de demande de propositions). Pour éviter toute confusion dans la terminologie et le choix des méthodes de passation de marchés dans les États qui ont fondé leur législation sur la Loi type de 1994, on utilise un terme distinct pour désigner cette nouvelle méthode dans la Loi type de 2011. La demande de propositions avec négociations consécutives tire ses caractéristiques de la procédure de sélection décrite à l'article 44 de la Loi type de 1994. L'article 27 du texte de 2011 mentionne les nouvelles techniques de passation de marchés—enchère électronique inversée et accord-cadre—et le chapitre contient les conditions d'utilisation de ces techniques (articles 31 et 32 du texte de 2011):

a) L'utilisation des enchères électroniques inversées a augmenté depuis que la CNUDCI a adopté la Loi type de 1994. Le texte de 1994 ne prévoyait pas d'enchères traditionnelles en présence des enchérisseurs, notamment en raison de pratiques collusoires. Les moyens électroniques ont rendu possible l'utilisation d'enchères électroniques inversées en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des enchérisseurs, l'enchère se faisant de manière virtuelle et non en personne. C'est pourquoi la Loi type de 2011 ne permet que les enchères en ligne avec un processus d'évaluation automatique pouvant protéger l'anonymat des enchérisseurs et préserver la confidentialité et la traçabilité des procédures. Le risque de collusion peut toutefois exister même dans les enchères électroniques inversées, surtout si elles constituent une étape d'autres méthodes de passation de marchés ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales (voir l'examen de ce point dans l'**introduction du chapitre VI**, dans la deuxième partie du présent *Guide*);

b) La Loi type de 1994 ne prévoyait pas l'utilisation d'accords-cadres. Celle-ci a augmenté considérablement depuis lors et, dans les systèmes où ils existent, une part importante des passations de marchés peut maintenant se faire par cette méthode. Certains types d'accords-cadres pourraient certes fonctionner en l'absence de dispositions spécifiques dans la Loi type. La CNUDCI estime que l'utilisation d'accords-cadres pourrait améliorer l'efficacité de la passation des marchés et renforcer la transparence et la concurrence des marchés de faible valeur qui, dans de nombreux pays, échappent à de nombreux contrôles du système de passation des marchés. En effet, le regroupement de plusieurs marchés de faible valeur peut en faciliter le contrôle. La CNUDCI a donc prévu des dispositions particulières aux fins de leur utilisation appropriée et du traitement adéquat des questions particulières que soulèvent ces accords. Voir l'examen de ce point dans l'**introduction du chapitre VII**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

59. L'article 27 du texte de 2011 est accompagné d'une note de bas de page, dont la première partie est une note de bas de page qui accompagnait

l'article 18 de la Loi type de 1994. On y a ajouté l'obligation de prévoir lors de l'incorporation de la Loi type suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert. En outre, cette note prévoit maintenant que "Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée". Cet ajout remplace les mécanismes d'approbation préalable, présentés dans la Loi type de 1994 comme des options lors de la sélection d'une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert. Ces mécanismes ont été supprimés de la Loi type à deux exceptions près: un mécanisme d'approbation facultatif est prévu dans le cas de la demande de propositions avec dialogue (une note de bas de page se rapportant à l'article 30-2 suggère aux États d'envisager de prévoir une mesure de contrôle *ex ante* pour l'utilisation de cette méthode de passation) et de la sollicitation d'une source unique aux fins de promouvoir des politiques socioéconomiques conformément à l'article 30 du texte de 2011. On trouvera à la section "**Appui institutionnel**", dans la première partie du présent *Guide*, des indications générales sur la manière dont le texte de 2011 conçoit les mécanismes de contrôle.

2. Dispositions sur la sollicitation et les avis de passation de marchés

60. La nouvelle section de ce chapitre regroupe les dispositions sur la sollicitation et les avis de passation des marchés de diverses méthodes de passation de marchés se trouvant dans l'ensemble du texte de la Loi type de 1994, telles que les articles 24, 37, 47-1 et 2, 48-1 et 2, 49-1, 50-1 et 51. Les modifications apportées à ces articles de la Loi type de 1994 sont examinées ci-après, article par article.

61. De nouvelles dispositions ont été ajoutées à cette section, notamment une obligation pour l'entité adjudicatrice de publier un avis préalable de passation de marchés en cas de sollicitation directe, sauf s'il s'agit d'une demande de prix et ou si la sollicitation directe est motivée par une situation d'urgence. La Loi type de 2011 précise quels renseignements doivent figurer au minimum dans de tels avis préalables de passation de marché.

B. Commentaire par article

Méthodes de passation (article 18 du texte de 1994) (Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés (article 28 du texte de 2011))

62. Les règles applicables au choix de méthodes de passation de marchés contenues dans le texte de 1994 ont été sensiblement modifiées. La méthode

de passation de marchés par défaut reste l'appel d'offres ouvert (le nom d'appel d'offres est devenu appel d'offres ouvert dans un souci d'aligner la Loi type sur d'autres instruments internationaux régissant la passation des marchés publics). L'utilisation de toute autre méthode de passation de marchés doit se justifier après examen du respect des conditions d'utilisation visées aux articles 29 à 31 du texte de 2011; un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice se fonde pour justifier le recours à une autre méthode que l'appel d'offre ouvert doit toujours être versé au procès-verbal de la procédure de passation de marché. Le libellé permettant de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimé.

63. Les règles sur les méthodes pouvant être utilisées pour la passation de marchés de services, qui figuraient au paragraphe 3 du texte de 1994, ont été supprimées. Cette modification tient compte de la nouvelle manière de procéder retenue pour l'élaboration de la Loi type de 2011, comme il est expliqué plus haut, aux paragraphes 4 et 57.

64. Une modification importante par rapport à la Loi type de 1994 est la manière d'envisager le choix d'une méthode de passation de marchés autre que l'appel d'offres ouvert. Dans le *Guide* de 1994, on reconnaissait qu'il y avait dans la Loi type de 1994 un chevauchement entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, sans qu'une règle établisse une hiérarchie entre ces différentes méthodes. Le *Guide* de 1994 invitait les États adoptants à déterminer s'il était souhaitable d'inclure ces trois méthodes de passation de marchés dans leur législation. La Loi type de 2011 procède autrement: elle énonce des conditions d'utilisation largement distinctes pour chaque méthode de passation de marchés et introduit deux exigences censées aider l'entité adjudicatrice à déterminer quelle est la méthode qui convient le mieux parmi celles pouvant être utilisées dans certaines situations. Ces exigences consistent à choisir "la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée" et à s'efforcer "d'assurer la plus grande concurrence possible". (Voir l'explication de ces exigences dans le **commentaire de l'article 28**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.)

65. Ces exigences sont particulièrement utiles lorsque les conditions d'utilisation de certaines méthodes de passation de marchés se recoupent; par exemple, la demande de propositions avec dialogue et les négociations avec appel à la concurrence sont des méthodes convenant à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. L'obligation de choisir "la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée" et de s'efforcer "d'assurer la plus grande concurrence possible" déterminera le choix de l'entité adjudicatrice entre ces deux méthodes de passation.

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence (article 19 du texte de 1994) (Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la demande de propositions avec dialogue et des négociations avec appel à la concurrence (paragraphe 1, 2 et 4 de l'article 30 du texte de 2011))

66. Les dispositions de l'article 19 du texte de 1994 ont servi de point de départ pour formuler les conditions d'utilisation de trois méthodes de passation de marchés dans la Loi type de 2011: l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue et les négociations avec appel à la concurrence. Les principales caractéristiques de l'appel d'offres en deux étapes et des négociations avec appel à la concurrence sont celles des méthodes correspondantes de la Loi type de 1994. La demande de propositions avec dialogue est à de nombreux égards une nouvelle méthode de passation de marchés et un des trois types de procédure de demande de propositions prévues dans la Loi type de 2011.

67. Comme il est noté ci-dessus au paragraphe 64, les chevauchements existant dans le texte de 1994 entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence ont été en grande partie supprimés dans le texte de 2011. Il n'y subsiste que deux conditions d'utilisation pour l'appel d'offres en deux étapes (inspirées des dispositions des paragraphes 1 *a* et *d* du texte de 1994) et trois pour les négociations avec appel à la concurrence (fondées sur les dispositions des paragraphes 1 *c* et 2 du texte de 1994), et chacune des procédures de demande de propositions peut être utilisée dans des conditions distinctes, comme il est expliqué ci-après. Le libellé permettant de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimé.

68. L'article 19-1 *a* de la Loi type de 1994, devenu article 30-1 *a* dans la Loi type de 2011, a été modifié de manière à rendre plus précise la principale condition d'utilisation de la procédure d'appel d'offres en deux étapes et à la distinguer de celles des autres méthodes de passation de marchés. Par exemple, le mot "négociations" présent dans le texte de 1994 a été remplacé par une référence à des "discussions" avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour mieux faire comprendre que cette méthode de passation de marchés ne prévoit pas de négociations au sens propre; les discussions ne visent qu'à améliorer certains aspects de la description de l'objet du marché afin de les formuler avec le niveau de détail requis (voir l'**introduction du chapitre V** et le **commentaire de l'article 30-1**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

69. La deuxième condition d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, échec de l'appel d'offres ouvert (art. 19-1 *d* du texte de 1994), a été modifiée

dans l'article 30-1 *b* du texte de 2011 par l'ajout d'une exigence: l'entité adjudicatrice doit juger improbable non seulement qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert mais aussi que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la Loi type de 2011 (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) aboutisse à la conclusion d'un marché. Cette exigence supplémentaire reflète l'un des principes généraux sur lesquels s'est fondée la révision du texte de 1994: réduire autant que possible toute intervention humaine superflue entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs, mesure jugée importante pour prévenir la corruption.

70. Les conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions à l'article 19-1 du texte de 1994 sont restées en l'état comme conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue dans l'article 30-2 de la Loi type de 2011, à l'exception de l'alinéa *c* qui fait maintenant référence à la "protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État" (modification apportée par souci d'harmonisation avec d'autres instruments internationaux) et de l'alinéa *d*, qui énonce l'exigence supplémentaire mentionnée au paragraphe précédent.

71. Dans la Loi type de 2011 apparaissent aussi des conditions d'utilisation de deux autres procédures de demande de propositions (absentes de la Loi type de 1994): la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives (voir les articles 29-3 et 30-3 de la Loi type de 2011). Ces deux méthodes ne pouvaient être utilisées dans la Loi type de 1994 que pour la passation de marchés de services. Dans la Loi type de 2011, elles ne sont pas traitées comme des méthodes ne convenant qu'aux marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation de marchés sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) (voir plus haut, par. 57). (Voir l'examen des conditions d'utilisation de ces méthodes dans le **commentaire des articles 29-3 et 30-3**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.)

72. Dans la Loi type de 2011, les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence se limitent aux situations visées à l'article 19-1 *c* (qui a aussi été reformulé et fait maintenant référence à la protection des intérêts essentiels de l'État, voir ci-dessus, par. 70) et à l'article 19-2 (situations d'urgence et événements catastrophiques) de la Loi type de 1994, qui a été modifié. En cas d'urgence due à un événement catastrophique, l'article 19-2 *b* imposait à l'entité adjudicatrice d'établir qu'il n'était pas réaliste d'utiliser d'autres méthodes de passation avant de recourir aux négociations avec appel à la concurrence. En cas d'urgence simple, avant de recourir aux négociations avec appel à la concurrence, elle devait établir qu'il n'était pas

réaliste d'utiliser une procédure d'appel d'offres (art. 19-2 *a* du texte de 1994). La Loi type de 2011 impose la même obligation dans les deux cas — urgence simple et urgence due à un événement catastrophique: avant de recourir aux négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice doit établir qu'il ne serait pas réaliste d'utiliser une autre méthode de passation de marchés avec mise en concurrence. En renvoyant aux "méthodes de passation de marchés avec mise en concurrence", les dispositions excluent clairement la sollicitation d'une source unique (le texte de 1994 renvoyait aux "autres méthodes de passation", ce qui était ambigu dans ce contexte).

*Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint
(article 20 du texte de 1994; article 29-1 du texte de 2011)*

73. La référence à des "raisons d'économie et d'efficacité" figurant dans le texte de 1994 a été supprimée dans le texte révisé, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne pas mentionner dans les articles du texte de la Loi type les objectifs énoncés dans le Préambule. L'entité adjudicatrice devra en tout état de cause tenir compte de l'objectif d'"aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés" et de tous les autres objectifs de la Loi type lorsqu'elle choisit une méthode de passation de marchés et lors de toutes les autres étapes de la procédure de passation de marché, selon qu'il convient. En outre, on a estimé que les considérations "d'économie et d'efficacité", pertinentes dans le contexte de la seconde condition d'utilisation de cette méthode de passation de marchés (éviter des coûts et délais disproportionnés), ne l'étaient plus lorsque le nombre de fournisseurs était limité. Le libellé permettant de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimé.

*Conditions d'utilisation de la procédure de demande de prix
(article 21 du texte de 1994; article 29-2 du texte de 2011)*

74. Le libellé de l'article a été modifié pour permettre l'utilisation de la demande de prix pour tous les types de marchés normalisés ou courants qui ne sont pas spécialement exprimés en fonction de spécifications ou d'exigences techniques. Le paragraphe 2 du texte de 1994 ne figure plus dans l'article 29-2 du texte de 2011, puisque l'article 12 du texte de 2011 contient des règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché applicables à toutes les méthodes de passation de marchés et pas seulement aux demandes de prix. Le libellé permettant de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimé.

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique (article 22 du texte de 1994; article 30-5 du texte de 2011)

75. Les conditions d'utilisation énoncées à l'article 22 *c* du texte de 1994 ont été limitées dans le texte de 2011 aux situations d'urgence extrême; la justification exigée à l'article 22 *e* du texte de 1994 pour recourir à la sollicitation d'une source unique a été supprimée et la condition d'utilisation visée à l'article 22 *f* du texte de 1994 a été reformulée pour les raisons expliquées ci-dessus au paragraphe 70, de manière à renvoyer à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

76. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée, sauf en cas de sollicitation d'une source unique pour promouvoir des politiques socioéconomiques conformément à l'article 30 de la Loi type de 2011 (dans la Loi type de 1994, l'approbation préalable dans ces circonstances n'était pas présentée comme une option mais comme une règle par défaut).

**CHAPITRE III DU TEXTE DE 1994.
PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES
(Chapitre III du texte de 2011. Appel d'offres ouvert)**

**SECTION I DU TEXTE DE 1994. SOLLICITATION D'OFFRES
ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION
(Section I du texte de 2011. Sollicitation des offres)**

**A. Résumé des modifications
apportées à ce chapitre**

77. La modification du titre du chapitre résulte de celle du nom de la méthode de passation de marché, appelée appel d'offres ouvert dans la Loi type de 2011. La modification du titre de la première section découle du regroupement en un seul article, au chapitre premier du texte de 2011, de toutes les dispositions concernant la préqualification (voir art. 18). Le chapitre s'intitule donc "Appel d'offres ouvert" et la section "Sollicitation des offres".

78. Les principales modifications apportées au chapitre lui-même sont le déplacement au chapitre premier de plusieurs dispositions qui s'appliquent dès lors à toutes les méthodes de passation de marchés et pas seulement à la procédure d'appel d'offres.

B. Commentaire par article

Appel d'offres national (article 23)

79. Cet article a été supprimé. Ses dispositions sont devenues le fondement d'exceptions aux règles de la Loi type sur l'émetteur de la garantie de soumission (art. 17-1 *b*), la publication internationale d'une invitation à participer à la préqualification (art. 18-2) et la publication internationale de la sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marchés par voie d'enchère électronique inversée (art. 33-4).

Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (article 24 du texte de 1994) (Procédures de sollicitation des offres (article 36 du texte de 2011))

80. Les procédures de sollicitation des offres ont été déplacées de ce chapitre au chapitre II du texte de 2011 (art. 33) et rendues applicables à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes et aux enchères électroniques inversées (voir le **commentaire de l'article 33**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). Les procédures de sollicitation des demandes de préqualification ont été versées dans l'article qui régit l'ensemble de la procédure de préqualification (voir l'article 18 de la Loi type de 2011 et le **commentaire s'y rapportant**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

81. Les principales modifications de fond sont les suivantes: dans la Loi type de 2011, ce sont les règlements en matière de passation des marchés qui indiquent la publication dans laquelle les informations de ce type doivent être publiées (la Loi type de 1994 prévoyait que c'était l'État adoptant qui spécifiait dans la Loi la publication officielle dans laquelle l'invitation devait être publiée); une plus grande souplesse a été introduite en ce qui concerne les modalités de la publication internationale. Sur ce point, le texte de 2011 précise que la publication internationale vise à rendre l'invitation largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux. Il remplace la disposition de 1994 selon laquelle l'invitation est publiée "dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale", considérée en pratique comme imposant le recours à une publication de langue anglaise et donc inutilement restrictive.

Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection (article 25 du texte de 1994) (Teneur de l'invitation à soumettre une offre (article 37 du texte de 2011))

82. La modification du titre de l'article résulte du fait que les dispositions concernant l'invitation à présenter une demande de préqualification ont été déplacées à l'article 18 du texte de 2011, qui régit tous les aspects de la procédure de préqualification (voir le commentaire de l'article 18, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

83. La liste des renseignements à inclure dans l'invitation comporte désormais une exigence supplémentaire de mentionner l'ensemble des pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications, ainsi que le mode de présentation des offres.

Communication du dossier de sollicitation (article 26 du texte de 1994; article 38 du texte de 2011))

84. La référence au coût de l'impression a été supprimée compte tenu de la neutralité technologique de la Loi type de 2011. Les dispositions de 2011 font référence au coût de la distribution du dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Teneur du dossier de sollicitation (article 27 du texte de 1994; article 39 du texte de 2011)

85. Les exigences concernant la teneur du dossier de sollicitation ont été modifiées comme suit:

a) Les renseignements des alinéas *v* et *x* du texte de 1994 ont été supprimés;

b) L'alinéa *d* renvoie maintenant à la "description" de l'objet du marché exigée à l'article 10 du texte de 2011;

c) Les renseignements concernant l'examen et l'évaluation des offres (aux alinéas *e* et *r* du texte de 1994) ont été modifiés. Les dispositions correspondantes de la Loi type de 2011 imposent à l'entité adjudicatrice de mentionner dans le dossier de sollicitation à la fois les critères et les procédures qui seront appliqués pour l'examen et l'évaluation des offres;

d) L'alinéa *p* du texte de 2011 ajoute aux lieu, date et heure d'ouverture des offres (figurant à l'alinéa *q* du texte de 1994) le mode d'ouverture de celles-ci, reflétant la neutralité technologique du texte, qui permet l'ouverture aussi bien manuelle qu'automatique des offres;

e) La dernière exigence, selon laquelle l'omission de toute référence aux lois ou règlements applicables ne constitue pas un motif de recours ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice (al. *t* du texte de 1994), a aussi été supprimée; la Loi type de 2011 inclut des références supplémentaires aux lois ou règlements applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées et au lieu où peuvent être consultés toutes les lois et tous les règlements intéressant directement la passation de marché;

f) Enfin, aux renseignements visés à l'alinéa *w* de la Loi type de 1994, devenu alinéa *v* dans celle de 2011, s'ajoute maintenant une exigence de préciser la durée du délai d'attente applicable ou, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et en indiquant les raisons.

*Clarification et modification du dossier de sollicitation
(article 28 du texte de 1994; article 15 du texte de 2011)*

86. Cet ensemble de dispositions a également été déplacé au chapitre premier du texte de 2011 et a donc été rendu applicable à toutes les procédures de passation des marchés et non seulement à l'appel d'offres.

87. Les dispositions figurant à l'article 15 du texte de 2011 ont été conservées en l'état quant au fond, hormis les modifications suivantes:

a) L'obligation faite à l'entité adjudicatrice de répondre à la demande d'éclaircissements "dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre son offre en temps utile" a fait place à une obligation de donner "sa réponse dans un délai permettant au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa soumission en temps voulu"; et

b) Un nouveau paragraphe 3 oblige l'entité adjudicatrice i) à faire publier les informations modifiées de la même manière et au même endroit que les informations originales et ii) à reporter la date limite de présentation des soumissions si, à la suite d'une clarification ou d'une modification, les informations qu'elle avait publiées en sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marchés deviennent substantiellement inexacts.

**SECTION II DU TEXTE DE 1994.
SOUSSION DES OFFRES**

(Section II du texte de 2011. Présentation des offres)

Langue des offres (article 29 du texte de 1994) (Règles concernant la langue des documents (article 13 du texte de 2011))

88. Cet ensemble de dispositions a également été déplacé au chapitre premier du texte de 2011 et s'applique donc à l'ensemble des soumissions et non seulement aux offres. Comme il est expliqué plus haut, au paragraphe 55, ces dispositions ont été fusionnées avec l'article 17 de la Loi type de 1994 sur la langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation. L'article 13 de la Loi type de 2011 régit donc la ou les langues de tous les documents de la procédure de passation de marché, qu'ils soient établis par l'entité adjudicatrice ou par les fournisseurs ou entrepreneurs.

Soumission des offres (article 30 du texte de 1994)
(Présentation des offres (article 40 du texte de 2011))

89. Les dispositions ont été considérablement modifiées. Les paragraphes 1 à 4 ont été déplacés à l'article 14 du texte de 2011 (qui traite des règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions). Outre le fait que les dispositions s'appliquent maintenant non seulement aux appels d'offres mais aussi aux demandes de préqualification, aux demandes de présélection et à l'ensemble des soumissions, plusieurs modifications de fond ont été faites:

a) L'article 14-1 du texte de 2011 fait référence non seulement au lieu et à la date limite mais aussi au mode de présentation des documents pertinents, pour les raisons données au paragraphe 85 *d*;

b) L'article 14-2 du texte de 2011 impose une nouvelle exigence: la date limite fixée par l'entité adjudicatrice doit laisser aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment de temps pour établir et présenter leur demande ou leur soumission, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice (dans la Loi type de 1994, cette exigence ne concernait que les demandes de présélection (voir l'article 7-3 *a iv* du texte de 1994 et ci-dessus, paragraphe 23);

c) Enfin, l'article 14-3 du texte de 2011 impose à l'entité adjudicatrice de reporter la date limite si, à la suite d'une clarification ou une modification, les informations qu'elle avait publiées en sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marchés deviennent substantiellement inexacts (ce qui reflète les modifications correspondantes apportées aux dispositions sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation— voir ci-dessus, paragraphe 87 *b*).

90. Les dispositions restantes de l'article 30 de la Loi type de 1994 figurent maintenant à l'article 40 du texte de 2011, avec les modifications suivantes:

a) L'article 40-1 du texte de 2011 commence par une nouvelle règle imposant expressément de présenter les offres selon le mode, au lieu et avant la date limite spécifiés dans le dossier de sollicitation;

b) Compte tenu du nouveau cadre juridique d'utilisation de divers moyens de communication et en particulier du fait que l'entité adjudicatrice a le droit d'exiger l'utilisation d'un moyen de communication spécifique ou d'une combinaison de plusieurs moyens (voir l'article 7 de la Loi type de 2011 et le **commentaire s'y rapportant**, dans la deuxième partie du présent *Guide*), le droit du fournisseur ou entrepreneur de soumettre une offre sur papier sous enveloppe scellée a été supprimé;

c) L'article 40-2 *a* ii du texte de 2011 impose à l'entité adjudicatrice d'assurer au moins un degré similaire d'intégrité si elle exige une forme de communication autre que le papier (la Loi type de 1994 faisait seulement référence à l'authenticité, la sécurité et la confidentialité);

d) L'article 40-2 *b* du texte de 2011 impose à l'entité adjudicatrice de remettre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue (dans la Loi type de 1994, un tel reçu n'était délivré que sur demande);

e) L'article 40-2 *c* du texte de 2011 impose à l'entité adjudicatrice de préserver la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et de veiller à ce que leur contenu ne soit examiné que lorsqu'elles ont été ouvertes (il n'y avait aucune exigence de ce type dans le texte de 1994);

f) L'article 40-3 du texte de 2011 souligne qu'une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres doit être renvoyée non ouverte au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

Période de validité des offres; modification et retrait des offres (article 31 du texte de 1994; article 41 du texte de 2011). Cet article est resté en l'état quant au fond.

Garanties de soumission (article 32 du texte de 1994; article 17 du texte de 2011)

91. Cet ensemble de dispositions a également été déplacé au chapitre premier du texte de 2011 (art. 17) et s'applique donc à toutes les méthodes de passation de marchés et non seulement à l'appel d'offres. Le terme "garanties de soumission" a néanmoins été conservé dans la Loi type de 2011 pour rendre compte du fait qu'il est largement utilisé et uniformément compris. Les orientations concernant l'article 17 (voir le **commentaire de l'article 17**, dans la deuxième partie du présent *Guide*) soulignent qu'une garantie de soumission peut toutefois être exigée dans toute autre méthode de passation de marchés, le cas échéant.

92. Les modifications apportées aux dispositions figurant à l'article 17 du texte de 2011 sont les suivantes: i) le paragraphe 1 *b* inclut l'exception concernant la passation d'un marché national, qui se trouvait à l'article 23 de la Loi type de 1994 (voir plus haut, paragraphe 79); ii) au paragraphe 1 *f* ii, il est fait référence au défaut de signature d'un marché alors que la signature est exigée par le dossier de sollicitation (et non plus par l'entité adjudicatrice, comme le prévoyait le texte de 1994), conformément aux dispositions de la Loi type imposant à l'entité adjudicatrice d'inclure

s'il y a lieu ce type d'exigence dans le dossier de sollicitation (voir, par exemple, l'article 27 y de la Loi type de 1994 et l'article 39 w de la Loi type de 2011).

SECTION III DU TEXTE DE 1994. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES (Section III du texte de 2011. Évaluation des offres)

93. Le titre de la section a été modifié parce que les références à la “comparaison” des offres et autres soumissions, jugées superflues, ont été supprimées dans l'ensemble de la Loi type de 2011, “l'évaluation” comprenant nécessairement une comparaison des soumissions, contrairement à l'examen (qui suppose la vérification des soumissions par rapport à un ensemble unique de critères de conformité énoncés dans le dossier de sollicitation).

Ouverture des offres (article 33 du texte de 1994; article 42 du texte de 2011)

94. Les dispositions ont été modifiées comme suit:

a) Au paragraphe 1, la référence à la date spécifiée en cas de report de la date limite initiale a été supprimée: on l'a jugée superflue (la date limite doit être précisée dans le dossier de sollicitation, dont la définition dans le texte de 2011 inclut toute modification pouvant y être apportée. L'expression “date limite” dans le texte de 2011 recouvre donc tout report de la date limite initiale (voir le **commentaire de l'article 15-3** de la Loi type de 2011, dans la deuxième partie du présent *Guide*, pour ce qui est des conséquences du report de la date limite));

b) Au paragraphe 1, une référence au mode d'ouverture des offres a été ajoutée, traduisant la neutralité technologique du texte de 2011, qui permet l'ouverture aussi bien manuelle qu'automatique des offres;

c) Au paragraphe 2, les mots “à assister [...] à l'ouverture des offres” ont été remplacés par les mots “à participer à l'ouverture des offres”, compte tenu du fait qu'à l'ouverture des offres, les fournisseurs ou entrepreneurs ou leurs représentants ne sont pas de simples observateurs passifs: ils peuvent communiquer avec l'entité adjudicatrice et, par exemple, signaler toute incohérence ou irrégularité constatées lors de l'ouverture, qu'il s'agisse d'une réunion réelle ou virtuelle.

Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34 du texte de 1994) (Examen et évaluation des offres (article 43 du texte de 2011))

95. La modification du titre de l'article résulte de la suppression des références à la "comparaison" des soumissions dans l'ensemble de la Loi type de 2011, pour les raisons indiquées au paragraphe 93.

96. L'article a été sensiblement modifié. Certaines de ses dispositions ont été supprimées et réintroduites dans des articles du chapitre premier de la Loi type de 2011:

a) Les dispositions du paragraphe 1 se retrouvent dans le nouvel article 16 du texte de 2011 sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions. Elles ont été renforcées par une interdiction expresse de négocier ou modifier le prix à l'occasion d'une demande d'éclaircissement, sauf dans des cas clairement définis (voir les articles 16-3 et 16-4), et par l'obligation de verser au procès-verbal de la procédure de passation de marchés toutes les communications échangées lors de la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions (voir l'article 16-6);

b) Certaines dispositions du paragraphe 4 *b* ii et celles des paragraphes 4 *c* et 4 *d* se retrouvent dans le nouvel article 11 du texte de 2011 sur les règles concernant les critères et procédures d'évaluation, qui introduit dans ces règles de nombreux éléments nouveaux, notamment les suivants:

- i) Contrairement au paragraphe 4 *c* de l'article 34 du texte de 1994, qui donnait une liste exhaustive de critères d'évaluation pour déterminer l'offre la plus basse, l'article 11-2 du texte de 2011 fournit une liste indicative de critères d'évaluation; l'article 11-1 pose la règle générale selon laquelle tous les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché;
- ii) Une référence aux caractéristiques environnementales de l'objet du marché a été ajoutée à la liste indicative de l'article 11-2 du texte de 2011, compte tenu de l'importance croissante de ces critères dans la pratique;
- iii) L'article 11-3 du texte de 2011 pose une autre règle générale selon laquelle l'entité adjudicatrice ne peut appliquer d'éventuels critères d'évaluation sans lien avec l'objet du marché (tels que les critères servant à promouvoir des politiques socioéconomiques, examinés à la **section "Politiques socio-économiques"** de la première partie du présent *Guide*), notamment une marge de préférence, que si les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation l'y obligent ou l'y autorisent;

- iv) Le libellé facultatif sur l'approbation préalable de l'application d'une marge de préférence a été supprimée, et l'article 11-3 *b* du texte de 2011 ne limite pas les préférences aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement mais autorise aussi toute autre préférence (de sorte que des critères visant à promouvoir des politiques socioéconomiques peuvent également être prévus en tant que préférences, comme il est expliqué à la section "Politiques socioéconomiques" de la première partie du présent *Guide*);
- v) La liste des considérations figurant aux sous-alinéas 4 *c* iii et 4 *c* iv de la Loi type de 1994 a été supprimée. On a estimé que les règles sur les critères d'évaluation sans lien avec l'objet du marché étaient formulées de manière suffisamment large pour prendre en compte les considérations de l'État adoptant mentionnées dans les alinéas supprimés, et que certaines de ces considérations n'étaient plus d'actualité ou ne devaient pas être encouragées;
- vi) L'article 11-5 du texte de 2011 énonce des règles claires concernant les informations sur les critères et procédures d'évaluation à mentionner dans le dossier de sollicitation;
- vii) L'article 11-6 du texte de 2011 interdit d'utiliser des critères et procédures non énoncés dans le dossier de sollicitation et impose expressément à l'entité adjudicatrice de n'utiliser, pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, que les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation, et de les appliquer uniquement de la manière prévue dans ce dossier;

c) Les dispositions du paragraphe 8 du texte de 1994 se retrouvent dans le texte de 2011 dans le nouvel article 24 sur la confidentialité et à l'article 25 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché.

97. Les dispositions restantes de l'article 34 du texte de 1994 se retrouvent à l'article 43 du texte de 2011, modifiées comme suit:

a) Le paragraphe 1 *a* impose à l'entité adjudicatrice de considérer qu'une offre est conforme si elle satisfait à toutes les conditions de conformité énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 10 de la Loi type (modification du paragraphe 2 *a* du texte de 1994);

b) Pour éviter toute confusion avec l'acceptation de la soumission retenue conformément à l'article 22 de la Loi type de 2011 après l'évaluation des offres, les références à l'acceptation ou à la non-acceptation des offres aux paragraphes 3 et 4 du texte de 1994 ont été remplacées par des références au rejet ou non-rejet des offres aux paragraphes 2 et 3 du texte de 2011;

c) Le paragraphe 3 *a* interdit à l'entité adjudicatrice d'appliquer toute procédure non prévue dans le dossier de sollicitation (élargissant la référence aux critères prévue à l'article 34-4 *a* du texte de 1994; cette approche est conforme aux dispositions correspondantes de l'article 11 de la Loi type de 2011 (voir ci-dessus, paragraphe 96 *b* vii);

d) L'article 43-3 *b* du texte de 2011 modifie les dispositions de l'article 34-4 *b* du texte de 1994 en indiquant expressément que lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre à retenir est celle au prix le plus bas, et lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre à retenir est l'offre jugée la plus avantageuse non seulement sur la base des critères (comme dans le texte de 1994) mais aussi en appliquant les procédures d'évaluation des offres spécifiées dans le dossier de sollicitation. Le terme "offre la plus avantageuse" a remplacé le terme "offre la plus basse" utilisé dans ce contexte dans la Loi type de 1994, i) compte tenu de l'évolution des pratiques et de la terminologie de la passation des marchés depuis cette date, notamment du fait qu'il devient de plus en plus fréquent et largement admis de fixer des critères de qualité, et ii) par souci d'harmonisation avec d'autres textes internationaux sur la passation des marchés publics;

e) Le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice de convertir les prix soumis de toutes les offres dans la monnaie spécifiée dans le dossier de sollicitation, au taux qui y est indiqué (modifiant ainsi l'article 34-5 du texte de 1994).

Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs (article 35 du texte de 1994; article 44 du texte de 2011). Cet article est resté en l'état quant au fond.

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché (article 36 du texte de 1994) (Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché (article 22 du texte de 2011))

98. Cet ensemble de dispositions a également été déplacé au chapitre premier de la Loi type de 2011 et donc rendu applicable à toutes les méthodes de passation de marchés et non seulement à l'appel d'offres; l'élargissement du champ d'application de l'article explique la modification du titre.

99. L'article a été sensiblement modifié en raison de l'introduction de dispositions prévoyant un délai d'attente. De plus, il a été remanié afin que les dispositions s'enchaînent de manière plus logique. L'article 22-1 du texte de 2011 impose expressément à l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission retenue (disposition censée éviter les abus), à moins que l'une des

circonstances qui y sont énumérées ne justifie la non-acceptation de cette soumission. Le paragraphe 2 énonce la règle générale d'application d'un délai d'attente; le paragraphe 3 traite des exceptions à cette règle; et le paragraphe 4 contient les règles concernant l'expédition de l'avis d'acceptation de la soumission à retenir. Les paragraphes 5 à 10 énoncent la règle générale concernant l'entrée en vigueur du marché (dès l'expédition de l'avis d'acceptation), des règles spéciales concernant cette entrée en vigueur (contrat écrit, signature et approbation par une autre autorité), des règles sur les circonstances exceptionnelles justifiant la sélection de la soumission à retenir suivante (défaut de signature d'un marché ou de garantie de bonne exécution du marché), la règle générale concernant le moment où les avis prévus dans cet article sont réputés avoir été expédiés et enfin les règles sur l'envoi aux autres fournisseurs ou entrepreneurs d'un avis concernant le marché qui est entré en vigueur.

CHAPITRE IV DU TEXTE DE 1994. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

100. Il n'existe pas de chapitre portant le titre ci-dessus dans la Loi type de 2011 puisque, comme il est expliqué plus haut au paragraphe 57, celle-ci ne prévoit plus de méthode de passation de marchés spécifique pour les marchés de services par opposition aux marchés de biens ou de travaux. La méthode de passation de marchés appropriée doit être sélectionnée par l'entité adjudicatrice en fonction non pas de la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais des circonstances de la passation de marché (en particulier de la complexité de l'objet du marché) et de manière à assurer la plus grande concurrence possible (art. 28 de la Loi type de 2011; pour une analyse plus approfondie de ces questions, voir le **commentaire de l'article 28**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

101. La plupart des dispositions du chapitre IV du texte de 1994 se retrouvent en partie au moins dans les dispositions de la Loi type de 2011 qui régissent les procédures de demande de propositions (comme il est expliqué plus haut au paragraphe 58, la Loi type de 2011 prévoit trois types de procédures de demande de propositions: la demande de propositions sans négociation, la demande de propositions avec dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives), et certaines ont été incluses dans le chapitre premier en tant que dispositions d'application générale. Cette restructuration est expliquée en détail ci-après.

B. Commentaire par article

Avis de sollicitation de propositions (article 37 du texte de 1994; incorporé dans les articles 18, 35, 47 et 49 du texte de 2011)

102. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 37 du texte de 1994 se retrouvent aux articles 35-1, 47-2 et 49-2 de la Loi type de 2011, sauf les dispositions régissant la préqualification qui, dans la Loi type de 2011, sont regroupées à l'article 18, comme il est noté plus haut au paragraphe 24.

103. L'expression "avis destiné à solliciter des marques d'intérêt" figurant à l'article 37 du texte de 1994 a été remplacée dans les dispositions du texte de 2011 sur la demande de propositions par l'expression "invitation à participer", utilisée aux articles 35-1, 47-1 et 49-1. Voir également ci-après, aux paragraphes 132 et 133.

104. L'article 35-1 de la Loi type de 2011 sur la sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions, modifiant les paragraphes 1 et 2 de l'article 37 du texte de 1994, établit le lieu où l'invitation doit être publiée—cette règle générale est la même que celle qui s'applique à l'appel d'offres et autres méthodes similaires (voir plus haut, par. 81). Il énumère ensuite les exceptions à la règle générale, faisant fond sur les dispositions des articles 33-3 et 33-4 du texte de 2011 et de l'article 37-3 du texte de 1994.

105. La liste des renseignements à inclure dans l'invitation, figurant aux articles 47-2 et 49-2 de la Loi type de 2011, est beaucoup plus longue que celle de l'article 37-1 de la Loi type de 1994.

106. L'article 37-3 du texte de 1994 est repris à l'article 35-2 de la Loi type de 2011. Le libellé optionnel prévoyant l'approbation préalable de la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions a été supprimé. Pour les raisons expliquées plus haut au paragraphe 73, la référence aux "raisons d'économie et d'efficacité" justifiant la sollicitation directe a été supprimée dans les dispositions du chapeau. L'article 37-3 *b* du texte de 1994 a été incorporé à l'article 35-2 *b* du texte de 2011, qui impose à l'entité adjudicatrice de sélectionner d'une manière non discriminatoire les fournisseurs ou entrepreneurs dont elle sollicite des propositions (sur les conséquences pratiques de cette disposition, voir également l'**introduction du chapitre IV** et le **commentaire des articles 34 et 35**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). L'article 37-3 *c* du texte de 1994 se retrouve dans la référence générale à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, à l'article 35-2 *c* du texte de 2011.

107. Pour ce qui est du renforcement général des dispositions sur la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (exigences concernant le procès-verbal, avis préalable de passation de marchés et teneur de cet avis, notamment) dans la Loi type de 2011, voir l'introduction du chapitre IV et le commentaire des articles 34 et 35, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

108. L'article 37-4 du texte de 1994 a été incorporé aux articles 47-3 et 49-4 de la Loi type de 2011. Comme dans les dispositions correspondantes applicables à l'appel d'offres, la référence au coût de l'impression a été supprimée dans le texte de 2011 (voir plus haut, par. 84).

*Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services
(article 38 du texte de 1994; incorporé dans les articles 47-4 et 49-5 du
texte de 2011)*

109. Les dispositions de l'article 38 du texte de 1994 se retrouvent aux articles 47-4 et 49-5 de la Loi type de 2011. La liste des renseignements à inclure dans la demande de propositions a été modifiée: *a*) les renseignements énumérés aux alinéas *d*, *h*, *l* et *o* ont été supprimés car ils n'étaient pas pertinents; *b*) les dispositions restantes ont été modifiées compte tenu des modifications apportées aux dispositions équivalentes régissant la teneur du dossier de sollicitation dans l'appel d'offres ouvert (voir plus haut, par. 85) et certains renseignements connexes ont été regroupés pour plus de commodité; et *c*) des renseignements ont été ajoutés (concernant en particulier les critères minimaux de conformité, les détails des procédures et, dans la demande de propositions avec dialogue, les éléments ne faisant pas l'objet du dialogue, les nombres minimum et maximum de fournisseurs et entrepreneurs qui seront invités à y participer et les modalités de leur sélection).

*Critères d'évaluation des propositions (article 39 du texte de 1994;
incorporé dans l'article 11 du texte de 2011)*

110. Les dispositions de l'article 39 se retrouvent à l'article 11 de la Loi type de 2011 (sur les règles concernant les critères et procédures d'évaluation). L'article 11-2 *c* du texte de 2011 énumère certains critères d'évaluation pouvant être particulièrement pertinents dans une procédure de demande de propositions, tels que l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et managériales du fournisseur ou entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché.

111. L'article 11 du texte de 2011 ne mentionne ni les qualifications, ni la réputation (qui figuraient à l'article 39-1 *a* du texte de 1994), ni les critères énumérés au paragraphe 1 *b* du texte de 1994. Ces deux types de critères, jugés trop subjectifs, ont été supprimés. Pour les raisons précisées plus haut au paragraphe 96 *b v*, les critères énumérés aux alinéas *d* et *e* ont aussi été supprimés. Enfin, les dispositions du paragraphe 2 sur les marges de préférence ont été modifiées pour les raisons précisées plus haut au paragraphe 96 *b iii* et *iv*.

*Clarification et modification des sollicitations de propositions (article 40
du texte de 1994; incorporé dans l'article 15 du texte de 2011)*

112. Les dispositions de l'article 40 se retrouvent à l'article 15 de la Loi type de 2011, qui traite de la clarification et de la modification du dossier

de sollicitation. Pour ce qui est des modifications apportées aux dispositions de 1994, voir plus haut les paragraphes 86 et 87.

Choix des procédures de sélection (article 41)

113. Il n'y a pas de dispositions équivalentes dans la Loi type de 2011.

Procédure de sélection sans négociation (article 42 du texte de 1994; incorporé dans l'article 47 du texte de 2011)

114. Les dispositions de l'article 42 se retrouvent à l'article 47 de la Loi type de 2011, qui traite de la demande de propositions sans négociation. D'importantes modifications ont été apportées à ces procédures, dont chaque étape est désormais régie en détail dans la Loi type de 2011.

115. Contrairement à la Loi type de 1994, la Loi type de 2011 prévoit expressément que les propositions sont soumises dans deux enveloppes, l'une contenant les aspects financiers de la proposition et l'autre ses caractéristiques techniques, qualitatives et de performance. Cette dernière est ouverte en premier lieu. L'entité adjudicatrice n'est autorisée à ouvrir que les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions dont les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance se sont avérées conformes. Elle évalue donc les aspects financiers des propositions après avoir terminé d'en évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance. La méthode prévue dans le texte de 2011 part toujours du principe que la proposition à retenir sera celle qui recueillera la meilleure évaluation compte tenu à la fois: *a)* des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions; et *b)* du prix.

116. La Loi type de 2011 prévoit contre les abus des garanties essentielles qui n'étaient pas énoncées expressément dans la Loi type de 1994. Par exemple, elle prévoit explicitement l'obligation de communiquer à chaque fournisseur ou entrepreneur les résultats de l'examen des caractéristiques techniques et qualitatives de leurs propositions; de verser immédiatement au procès-verbal de la procédure de passation de marchés les résultats de l'examen et de l'évaluation; de renvoyer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, non ouvertes, les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions non conformes; de communiquer à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une proposition conforme la note attribuée à celle-ci; d'inviter chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leurs propositions; et de donner

lecture, à l'ouverture de ces enveloppes, de la note attribuée à chaque fournisseur ou entrepreneur et des aspects financiers de leurs propositions.

Procédure de sélection avec négociations simultanées (article 43 du texte de 1994; incorporé dans l'article 49 du texte de 2011)

117. Les dispositions des articles 43 et 48 de la Loi type de 1994 se retrouvent à l'article 49 de la Loi type de 2011, qui traite de la demande de propositions avec dialogue. On a supprimé de l'évaluation des propositions l'obligation de prendre le prix en considération séparément, une fois l'évaluation technique achevée, qui se trouvait au paragraphe 3 du texte de 1994.

118. Le texte de 2011 introduit la possibilité: *a)* d'engager une procédure de présélection pour limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs auxquels demander des propositions; et *b)* de fixer un nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue. La Loi type de 2011 régit en détail chaque étape de la procédure afin d'éviter les abus et d'assurer la transparence dans l'utilisation de cette méthode.

119. Aux fins de la transparence, le texte de 2011 exige de communiquer à chaque fournisseur ou entrepreneur les résultats de toute présélection et de l'examen des propositions par rapport aux critères minimaux de conformité (le texte de 1994 était muet sur la question). Pour garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs ou entrepreneurs pendant les procédures, il exige que le dialogue soit mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice et que les informations pertinentes soient communiquées en toute égalité aux fournisseurs ou entrepreneurs participants (le texte de 1994 était muet sur le premier point et, sur le second, il contenait une obligation similaire dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence à l'article 49-2, mais pas aux articles 43 et 48).

120. Des garanties supplémentaires absentes du texte de 1994 sont notamment l'obligation pour l'entité adjudicatrice de veiller à ce que le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs invités à participer au dialogue (au moins trois si possible) soit suffisant pour assurer une concurrence effective; et l'interdiction de négocier sur la meilleure offre définitive et de modifier l'objet du marché, les critères de qualification ou d'évaluation, les exigences minimales, les éléments de la description de l'objet du marché et les conditions du marché exclues du dialogue. (Voir également ci-après les paragraphes 129 à 141 et le **commentaire de l'article 49**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.)

Procédure de sélection avec négociations consécutives (article 44 du texte de 1994; incorporé dans l'article 50 du texte de 2011)

121. Les dispositions de l'article 44 se retrouvent à l'article 50 du texte de 2011, qui traite de la demande de propositions avec négociations consécutives. Dans le texte de 2011, toutes les étapes précédant les négociations sur les aspects financiers des propositions sont les mêmes que pour la demande de propositions sans négociation (l'article 50 du texte de 2011 renvoie donc aux dispositions pertinentes de l'article 47). Les dispositions régissant l'étape des négociations reprennent les principaux éléments de l'article 44 du texte de 1994, avec les modifications suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est expressément tenue de classer chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions et de communiquer promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition est conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de cette proposition et son classement;

b) Il est expressément interdit de modifier l'objet du marché, les critères de qualification, d'examen ou d'évaluation, y compris les exigences minimales établies, les éléments de la description de l'objet du marché ou les conditions du marché, à l'exception des aspects financiers des propositions sur lesquels portent les négociations;

c) Enfin, il est expressément interdit à l'entité adjudicatrice de rouvrir les négociations avec un fournisseur ou entrepreneur après y avoir mis fin.

Confidentialité (article 45 du texte de 1994; incorporé dans l'article 24 du texte de 2011)

122. Les dispositions de l'article 45 se retrouvent aux paragraphes 2 et 3 de l'article 24 de la Loi type de 2011, avec les modifications suivantes:

a) L'obligation prévue dans le texte de 1994 de traiter les propositions de manière à éviter d'en communiquer le contenu à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents a été élargie, devenant une interdiction de communiquer ce contenu à toute autre personne non autorisée à accéder à ce type d'informations;

b) Cette interdiction générale s'applique non seulement au contenu des propositions mais aussi à celui des demandes de préqualification et de présélection et des soumissions;

c) Cette interdiction générale ne s'applique pas aux informations qui doivent être fournies ou publiées conformément aux dispositions de la Loi type;

d) L'interdiction présente dans le texte de 1994, selon laquelle une partie aux négociations ne peut sans le consentement de l'autre partie communiquer à quiconque des informations techniques ou sur les prix ou d'autres informations sur les négociations a été élargie et s'adresse maintenant non seulement aux parties aux négociations, mais aussi aux parties à toute discussion, communication ou dialogue entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur dans une procédure d'appel d'offres en deux étapes, de demande de propositions avec dialogue, de demande de propositions avec négociations consécutives, de négociations avec appel à la concurrence ou de sollicitation d'une source unique;

e) Cette dernière interdiction ne peut être levée que si la loi l'exige ou sur ordonnance du tribunal ou d'un autre organe compétent désigné par l'État adoptant.

123. En outre, l'article 24 du texte de 2011 (sur la confidentialité) interdit à l'entité adjudicatrice, dans ses communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs ou avec toute personne, de divulguer des informations dont la non-divulgaration est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale. Cette interdiction ne peut être levée que sur ordonnance du tribunal ou d'un autre organe compétent, et sous réserve des conditions d'une telle ordonnance. Dans la Loi type de 1994, on ne trouvait des dispositions similaires que dans le contexte de la divulgation d'informations provenant du procès-verbal de la procédure de passation de marchés et dans le cadre des procédures de recours (voir respectivement art. 11-3 et 55-3 du texte de 1994). L'article 24 du texte de 2011 envisage également la possibilité pour l'entité adjudicatrice de prendre des mesures supplémentaires pour protéger des informations classifiées. Sur la préservation de la confidentialité dans les procédures de passation de marché, voir également le **commentaire de l'article 24**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

CHAPITRE V DU TEXTE DE 1994. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES (CHAPITRES IV À VII DU TEXTE DE 2011)

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

124. Les procédures des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert et des autres techniques de passation de marchés (enchères électroniques inversées et accords-cadres) figurent dans plusieurs chapitres de la Loi type de 2011: le chapitre IV (qui regroupe les procédures de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et de la demande de propositions sans négociation), le chapitre V (qui regroupe les procédures de l'appel d'offres en deux étapes, de la demande de propositions avec dialogue, de la demande de propositions avec négociations consécutives, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique), le chapitre VI (sur les enchères électroniques inversées) et le chapitre VII (sur les procédures d'accords-cadres).

125. Les méthodes de passation de marchés des chapitres IV et V ont été regroupées selon qu'elles prévoient une sorte de discussion, de dialogue ou de négociation entre l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs: le chapitre IV contient les méthodes qui ne permettent pas une telle interaction, le chapitre V celles qui le permettent. On trouvera dans l'**introduction des chapitres IV et V** et le commentaire des articles énonçant les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation de marchés une explication des principales caractéristiques de chaque méthode et de leurs utilisations les plus courantes.

B. Commentaire par article

Appel d'offres en deux étapes (article 46 du texte de 1994; article 48 du texte de 2011)

126. Le paragraphe 2 a été modifié dans le texte de 2011, l'expression "caractéristiques de performance" remplaçant les mots "autres caractéristiques", conformément aux modifications apportées à l'article sur la description de l'objet du marché (art. 10 du texte de 2011). Des modifications de

fond visant à rendre le texte plus précis et à renforcer les garanties contre les abus dans cette méthode de passation de marchés ont été apportées aux paragraphes 3 et 4:

a) Le paragraphe 3 du texte de 2011 fait état de “discussions” et non plus de “négociations”, pour souligner qu’aucune négociation de type “marchandage” (telle que celle qui a lieu dans les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d’une source unique) ne se tient dans le contexte de cette méthode de passation de marchés;

b) Par souci de précision, au même paragraphe, le texte de 2011 fait référence à l’“offre initiale”;

c) Le paragraphe 3 impose en outre maintenant à l’entité adjudicatrice engageant des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur d’offrir à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions;

d) Le paragraphe 4 a été considérablement remanié. Dans la Loi type de 2011, il est divisé en cinq alinéas:

- i) Le premier alinéa, qui se fonde sur la première phrase du paragraphe 4 du texte de 1994, impose à l’entité adjudicatrice d’inviter tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l’offre initiale n’a pas été rejetée lors de la première étape à présenter une offre définitive accompagnée d’un prix sur la base des conditions révisées de la passation de marché. Contrairement au texte de 1994, qui ne mentionnait dans ce contexte qu’un seul ensemble de spécifications, le texte de 2011 renvoie tout au long du paragraphe 4 aux “conditions révisées de la passation de marché”;
- ii) Le deuxième alinéa remplace la deuxième phrase du paragraphe 4 du texte de 1994. En premier lieu, il interdit expressément à l’entité adjudicatrice de modifier l’objet du marché. Il l’autorise uniquement à préciser des points de la description de l’objet du marché en supprimant ou en modifiant tout point des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance énoncées initialement et en ajoutant toute nouvelle caractéristique conforme aux exigences de la Loi type. Il l’autorise aussi à supprimer ou modifier tout critère d’examen ou d’évaluation des offres énoncé initialement et à ajouter tout nouveau critère conforme aux exigences de la Loi type, mais uniquement dans la mesure où cette suppression, cette modification ou cet ajout est rendu nécessaire par la modification des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l’objet du marché;

- iii) Les troisième, quatrième et cinquième alinéas reprennent les dispositions des troisième, quatrième et cinquième phrases du paragraphe 4 du texte de 1994.

Appel d'offres restreint (article 47 du texte de 1994; articles 34 et 45 du texte de 2011)

127. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 47 se retrouvent respectivement aux paragraphes 1 et 5 de l'article 34 de la Loi type de 2011, qui porte sur la sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint. Les modifications de fond apportées à ces dispositions concernent le contenu minimal de l'avis d'appel d'offres restreint et le lieu de publication de cet avis (modifiant ainsi le paragraphe 2 du texte de 1994). L'article 34-5 de la Loi type de 2011 exige expressément de publier un avis préalable avant de recourir à la sollicitation directe et énumère les renseignements que cet avis doit comporter au minimum (sur les incidences de cet avis et les réponses à celui-ci, voir le **commentaire de l'article 34**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). Contrairement à la Loi type de 1994, qui exigeait que l'État adoptant précise dans la loi sur la passation des marchés elle-même dans quelle publication officielle l'avis devait être publié, le texte de 2011 renvoie cette indication aux règlements en matière de passation des marchés.

128. Les dispositions du paragraphe 3 du texte de 1994 se retrouvent à l'article 45 du texte de 2011. Elles ont modifiées et prévoient expressément que les dispositions du chapitre III de la Loi type s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf celles qui régissent les procédures de demande des offres, la teneur de l'invitation à soumettre une offre et la communication du dossier de sollicitation dans l'appel d'offres ouvert (qui sont non pertinentes ou peu commodes dans le contexte de la sollicitation directe, caractéristique de cette méthode de passation de marchés).

Sollicitation de propositions (article 48 du texte de 1994; incorporé dans les articles 11, 15, 24, 35 et 49 du texte de 2011)

129. Comme il est noté plus haut, au paragraphe 58, la Loi type de 2011 prévoit trois types de procédures de demande de propositions (la demande de propositions sans négociation, la demande de propositions avec dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives). Les articles 48 et 43 de la Loi type de 1994 (concernant ce dernier, voir plus haut, par. 117 à 120) se retrouvent ensemble à l'article 49 de la Loi type de 2011 (demande de propositions avec dialogue).

130. L'obligation figurant au paragraphe 1 du texte de 1994 d'adresser la sollicitation de propositions à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible, a été remplacée par des dispositions exigeant d'adresser la demande de propositions: à chaque fournisseur ou entrepreneur répondant à l'invitation ouverte; en cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié; lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné; et en cas de sollicitation directe, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné par l'entité adjudicatrice. Pour écarter tout doute, cette étape de la procédure de passation de marchés ne peut être la première étape que dans le cas d'une sollicitation directe. Dans tous les autres cas, l'envoi de la demande de propositions fait suite à un autre processus (par exemple, la sollicitation ouverte visée à l'article 35-1 de la Loi type de 2011, la préqualification ou la présélection).

131. L'exigence d'un nombre minimum de trois fournisseurs ou entrepreneurs si possible est conservée dans la Loi type de 2011 dans le contexte du nombre minimum et maximum de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue (voir les paragraphes 5 g et 7 de l'article 49 de la Loi type de 2011).

132. Les dispositions du paragraphe 2 sur la publication d'un avis visant à susciter des expressions d'intérêt ne se trouvent dans aucune disposition de la Loi type de 2011 concernant les procédures de demande de propositions. Elles se retrouvent à l'article 6 du texte de 2011 (concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir), qui invite les entités adjudicatrices à publier des informations permettant une bonne planification de sa part et de celle des fournisseurs ou entrepreneurs, sans prévoir de conséquences juridiques concernant cette publication (voir le **commentaire de l'article 6** du texte de 2011, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

133. La première étape de la procédure de demande de propositions dans la Loi type de 2011 est régie par l'article 35 (sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions), qui prévoit plusieurs possibilités de sollicitation. La méthode par défaut—publication d'une invitation à participer—constitue la sollicitation et oblige donc l'entité adjudicatrice à prendre des mesures appropriées à traiter comme il se doit les fournisseurs ou entrepreneurs qui y ont répondu. (On notera la différence avec l'avis destiné à susciter des expressions d'intérêt, visé à l'article 48-2 du texte de 1994).

134. Les raisons justifiant de faire exception à la méthode par défaut sont aussi énoncées à l'article 35 de la Loi type de 2011. Les raisons se trouvant dans le texte de 1994—économie ou efficacité—ont été remplacées par

trois raisons précises dont le libellé s'inspire des dispositions des alinéas *a* à *c* de l'article 37-3 de la Loi type de 1994, pour les raisons expliquées plus haut, au paragraphe 73.

135. Les dispositions de la Loi type de 2011 régissant la procédure de demande de propositions ne contiennent aucune disposition spécifique sur les critères d'évaluation (contrairement au paragraphe 3 du texte de 1994). L'article 11 du texte de 2011 régit cette question pour l'ensemble des méthodes de passation de marchés, y compris la demande de propositions, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**, dans la deuxième partie du présent *Guide*. Les points traités dans le chapeau et aux alinéas *a* et *c* du paragraphe 3 du texte de 1994 n'étaient donc plus nécessaires. De plus, les critères hautement subjectifs énumérés à l'alinéa *b* du texte de 1994 ne figurent plus dans le texte de 2011. Comme il est noté plus haut, au paragraphe 110, certaines dispositions de l'article 11 du texte de 2011 ont été rédigées de manière à tenir compte des caractéristiques particulières des procédures de demande de propositions, telles que la nécessité de prendre en considération l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et managériales du fournisseur ou entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché.

136. La liste des renseignements devant figurer au minimum dans la demande de propositions, qui figurait au paragraphe 4 du texte de 1994, a été considérablement allongée dans le texte de 2011 (voir l'article 49-5 et le **commentaire s'y rapportant**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

137. Les dispositions du paragraphe 5 se retrouvent à l'article 15 du texte de 2011 (sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation), examiné plus haut, aux paragraphes 86 et 87.

138. Les dispositions des paragraphes 6 et 7 *a* et *b* se retrouvent aux paragraphes 2 et 3 de l'article 24 du texte de 2011 (sur la confidentialité), examinés plus haut, aux paragraphes 122 et 123.

139. Les dispositions du paragraphe 7 *c*, qui prévoyaient l'égalité des chances de participer aux négociations pour tous les fournisseurs ou entrepreneurs soumissionnaires, doivent se lire à la lumière des modifications pertinentes apportées dans la Loi type de 2011 (art. 49-6) en ce qui concerne les motifs de rejet des propositions soumises. Alors que la Loi type de 1994 était muette sur ce point, les articles 49-5 *g*, 49-6 *b* et 49-7 de la Loi type de 2011 contiennent une disposition expresse permettant à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue (voir le **commentaire** des dispositions pertinentes de l'article 49, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

140. Les dispositions des paragraphes 8 et 10 se retrouvent respectivement aux paragraphes 11 et 13 de l'article 49 de la Loi type de 2011. Le principe énoncé au paragraphe 9 *a* de l'article 48 du texte de 1994, selon lequel seuls les critères énoncés dans la demande de propositions peuvent être pris en compte dans l'évaluation, se retrouve à l'article 11-6 du texte de 2011 et s'applique *mutatis mutandis* à toutes les méthodes de passation de marchés.

141. Les procédures qui permettaient d'évaluer le prix indépendamment de la mesure dans laquelle une proposition répond aux besoins de l'entité adjudicatrice, et seulement après l'évaluation technique (voir les alinéas *b* et *c* du paragraphe 9 du texte de 1994) ne figurent plus dans le texte de 2011. La CNUDCI a estimé qu'il n'était pas raisonnable d'imposer ce type de restrictions à l'entité adjudicatrice, qui pouvait se trouver dans diverses situations lorsqu'elle utilisait la méthode de la demande de propositions avec dialogue. Une évaluation simultanée de toutes les considérations pertinentes peut être nécessaire pour sélectionner l'offre répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Négociation avec appel à la concurrence (article 49 du texte de 1994)
—*Négociations avec appel à la concurrence (article 51 du texte de 2011); voir également les articles 24 et 34 du texte de 2011*

142. Les dispositions du paragraphe 1 de cet article se retrouvent à l'article 34-3 de la Loi type de 2011 (sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence), auquel renvoie l'article 51-1 du texte de 2011. Le texte de 2011 prévoit une nouvelle obligation, celle de publier un avis préalable (décrite plus haut, au paragraphe 127) sauf si le recours à des négociations avec appel à la concurrence est justifié par des besoins urgents (voir les paragraphes 5 et 6 de l'article 34 du texte de 2011).

143. La portée temporelle du paragraphe 2 a été élargie aux informations communiquées avant et pendant les négociations. Le paragraphe *a* en outre été modifié de manière à exiger que les informations pertinentes soient communiquées en même temps à tous les participants, à moins qu'elles ne concernent spécialement ou exclusivement un fournisseur ou entrepreneur ou que leur communication ne viole les dispositions de l'article 24 de la Loi type de 2011 relatives à la confidentialité.

144. Les dispositions du paragraphe 3 se retrouvent à l'article 24-3 du texte de 2011 (sur la confidentialité).

145. Les dispositions sur les négociations avec appel à la concurrence, à l'article 51 du texte de 2011, interdisent maintenant expressément toute

négociation entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive. Elles introduisent également une définition de l'offre à retenir (définie comme étant celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice).

Sollicitation de prix (article 50 du texte de 1994)—Demande de prix (articles 34 et 46 du texte de 2011)

146. La première phrase de l'article 50 de la Loi type de 1994 se retrouve à l'article 34-2 de la Loi type de 2011 (sollicitation dans le cas de la procédure de demande de prix), auquel renvoie l'article 46-1 du texte de 2011. L'exigence du texte de 1994—solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs “si possible”—a été remplacée dans le texte de 2011, à l'article 34-2, par une exigence absolue de demander des prix à trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins; on a estimé que les dispositions du texte de 1994 présentaient un risque trop grand d'abus et de subjectivité dans le choix des fournisseurs à qui demander un prix. Compte tenu du type d'objet pour lequel la méthode a été conçue—articles disponibles dans le commerce—trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins devraient toujours pouvoir fournir l'objet du marché.

147. Les dispositions restantes de l'article 50 de la Loi type de 1994 se retrouvent à l'article 46 de la Loi type de 2011 avec peu de changements, si ce n'est l'ajout à la fin du paragraphe 3 de la formule “tels que mentionnés dans la demande de prix”, qui vise à assurer le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs en exigeant que les informations concernant les besoins de l'entité adjudicatrice qui leur sont communiquées au début de la procédure de passation de marchés restent valables tout au long de celle-ci et constituent la base de la sélection du prix à retenir.

Sollicitation d'une source unique (article 51 du texte de 1994; articles 34 et 52 du texte de 2011)

148. Les dispositions de l'article 51 de la Loi type de 1994 se retrouvent à l'article 34-4 de la Loi type de 2011 (sur la sollicitation d'une source unique), auquel renvoie l'article 52 du texte de 2011. Le texte de 2011 prévoit maintenant l'obligation de publier un avis préalable (décrite plus haut, au paragraphe 127), sauf si le recours à la sollicitation d'une source unique est justifié par des besoins urgents (voir les paragraphes 5 et 6 de l'article 34 du texte de 2011).

149. L'article 52 du texte de 2011 contient les procédures de sollicitation d'une source unique (le texte de 1994 ne contenait pas de dispositions

équivalentes), qui imposent à l'entité adjudicatrice d'engager des négociations avec le fournisseur ou entrepreneur auquel elle demande une proposition ou un prix, à moins que ce soit impossible (voir également le **commentaire de l'article 52** de la Loi type de 2011, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

CHAPITRE VI DU TEXTE DE 1994. RECOURS

Chapitre VIII du texte de 2011. Procédures de contestation

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

150. Une critique fréquente concernant la Loi type de 1994 était que ses dispositions sur les recours étaient insuffisantes et inefficaces: une note de bas de page y indiquait qu'elles étaient facultatives et limitées; de nombreuses décisions étaient exemptes de recours; le système était largement administratif et hiérarchique plutôt que judiciaire; et il n'y avait aucune obligation de recours indépendant. En outre, les orientations le concernant laissaient à l'État adoptant une grande latitude pour appliquer les dispositions mêmes. Après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent *Guide*), en 2005, la CNUDCI a noté que la Loi type devrait également être modifiée pour appliquer l'article 9 de la Convention, qui exige (entre autres) que les systèmes de passation de marchés comprennent "un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies". Le titre du chapitre a donc été modifié pour tenir compte de cette obligation internationale.

151. Le chapitre VIII de la Loi type de 2011 renforce les dispositions du texte de 1994 sur le recours, notamment en supprimant leur caractère facultatif. Contrairement à la note de bas de page accompagnant le titre de ce chapitre dans le texte de 1994, soulignant son caractère facultatif, celle qui figure dans le texte de 2011 n'atténue pas la force de ce chapitre par rapport aux autres chapitres de la Loi type. Elle appelle l'attention des États adoptants sur les options prévues dans le texte du chapitre (entre crochets) pour tenir compte de leurs différentes traditions. Suivant une position plus ferme que les dispositions de 1994, le présent *Guide* invite les États adoptants à incorporer l'ensemble des dispositions du chapitre si leur système juridique le permet (ces orientations remplacent à cet égard la proposition de la note de bas de page du texte de 1994 invitant les États à utiliser les articles sur les recours pour mesurer l'efficacité des procédures de recours existantes).

152. Les dispositions du texte de 2011 prévoient la possibilité de demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision prise au cours de la

procédure de passation de marchés alors que la Loi type de 1994 impose aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de présenter d'abord une demande à l'entité adjudicatrice, avant l'entrée en vigueur du marché. Le texte de 2011 permet, dans ce cas, au fournisseur ou entrepreneur lésé de s'adresser à l'entité adjudicatrice, à une instance indépendante ou au tribunal; toutefois, le texte de 2011 (par l'utilisation de crochets à l'article 64) et le présent *Guide* reconnaissent que la succession des demandes formées devant ces instances dépendra pour beaucoup des traditions juridiques des États adoptants (sur ce point, voir également ci-après, par. 162). La Convention contre la corruption impose aux États de disposer d'un mécanisme de recours et d'un mécanisme d'appel mais la Loi type est souple, de sorte que les États adoptants peuvent appliquer ses dispositions conformément à leurs traditions juridiques.

153. En outre, le chapitre VIII du texte de 2011 renforce considérablement les dispositions sur les recours en supprimant une longue liste de décisions exclues de tout processus de recours, comme il est expliqué ci-dessous au paragraphe 159. Le texte de 2011 prévoit que tout acte ou toute décision de l'entité adjudicatrice présumé non conforme aux dispositions de la loi sur la passation des marchés peut être contesté par le fournisseur ou entrepreneur déclarant en avoir subi ou pouvoir en subir une perte ou un dommage.

154. La portée du mécanisme de recours ayant été sensiblement élargie, il a fallu introduire divers mécanismes pour assurer l'efficacité de la procédure et pour réaliser un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver les droits des fournisseurs et entrepreneurs et l'intégrité du processus de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de perturber le moins possible ce processus. Un nouvel article 65 a donc été introduit aux fins de l'interdiction générale de toute mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur du marché pendant qu'une contestation est en cours. L'entité adjudicatrice peut invoquer des considérations urgentes d'intérêt général pour faire lever cette interdiction. Le texte de 2011 contient également un régime entièrement nouveau de suspension facultative ou obligatoire de la procédure de passation de marché. Ces questions sont examinées en détail dans l'**introduction du chapitre VIII**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

155. Des mesures d'appui sont également prévues pour inciter à régler rapidement les questions et les litiges, permettant de traiter les contestations avant qu'il ne faille annuler certaines étapes de la procédure de passation de marché, notamment les dispositions sur les avis figurant dans l'ensemble de la Loi type, les dispositions sur le délai d'attente, examinées dans le **commentaire de l'article 22**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, et les nouveaux délais de présentation des demandes de réexamen ou des demandes en révision.

156. Le chapitre VIII est le dernier du texte de 2011, tout comme le chapitre VI était le dernier de la Loi type de 1994. Il est précédé de deux chapitres supplémentaires qui n'existaient pas dans le texte de 1994, l'un sur les enchères électroniques inversées et l'autre sur les accords-cadres, qui régissent les procédures de ces techniques de passation de marchés. Les dispositions de ces chapitres de la Loi type de 2011 ne sont pas examinées dans cette partie du *Guide*, puisque aucune disposition sur ces questions ne figure dans la Loi type de 1994. (Pour le commentaire de ces chapitres, voir la deuxième partie du présent *Guide*.)

B. Commentaire par article

Droit de recours (article 52 du texte de 1994) (Droit de contestation et d'appel (article 64 du texte de 2011))

157. Pour les raisons mentionnées ci-dessus au paragraphe 150, le titre de cet article est devenu "Droit de contestation et d'appel".

158. Les mots "causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi", au paragraphe 1 du texte de 1994, ont été remplacés par le membre de phrase "en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi", compte tenu de la suppression des exceptions au recours figurant au paragraphe 2 de l'article 52 du texte de 1994 (voir le paragraphe qui suit), qui élargit considérablement l'éventail des décisions et actes susceptibles de contestation ou d'appel.

159. Parmi les exceptions au recours supprimées du paragraphe 2 de la Loi type de 1994, les plus notables sont le choix d'une méthode de passation de marchés ou d'une procédure de sélection et la limitation de la participation à une procédure de passation de marchés sur la base de la nationalité. Cette liste d'exceptions avait suscité des critiques de la part des praticiens et de la communauté des donateurs car elle pouvait donner lieu à des pratiques abusives et ne concourrait pas la responsabilité dans le processus de passation des marchés. La CNUDCI estime particulièrement important, dans le cadre d'un contrôle efficace de l'utilisation d'une technique de type "boîte à outils" pour le choix de la bonne méthode de passation de marchés (question examinée dans l'**introduction de la section I du chapitre II**, dans la deuxième partie du présent *Guide*), que cette décision, comme toutes les autres, puisse être contestée. La suppression de ces exceptions a également été jugée nécessaire afin d'aligner la Loi type sur la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir **par. 8 de la première partie** du présent

Guide) et d'autres instruments internationaux et régionaux régissant la passation des marchés publics.

160. Aux paragraphes 2 et 3 du premier article du chapitre VIII de la Loi type de 2011, l'État adoptant est invité à préciser devant quelles instances la procédure de contestation peut être portée et l'ordre des démarches de cette procédure (par exemple, si le fournisseur ou entrepreneur doit d'abord s'adresser à l'entité adjudicatrice avant de se tourner vers une autre instance administrative ou vers le tribunal, et s'il doit épuiser les recours devant une instance avant d'en saisir une autre, de manière à empêcher la recherche du for le plus avantageux).

Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53 du texte de 1994) (Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice (article 66 du texte de 2011))

161. La modification du titre de cet article rend compte de la suppression des références à l'autorité de tutelle qui figuraient dans le texte de 1994 et des dispositions qui prévoyaient un recours devant le responsable de l'autorité de tutelle. Cette modification découle de la décision de la CNUDCI de supprimer à quelques exceptions près les dispositions de la Loi type selon lesquelles l'entité adjudicatrice doit faire approuver par une autre autorité les mesures qu'elle prend au cours du processus de passation de marchés (voir plus haut, par. 39).

162. La CNUDCI a appris que, dans certains pays, les dispositions du texte de 1994 imposant aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de toujours présenter d'abord une demande à l'entité adjudicatrice avant l'entrée en vigueur du marché s'étaient avérées inefficaces et ne faisaient que retarder une demande ultérieure. Le recours à ce mécanisme est donc devenu facultatif à l'article 66 du texte de 2011 (un fournisseur ou entrepreneur peut choisir de s'adresser directement à l'entité adjudicatrice, à une instance indépendante ou à un tribunal). Il est cependant déconseillé de saisir simultanément plusieurs instances. Il appartient à l'État adoptant de mettre en place des mécanismes convenant à ses traditions juridiques et aux circonstances locales afin d'empêcher que le processus de passation de marchés ne soit inutilement perturbé, tout en protégeant les droits des fournisseurs ou entrepreneurs lésés.

163. Cet article a été modifié de manière à mettre en place une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse, permettant aux parties de traiter les demandes tôt, à un moment où elles perturbent moins la passation de marché, et à moindres frais. Le délai de 20 jours pour la présentation des réclamations, prévu au paragraphe 2 du texte de 1994, a été remplacé au

paragraphe 2 du texte de 2011 par les délais suivants: *a*) avant la date limite de présentation des soumissions (si les demandes de réexamen concernent les conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection ou des décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice lors de la procédure de préqualification ou de présélection); et *b*) avant la fin du délai d'attente ou, si aucun délai d'attente ne s'applique, avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre (si les demandes de réexamen concernent d'autres décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché).

164. Ces nouveaux délais ont été introduits pour encourager la présentation rapide des contestations et empêcher que le processus de passation de marchés ne soit perturbé par des contestations tardives (par exemple, de fournisseurs ou entrepreneurs exclus en début de procédure (en raison de leur nationalité ou parce qu'ils ont été disqualifiés). Pour un examen approfondi de ce point, voir le **commentaire de l'article 66**, dans la deuxième partie du présent *Guide*). Une telle garantie n'existait pas dans le texte de 1994, qui traitait simplement des perturbations dans l'exécution du marché en permettant à l'entité adjudicatrice de ne pas connaître d'une réclamation ou de ne pas en poursuivre l'examen après l'entrée en vigueur du marché (par. 3 de l'article 53 du texte de 1994).

165. Le régime établi dans la Loi type de 2011 prévoit également une garantie empêchant l'entité adjudicatrice de se hâter, lorsqu'une demande de réexamen ou une demande en révision a été déposée, de prendre des mesures aux fins de l'entrée en vigueur du marché. Comme il est noté plus haut, au paragraphe 154, cette garantie se trouve dans le nouvel article 65 du texte de 2011, qui interdit à l'entité adjudicatrice de prendre des mesures qui entraîneraient l'entrée en vigueur d'un marché si une réclamation, un appel ou notification de ceux-ci sont introduits en temps voulu. Cette interdiction subsiste pendant toute la durée de l'examen de la contestation et toute période supplémentaire fixée par l'État adoptant pour permettre un appel de toute décision concernant la contestation. Elle peut être levée au motif de considérations urgentes d'intérêt général mais la décision doit être prise par une instance indépendante ou par le tribunal et peut être elle-même contestée (voir l'article 65 de la Loi type de 2011 et le **commentaire s'y rapportant**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

166. Les paragraphes 4 à 6 de l'article 53 de la Loi type de 1994 ont été remplacés par une réglementation détaillée des contestations formées devant l'entité adjudicatrice, précisant notamment les obligations en matière de notification, le délai dont dispose l'entité adjudicatrice pour prendre des décisions ou des mesures, les conséquences d'une absence de notification dans les délais requis, les motifs de rejet de la demande, et les exigences

concernant la forme, le contenu et l'inscription au procès-verbal de la décision de l'entité adjudicatrice (voir le **commentaire des paragraphes 3 à 8 de l'article 66 du texte de 2011**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

Recours administratif (article 54 du texte de 1994) (Demande en révision auprès d'une instance indépendante (article 67 du texte de 2011))

167. La modification du titre de cet article découle d'un renforcement majeur des dispositions concernant ce type de contestation, qui doit désormais être entendue par un tiers indépendant. On trouvera dans le **commentaire de l'article 67**, dans la deuxième partie du présent *Guide*, un examen de la signification de l'indépendance dans ce contexte. La note de bas de page accompagnant l'article 54 du texte de 1994, qui suggère que les États n'ayant pas une telle tradition juridique peuvent s'abstenir de promulguer ces dispositions, a été supprimée pour des raisons analogues à celles expliquées plus haut, au paragraphe 151: les États adoptants sont invités à incorporer l'ensemble des dispositions du chapitre dans la mesure où leur système juridique le permet.

168. Les délais fixés au paragraphe 1 du texte de 1994 ont été remplacés par d'autres délais (voir par. 2 du texte de 2011) correspondant le cas échéant aux délais de présentation des demandes de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice (voir ci-dessus, par. 163). Contrairement au texte de 1994, le texte de 2011 ne fixe pas de délais précis mais invite les États adoptants à le faire en fonction des circonstances locales (par exemple, le délai de 20 jours prévu dans le texte de 1994 peut être jugé excessif dans les pays où les demandes peuvent être introduites par voie électronique).

169. Les paragraphes 2, 4 et 5 du texte de 1994 ont été remplacés par une réglementation détaillée concernant les procédures, notamment la suspension obligatoire ou facultative de la procédure de passation de marché, du marché lui-même ou de l'application de l'accord-cadre, les exigences en matière de notification, les motifs de rejet de la demande, les délais dont dispose l'instance indépendante pour prendre des décisions ou des mesures, l'accès de celle-ci à tous les documents concernant la procédure de passation de marché, ainsi que la forme, le contenu et l'inscription au procès-verbal de la décision qu'elle prend (voir le **commentaire de l'article 67**, par. 3 à 8, 10 et 11 du texte de 2011, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

170. La liste des mesures que peut prendre l'instance administrative concernant la demande, au paragraphe 3 du texte de 1994, a été sensiblement modifiée. Il en résulte que l'article 67-9 du texte de 2011 n'est plus exhaustif: les mesures prescrites sont suivies d'autres mesures pouvant convenir en

l'espèce. Les dispositions de l'alinéa *a* de la liste de 1994 concernant les règles ou principes juridiques applicables se retrouvent dans le chapeau et non plus dans la liste des mesures disponibles, compte tenu du fait que toute déclaration de ces règles ou principes serait une indication de la mesure que prendra l'instance indépendante.

171. Certaines mesures ont été ajoutées à la liste, telles que la confirmation d'une décision de l'entité adjudicatrice, l'annulation de l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a été publié, l'ordre de publier un avis d'annulation de l'attribution (art. 67-9 *c* à *f* du texte de 2011). Ces mesures figurent entre crochets (pour les considérations de politique générale pouvant aider les États adoptants à décider s'il convient de les incorporer dans leur législation, voir le commentaire des **dispositions pertinentes de l'article 67**, dans la deuxième partie du présent *Guide*).

172. Les options concernant l'ampleur du dédommagement financier, qui figuraient à l'alinéa *f* du texte de 1994, ont été fusionnées et figurent maintenant à l'article 67-9 *i* du texte de 2011. Les États adoptants peuvent choisir de limiter le dédommagement financier "soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande, soit à l'ensemble de ces coûts". (Les considérations de politique générale pouvant aider les États adoptants à décider s'il convient d'incorporer cette option dans leur législation sont énoncées dans le commentaire des **dispositions pertinentes de l'article 67**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.) L'expression "préjudice subi" figurant dans le texte de 1994 a été remplacée par l'expression "dommage subi", plus courante et dont la compréhension est plus homogène dans les différents systèmes juridiques. Ces modifications visent à assurer de manière générale l'harmonisation de la Loi type avec les autres instruments internationaux régissant la passation des marchés publics.

Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54] (article 55)

173. Hormis la dernière partie du paragraphe 3, les dispositions des paragraphes 1 et 3 de l'article 55 du texte de 1994 se retrouvent dans les exigences concernant les notifications et la tenue du procès-verbal de la passation de marché aux articles 66 et 67 du texte de 2011, qui traitent respectivement des demandes de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice et des demandes en révision auprès d'une instance indépendante.

174. Les dispositions du paragraphe 2 se retrouvent à l'article 68 du texte de 2011 (sur les droits des participants à une procédure de contestation).

175. Les dispositions sur la confidentialité figurant au paragraphe 3 se retrouvent au nouvel article 69 du texte de 2011 (sur la confidentialité dans une procédure de contestation).

Suspension de la procédure de passation du marché (article 56)

176. La Loi type de 2011 ne comporte pas d'article distinct sur les questions de suspension. Les dispositions en la matière se trouvent aux articles 66 et 67 du texte de 2011, qui traitent respectivement des demandes de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice et des demandes en révision auprès d'une instance indépendante.

177. Le régime de suspension prévu dans le texte de 1994 a été entièrement révisé dans la Loi type de 2011. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 56 de la Loi type de 1994 prévoyant une suspension automatique de sept jours et celles prévoyant une déclaration du type visé au paragraphe 1 ont été supprimées, de même que la limite de 30 jours visée au paragraphe 3. Les dispositions sur la certification par l'entité adjudicatrice concernant les considérations urgentes d'intérêt général se retrouvent à l'article 65-3 *a* sous la forme d'une demande de l'entité adjudicatrice à l'instance indépendante aux fins de la levée de l'interdiction de conclure le marché visée à l'article 65; dans le nouveau régime, c'est l'instance indépendante qui doit connaître de cette demande et sa décision peut être contestée par des fournisseurs ou entrepreneurs lésés. Cette façon de procéder s'écarte radicalement de la position de la Loi type de 1994: le paragraphe 4 précisait que le certificat était irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire. Pour d'autres indications sur le régime de suspension prévu dans la Loi type de 2011, voir le commentaire des articles 65, 66 et 67, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

Recours judiciaire (article 57)

178. Cet article a été supprimé. Les dispositions concernant le recours judiciaire se trouvent à l'article 64-2 et 3 du texte de 2011. Elles sont soumise entre crochets à l'examen des États adoptants, comme il est expliqué dans le **commentaire de cet article**, dans la deuxième partie du présent *Guide*.

**ANNEXE I. TABLE DE CONCORDANCE ENTRE
LA LOI TYPE DE 2011 ET LA LOI TYPE DE 1994**

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
<i>Préambule</i>	<i>Préambule</i>
Chapitre premier. Dispositions générales Articles 1 à 26	CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés
Article 5. Publication des textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir	Nouvelles dispositions
Article 7. Communications dans la passation des marchés	Article 9. Forme des communications
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs Article 7. Procédure de présélection (par. 8) Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services
Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation	Nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994 (art. 27 <i>e</i> , 34-4, 38 <i>m</i> , 39 et 48-3 du texte de 1994)
Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché	Nouvelles dispositions
Article 13. Règles concernant la langue des documents	Article 17. Langue Article 29. Langue des offres
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	Nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994 (art. 7-3 <i>a</i> iv et 30-1 à 30-4 du texte de 1994)
Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation, et article 48-5
Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions	Nouvelles dispositions fondées en partie sur l'article 34-1 du texte de 1994
Article 17. Garanties de soumission	Article 32. Garanties de soumission
Article 18. Procédure de préqualification	Article 7. Procédure de présélection Dispositions des articles 23, 24 et 25 concernant la présélection
Article 19. Abandon de la passation de marché	Article 12. Rejet de toutes les soumissions, propositions ou offres, ou de tous les prix
Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses	Nouvelles dispositions
Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre	Article 14. Publication de l'avis d'attribution du marché
Article 24. Confidentialité	Articles 34-8, 45, 48-7 et 49-3
Article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés, et article 34-8
Article 26. Code de conduite	Nouvelles dispositions
Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marchés Articles 27 à 35	CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES
Section I. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes Articles 27 à 32	
Article 27. Méthodes de passation des marchés	Nouvelles dispositions
Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés	Article 18. Méthodes de passation des marchés
Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)	Articles 20 et 21
Article 30. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)	Articles 19 et 22
Article 31. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée	Nouvelles dispositions
Article 32. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre	Nouvelles dispositions

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Section II. Sollicitation et avis de passation de marché Articles 33 à 35	Nouvelles dispositions fondées sur diverses dispositions de la Loi type de 1994
Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée	Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection
Article 34. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: Exigence d'un avis préalable de passation de marché	Articles 47-1 et 47-2, 49-1, 50-1 et 51
Article 35. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions	Articles 37 et 48-1 et 48-2
Chapitre III. Appel d'offres ouvert Articles 36 à 44	CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES
Section I. Sollicitation des offres Articles 36 à 39	
Article 36. Procédures de sollicitation des offres	Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection
Article 37. Teneur de l'invitation à soumettre une offre	Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection (par. 1)
Article 38. Communication du dossier de sollicitation	Article 26. Communication du dossier de sollicitation
Article 39. Teneur du dossier de sollicitation	Article 27. Teneur du dossier de sollicitation
Section II. Présentation des offres Articles 40 et 41	
Article 40. Présentation des offres	Article 30. Soumission des offres (par. 5 et 6)

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Article 41. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres
Section III. Évaluation des offres	
Articles 42 à 44	
Article 42. Ouverture des offres	Article 33. Ouverture des offres
Article 43. Examen et évaluation des offres	Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres (par. 2 à 7)
Article 44. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs
Chapitre IV. Procédures concernant l'appel d'offres restreint, la demande de prix et la demande de propositions sans négociation	
Articles 45 à 47	
Article 45. Appel d'offres restreint	Article 47. Appel d'offres restreint
Article 46. Demande de prix	Article 50. Procédure de sollicitations de prix
Article 47. Demande de propositions sans négociation	Article 42. Procédure de sélection sans négociation, et autres dispositions pertinentes du chapitre IV. Méthode principale de passation des marchés de services
CHAPITRE V. 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	
Articles 48 à 52	
Article 48. Appel d'offres en deux étapes	Article 46. Appel d'offres en deux étapes
Article 49. Demande de propositions avec dialogue	Article 43. Procédure de sélection avec négociations simultanées Article 48. Sollicitation de propositions
Article 50. Demande de propositions avec négociations consécutives	Article 44. Procédure de sélection avec négociations consécutives

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Article 51. Négociations avec appel à la concurrence	Article 49. Appel à la concurrence
Article 52. Sollicitation d'une source unique	Article 51. Sollicitation d'une source unique
Chapitre VI. Enchères électroniques inversées Articles 53 à 57	Nouvelles dispositions
Article 53. Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marchés autonome	
Article 54. Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché	
Article 55. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère	
Article 56. Exigences pendant l'enchère électronique inversée	
Article 57. Exigences après l'enchère électronique inversée	
Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres Articles 58 à 63	Nouvelles dispositions
Article 58. Attribution d'un accord-cadre fermé	
Article 59. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés	
Article 60. Établissement d'un accord-cadre ouvert	
Article 61. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts	
Article 62. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre	
Article 63. Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre	

<i>Article de la Loi type de 2011</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994</i>
Chapitre VIII. Procédures de contestation	CHAPITRE VI. RECOURS
Articles 64 à 69	
Article 64. Droit de contestation et d'appel	Article 52. Droit de recours
Article 65. Effet d'une contestation	Nouvelles dispositions
Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice	Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle); Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54], par. 1 et 3; et Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché
Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante	Article 54. Recours administratif; Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54] par. 1 et 3; et Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché
Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54], par. 2
Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54] (par. 3, dernière phrase)

**ANNEXE II. TABLE DE CONCORDANCE ENTRE LA LOI TYPE
DE 1994 ET LA LOI TYPE DE 2011
(SANS LES NOUVELLES DISPOSITIONS)**

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	Chapitre premier. Dispositions générales
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]]
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés
Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Article 5. Publication des textes juridiques
Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 9. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 7. Procédure de présélection Paragraphe 3 a iv Paragraphe 8	Article 18. Procédure de préqualification 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 Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (par. 8 d)
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 9. Forme des communications	Article 7. Communications dans la passation des marchés

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (par. 8 d)
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés
Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	Article 19. Abandon de la passation de marché
Article 13. Entrée en vigueur du marché	Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché
Article 14. Publication des avis d'attribution du marché	Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre
Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts
Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre
Article 17. Langue	Article 13. Règles concernant la langue des documents
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marchés
Article 18. Méthodes de passation des marchés	Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés
Article 19. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence	Article 30. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
Article 20. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)
Article 21. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)
Article 22. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	Article 30. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)
CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	Chapitre III. Appel d'offres ouvert
SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION	Section I. Sollicitation des offres
Article 23. Appel d'offres national	Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée (par. 4)
Dispositions sur la présélection: Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection; et Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection Autres dispositions de ces articles	Article 18. Procédure de préqualification Article 36. Procédures de sollicitation des offres Article 37. Teneur de l'invitation à soumettre une offre
Article 26. Communication du dossier de sollicitation	Article 38. Communication du dossier de sollicitation
Article 27. Teneur du dossier de sollicitation	Article 39. Teneur du dossier de sollicitation

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation
SECTION II. SOUSSION DES OFFRES	Section II. Présentation des offres
Article 29. Langue des offres	Article 13. Règles concernant la langue des documents
Article 30. Soumission des offres Paragraphe 1 à 4 Paragraphe 5 et 6	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 Article 40. Présentation des offres
Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	Article 41. Période de validité des offres; modification et retrait des offres
Article 32. Garanties de soumission	Article 17. Garanties de soumission
SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	Section III. Évaluation des offres
Article 33. Ouverture des offres	Article 42. Ouverture des offres
Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres Paragraphe 1 Paragraphe 2 à 7 Paragraphe 8	Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions Article 43. Examen et évaluation des offres Article 24. Confidentialité, et article 25. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marchés (dispositions sur la confidentialité)
Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 44. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs
Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES	Chapitre IV, article 47, et chapitre V, articles 49 et 50
Article 37. Avis de sollicitation de propositions	Article 35. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions
Article 38. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services	Article 47. Demande de propositions sans négociation; Article 49. Demande de propositions avec dialogue
Article 39. Critères d'évaluation des propositions	Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation
Article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions	Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation
Article 41. Choix d'une procédure de sélection	Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marchés
Article 42. Procédure de sélection sans négociation	Article 47. Demande de propositions sans négociation
Article 43. Procédure de sélection avec négociations simultanées	Article 49. Demande de propositions avec dialogue
Article 44. Procédure de sélection avec négociations consécutives	Article 50. Demande de propositions avec négociations consécutives
Article 45. Confidentialité	Article 24. Confidentialité
CHAPITRE V. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	Chapitre IV, articles 45 et 46, et chapitre V, articles 48, 49, 51 et 52
Article 46. Appel d'offres en deux étapes	Article 48. Appel d'offres en deux étapes
Article 47. Appel d'offres restreint	Article 45. Appel d'offres restreint Article 34. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: Exigence d'un avis préalable de passation de marché

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
Article 48. Sollicitation de propositions	Article 49. Demande de propositions avec dialogue Article 35. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation Article 24. Confidentialité
Article 49. Appel à la concurrence	Article 51. Négociations avec appel à la concurrence Article 34. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: Exigence d'un avis préalable de passation de marché
Articles 48-7 et 49-3	Article 24. Confidentialité
Article 50. Procédure de sollicitations de prix	Article 46. Demande de prix Article 34. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: Exigence d'un avis préalable de passation de marché
Article 51. Sollicitation d'une source unique	Article 52. Sollicitation d'une source unique Article 34. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: Exigence d'un avis préalable de passation de marché
CHAPITRE VI. RECOURS	Chapitre VIII. Procédures de contestation
Article 52. Droit de recours	Article 64. Droit de contestation et d'appel
Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice

<i>Article de la Loi type de 1994</i>	<i>Dispositions correspondantes de la Loi type de 2011</i>
Article 54. Recours administratif	Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante
Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante Article 68. Droits des participants à une procédure de contestation Article 69. Confidentialité dans une procédure de contestation
Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché	Article 65. Effet d'une contestation Article 66. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice Article 67. Demande en révision auprès d'une instance indépendante
Article 57. Recours judiciaire	Article 64. Droit de contestation et d'appel



