

**Assemblée générale**

Distr. générale
25 mars 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

**Partenariats public-privé (PPP) : proposition
d'actualisation du Guide législatif de la CNUDCI
sur les projets d'infrastructure à financement privé
(chapitre III révisé)**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
III. Attribution du contrat	2
A. Remarques générales	2
B. Présélection des soumissionnaires	10
C. Procédures de demande de propositions	15
D. Attribution d'un contrat par voie de négociations directes	30
E. Propositions spontanées	33
F. Confidentialité	38
G. Avis d'attribution du projet	39
H. Archivage des documents liés aux procédures de sélection et d'attribution	39
I. Procédures de recours	41



III. Attribution du contrat

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre porte sur les méthodes et les procédures recommandées pour l'attribution de contrats de PPP. Conformément aux conseils d'organisations internationales telles que la Banque mondiale¹ et l'ONUDI², le *Guide* exprime une préférence évidente et marquée pour l'emploi de procédures de sélection avec mise en concurrence, qui sont largement reconnues comme étant les mieux à même de promouvoir l'économie, l'efficacité et la transparence, entre autres principes généraux qui devraient sous-tendre les lois et règlements relatifs aux PPP (voir chap. I, par. ...). C'est aussi conforme à l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui exige des États parties qu'ils prennent « 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 ». Le *Guide* reconnaît toutefois que, dans des circonstances exceptionnelles, des contrats peuvent être attribués sans mise en concurrence, en tenant compte des aspects particuliers du projet, mais sous réserve des garanties qu'il recommande (voir par. ...).

2. Les procédures de sélection recommandées dans ce chapitre présentent certaines caractéristiques de la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics³. À côté de cette méthode de passation de marchés, la Loi type en prévoit d'autres, comme l'appel d'offres en deux étapes (art. 48) ou les négociations avec appel à la concurrence (art. 51), qui peuvent aussi être utilisées pour l'attribution de contrats de PPP, selon les caractéristiques du projet et l'évaluation effectuée par l'autorité contractante au cours de la phase de planification (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Chaque fois que cela est approprié, le présent chapitre renvoie le lecteur à ces dispositions, ainsi qu'à d'autres dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui complètent utilement la procédure de sélection qui y est décrite. En choisissant la méthode de sélection la plus appropriée et en décidant de la structure et des modalités pratiques de sa mise en œuvre, l'autorité contractante gardera à l'esprit les principes généraux qui sous-tendent les lois et règlements relatifs aux PPP (voir chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. ...) et les objectifs qu'un processus d'attribution adéquat devrait atteindre (voir ci-après, par. ...).

1. Procédures de sélection visées par le *Guide*

3. L'autorité contractante peut, par le biais d'un projet de PPP, regrouper plusieurs activités qui devraient, sinon, faire l'objet de procédures de passation séparées (conception, construction, exploitation et maintenance, mais aussi financement et gestion en général de l'infrastructure ou du service pendant tout son cycle de vie). L'objectif général est de redistribuer les risques entre les secteurs public et privé de manière à encourager la mise en place d'infrastructures ou de services publics. Néanmoins, même dans les projets qui sont censés être entièrement financés par le secteur privé et remboursés à travers les redevances ou autres droits payés par les utilisateurs, l'État reste responsable, en dernier ressort, de la qualité et du coût de l'infrastructure ou des services. C'est pourquoi, sauf pour certaines questions qui se rapportent aux PPP et ne sont par conséquent généralement pas réglementées dans les

¹ Public-Private Partnerships Reference Guide (guide de référence sur les PPP) – version 3, Banque mondiale et partenaires, p. 160 et suiv. (Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2017).

² *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), p. 91 et suiv. (publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro UNIDO.95.6.F).

³ Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011).

procédures de passation de marchés publics, la sélection du partenaire privé devrait, pour l'essentiel, s'aligner sur les principes pertinents et les meilleures pratiques en matière de passation de marchés publics, ou coexister avec eux.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection adaptées aux projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part du partenaire privé sélectionné, de se charger du financement, de la conception et des travaux de construction, de réparation ou d'expansion de l'infrastructure considérée en vue d'une exploitation privée ultérieure et de la fourniture de services au public par le partenaire privé. Les procédures d'attribution examinées dans le présent chapitre peuvent aussi être utilisées pour l'attribution de contrats de PPP dans le cadre desquels l'ouvrage qui doit être construit ou remis en état sera utilisé par l'autorité contractante ou un autre organisme public pour ses besoins propres, ou pour héberger des services publics, tout en étant géré et entretenu par le partenaire privé. Le présent chapitre ne porte pas spécifiquement sur d'autres méthodes de sélection de prestataires de services publics à travers l'octroi de licences ou des procédures similaires, ou de simple cession de biens de l'État ou d'entreprises publiques par le biais d'augmentations de capital ou d'émissions d'actions.

2. Objectifs généraux des procédures de sélection

5. Pour l'attribution de contrats de PPP, l'autorité contractante peut appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation du pays ou établir des procédures spécialement adaptées à cette fin. La législation du pays peut préciser et réglementer la méthode de sélection du partenaire privé la plus appropriée afin de garantir la transparence de la procédure. Dans tous les cas, il importe de veiller à ce que ces procédures soient généralement de nature à permettre d'atteindre les principaux objectifs des règles qui régissent l'attribution de contrats publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

a) Économie et efficacité

6. Dans le cas des projets de PPP, le terme « économie » désigne la sélection d'un partenaire privé capable d'exécuter des travaux et de fournir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et faisant la meilleure proposition commerciale. L'expérience montre que l'un des meilleurs moyens d'assurer cette économie consiste à promouvoir la concurrence entre les soumissionnaires. Celle-ci les encourage en effet à offrir les conditions les plus avantageuses et peut aussi les amener à adopter pour cela des techniques ou des méthodes de production rationnelles ou novatrices.

7. Il convient de noter, toutefois, que la mise en concurrence ne signifie pas nécessairement la participation d'un grand nombre de soumissionnaires à une procédure de sélection donnée. Pour les grands projets, l'autorité contractante peut même avoir des raisons de garder le nombre des participants dans des limites raisonnables (voir par. ...). À condition que des procédures appropriées existent, l'autorité contractante peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque le nombre de participants est limité.

8. La participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection peut souvent favoriser l'économie. Non seulement elle contribue à augmenter le nombre de concurrents, mais elle peut aussi conduire l'autorité contractante et son pays à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. Elle peut aussi s'avérer indispensable lorsque n'existent pas dans le pays les connaissances spécialisées exigées par l'autorité contractante. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère devrait veiller à ce que les lois et procédures applicables soient propices à une telle participation.

9. Le terme « efficacité » désigne la sélection d'un partenaire privé dans un délai raisonnable, moyennant un minimum de formalités administratives et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité contractante que pour les soumissionnaires participant à la procédure. En plus des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité contractante (lenteur de la

procédure de sélection ou dépenses administratives élevées, par exemple), des procédures excessivement coûteuses et contraignantes risquent d'entraîner une majoration du coût total du projet, voire de dissuader totalement des entreprises compétentes de participer à la procédure de sélection, ce qui compromettrait l'objectif final, à savoir attirer les meilleurs opérateurs économiques potentiels pour le projet.

b) Promotion de l'intégrité de la procédure de sélection et de la confiance dans cette procédure

10. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du partenaire privé est de favoriser l'intégrité de la procédure et de promouvoir la confiance dans celle-ci. C'est pourquoi un système de sélection approprié contiendra généralement des dispositions destinées à assurer un traitement équitable des soumissionnaires, à réduire et à décourager les abus, intentionnels ou non, de la part des personnes qui administrent la procédure de sélection ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions.

11. En encourageant l'intégrité de la procédure de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent cette procédure et le secteur public en général. Les soumissionnaires hésiteront souvent à dépenser beaucoup de temps et parfois beaucoup d'argent pour participer à une procédure de sélection s'ils n'ont pas la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent effectivement à une procédure de sélection dans laquelle ils n'ont pas confiance majoreraient probablement le coût du projet pour couvrir le surcroît de risques et de frais de participation. En veillant à ce que la procédure de sélection se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cette tendance et donner aussi à l'autorité contractante la possibilité d'obtenir des conditions plus favorables.

12. Pour se prémunir contre la corruption de la part des agents publics, notamment des agents des autorités contractantes, le pays hôte devrait avoir un système efficace de sanctions. Celles-ci pourraient comprendre des sanctions de caractère pénal qui s'appliqueraient aux actes illicites des agents conduisant la procédure de sélection et des soumissionnaires participants, comme la suspension ou l'exclusion de la procédure de sélection. Il faudrait aussi éviter les conflits d'intérêts, par exemple en exigeant des responsables de l'autorité contractante ou de chaque membre de la commission d'évaluation ou de l'évaluateur unique qu'ils remplissent une déclaration d'absence de conflits d'intérêts au début de la procédure. Il devrait être interdit aux responsables de l'autorité contractante, à leurs conjoint, parents et associés, d'être créanciers ou actionnaires d'une société qui participe à une procédure de sélection ou d'accepter un poste de directeur ou d'employé dans une telle société. En outre, conformément aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (art. 21), la loi régissant la procédure de sélection devrait faire obligation à l'autorité contractante de rejeter les offres ou propositions soumises par une partie qui donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité contractante liés à la procédure de sélection. Cette obligation devrait s'appliquer tout au long de la procédure de sélection et ne pas se limiter à la période de soumission. Ces dispositions peuvent être complétées par d'autres mesures telles que l'obligation pour toutes les entreprises invitées à participer à la procédure de sélection de s'engager à ne pas chercher à influencer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant à la procédure de sélection, ni à fausser autrement la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (ce que l'on appelle l'« accord d'intégrité »). Par ailleurs, dans les pratiques de passation de marchés adoptées par certains pays, les soumissionnaires sont tenus de garantir qu'aucun représentant de l'entité adjudicatrice n'a été ou ne sera autorisé par le soumissionnaire à tirer un avantage direct ou indirect du contrat

ou de l'attribution de ce dernier. La violation d'une telle disposition constitue normalement une violation d'une clause fondamentale du contrat.

13. On peut renforcer encore la confiance des investisseurs par des dispositions appropriées visant à protéger la confidentialité des informations exclusives soumises pendant la procédure de sélection. Il faudrait à ce titre leur garantir que l'autorité contractante traitera les demandes de préqualification ou de présélection, ainsi que les propositions reçues ultérieurement, de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne non autorisée ; que toutes les discussions ou négociations seront confidentielles ; et que les informations commerciales ou autres que les soumissionnaires peuvent inclure dans leur proposition ne seront pas communiquées à leurs concurrents.

c) Transparence des lois et procédures

14. La transparence des lois et procédures, y compris les décisions judiciaires et administratives ayant valeur de précédent, qui régissent la sélection du partenaire privé aidera à atteindre un certain nombre d'objectifs généraux mentionnés plus haut. Des lois transparentes sont des lois dans lesquelles les règles et procédures que devront appliquer l'autorité contractante et les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux soumissionnaires de déterminer quelles procédures ont été suivies par l'autorité contractante et sur quelle base elle a pris ses décisions. La publication, par l'autorité publique, des possibilités de marchés à venir constitue un autre moyen de favoriser la transparence, car elle aide les soumissionnaires potentiels à identifier ce qui fera l'objet d'une procédure de passation, ainsi que la méthode qui sera retenue.

15. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la redevabilité consiste à prévoir des dispositions exigeant de l'autorité contractante qu'elle archive les documents de la procédure de sélection (voir par. ...). La conservation d'archives résumant les principaux éléments de cette procédure facilite l'exercice par les soumissionnaires lésés de leur droit de recours, ce qui contribue à assurer que les règles régissant cette procédure sont « autorégulées » et s'imposent d'elles-mêmes dans la mesure du possible. Par ailleurs, en exigeant que la procédure soit consignée de manière adéquate, la loi facilite l'action des autorités publiques qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et souligne la redevabilité des autorités contractantes à l'égard du public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure. En effet, les législations nationales sont de plus en plus nombreuses à exiger, à des fins de transparence et de redevabilité, la divulgation d'informations sur les marchés attribués (voir par. ... ci-dessous). Les obligations de divulgation qui incombent aux autorités contractantes et aux organismes de réglementation ne se limitent pas forcément aux principales clauses du contrat de PPP et peuvent également porter sur certains éléments essentiels à son exécution, comme le niveau des paiements versés par les organismes publics au partenaire privé, ou l'évaluation de l'exécution du contrat par le partenaire privé au regard des critères contractuels ou réglementaires (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

16. Un important corollaire des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence est l'existence de procédures administratives et judiciaires permettant un recours contre les décisions prises par les autorités participant à la procédure de sélection (voir par. ...).

3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection pour les PPP

17. Les systèmes de passation modernes offrent aux autorités publiques un large éventail de méthodes de passation et une plus grande liberté pour choisir la procédure qui répondra le mieux à leurs besoins. La formalité ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec mise en concurrence créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours à ces procédures pour les PPP a été recommandé

par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de les structurer². Les politiques de la Banque mondiale en matière de passation de marchés préconisent elles aussi le recours aux procédures de sélection avec mise en concurrence au niveau national, lorsqu'il existe une législation interne adaptée. Un partenaire privé sélectionné conformément à des procédures d'appel d'offres jugées acceptables par la Banque mondiale sera généralement libre d'adopter ses propres procédures pour attribuer les contrats nécessaires à l'exécution du projet.

18. Il convient de noter toutefois qu'il n'existe pas encore de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures de sélection avec mise en concurrence pour les PPP. Les lois internes récentes relatives aux procédures de mise en concurrence pour la passation de marchés de services publics peuvent être adaptées aux PPP, voire contenir des dispositions spécifiques les concernant. Dans les projets de petite échelle, ou lorsque les exigences de l'autorité contractante présentent si peu d'ambiguïtés qu'elles permettent de formuler des spécifications et des critères d'évaluation sans devoir engager une quelconque forme de consultation ou de dialogue avec les soumissionnaires potentiels, il sera peut-être possible d'utiliser les procédures généralement disponibles pour les appels d'offres ouverts. Dans la plupart des cas, toutefois, il est souhaitable que l'État envisage d'examiner si les procédures existantes sont adaptées à la sélection du partenaire privé dans un projet de PPP, compte tenu des problèmes particuliers, brièvement examinés ci-après, que soulèvent les PPP.

a) Soumissionnaires à inviter

19. L'attribution de contrats de PPP entraîne généralement des procédures complexes, longues et coûteuses, et l'échelle même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de soumissionnaires ayant les qualifications voulues. En fait, les soumissionnaires qui ont les compétences recherchées peuvent hésiter à soumettre une offre pour des projets coûteux si le nombre de soumissionnaires est trop élevé et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions irréalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. Par conséquent, les appels d'offres ouverts sans présélection ne sont pas à recommander pour l'attribution de la plupart des contrats de PPP.

b) Définition du cahier des charges du projet

20. Dans la passation traditionnelle de marchés publics de travaux, l'entité adjudicatrice joue généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur sélectionné joue celui d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation de marchés mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur ; autrement dit l'autorité contractante définit clairement ce qui doit être construit, de quelle manière et selon quelles méthodes. Les appels d'offres pour des travaux de construction s'accompagnent donc couramment de spécifications techniques très détaillées sur la nature des travaux et des services demandés. L'autorité contractante est alors chargée de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'infrastructure à construire et à ce que ladite infrastructure puisse être exploitée de manière efficace.

21. Pour de nombreux PPP, en revanche, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Elle peut alors, après avoir établi l'existence d'un besoin particulier en matière d'infrastructures, préférer laisser au secteur privé la responsabilité de proposer la meilleure façon de satisfaire ce besoin, en stipulant cependant certaines exigences (par exemple, exigences réglementaires ou de sécurité, preuves suffisantes que les solutions techniques proposées ont déjà été essayées et satisfont aux normes de sécurité et autres normes internationalement acceptables). La procédure de sélection choisie par l'autorité contractante peut ainsi mettre l'accent davantage sur les résultats attendus du projet (c'est-à-dire les services ou les biens à fournir) que sur les détails

techniques des travaux à exécuter ou sur les moyens à mettre en œuvre pour fournir ces services (voir par. ...).

c) Critères d'évaluation

22. Pour les projets devant être financés, détenus et exploités par des autorités publiques, les biens, travaux et services sont généralement achetés au moyen des fonds disponibles au titre des crédits budgétaires approuvés. Ayant des sources de financement habituellement sûres, l'entité adjudicatrice a pour principal objectif de tirer le meilleur parti possible des fonds qu'elle dépense. Par conséquent, dans ce type de marché, le facteur décisif pour choisir entre les offres conformes et techniquement acceptables (c'est-à-dire celles qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques) est souvent le prix global proposé pour les travaux, qui est calculé sur la base du coût de ces travaux et d'autres coûts assumés par l'entrepreneur majorés d'une certaine marge bénéficiaire.

23. De leur côté, de nombreux PPP sont censés s'autofinancer, les recettes qu'ils procurent devant permettre de rembourser les coûts de construction et d'exploitation, même si certains projets (« PPP non concessifs ») peuvent impliquer un paiement spécifique par l'autorité contractante (voir Introduction, par. ...). Par conséquent, il convient de prendre en considération, outre les coûts de construction et d'exploitation et la redevance devant être versée par l'utilisateur ou l'autorité publique, un certain nombre d'autres facteurs liés à la capacité du partenaire privé potentiel de gérer certains risques du projet que le secteur public n'est pas disposé à assumer (principalement, mais pas uniquement, en relation avec la technologie ou le secteur particulier). Ainsi, l'autorité contractante devra examiner avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, telle qu'elle sera présentée par les soumissionnaires dans le cadre de l'évaluation préliminaire effectuée par l'autorité publique, la rationalité des arrangements financiers proposés par les soumissionnaires et la fiabilité des solutions techniques employées et leur adaptabilité au contexte local. Cela vaut même en l'absence de garanties ou de paiements des pouvoirs publics, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou les frais de maintenance sont plus élevés que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique du pays hôte. En outre, l'autorité contractante aura pour objectif de formuler des critères de qualification et d'évaluation qui donnent l'importance voulue à la nécessité d'assurer la continuité du service public visé et, selon les cas, l'accès universel à ce service. Par ailleurs, étant donné la durée, généralement longue, des contrats de PPP, l'autorité contractante devra s'assurer de la viabilité et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase d'exploitation et évaluera soigneusement les éléments des propositions ayant trait aux services (voir par. ...). Conformément aux bonnes pratiques suivies dans les grands projets de construction, l'ensemble des coûts du cycle de vie devraient également être pris en compte dans les critères d'évaluation. Cela vaut d'autant plus pour les projets de PPP dans lesquels les soumissionnaires ont la possibilité de faire un certain nombre de propositions techniques pour atteindre les objectifs, dont certains peuvent être plus coûteux à réaliser que d'autres.

d) Négociations avec les soumissionnaires

24. Les lois et règlements qui régissent les procédures d'appel d'offres pour des biens ou services interdisent souvent toute négociation entre l'autorité contractante et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure également à l'article 44 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, est que ces négociations pourraient aboutir à des « enchères », dans lesquelles une proposition faite par un entrepreneur servirait à faire pression sur un autre entrepreneur pour l'amener à baisser ses prix ou à faire une proposition plus avantageuse à d'autres égards. En raison de cette interdiction absolue, les entrepreneurs choisis pour fournir des biens ou des services conformément à une procédure traditionnelle de passation

des marchés sont normalement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de cette procédure.

25. Il en va autrement dans l'attribution de contrats de PPP. Du fait de la complexité et de la durée de ces projets, il est peu probable que l'autorité contractante soit en mesure de déterminer les exigences techniques et autres du projet sans examiner au préalable les besoins et les différentes options possibles avec les soumissionnaires qualifiés. C'est la raison pour laquelle le *Guide* recommande le recours à une procédure de sélection telle que la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qui prévoit une structure transparente pour les négociations entre l'autorité contractante et les soumissionnaires à une étape de la procédure qui ne conduit pas à remettre en cause les critères de départ (voir par. ... ; en ce qui concerne l'importance d'une bonne planification et d'une bonne préparation du projet pour ce qui est de définir la marge de négociation à l'étape de la sélection, voir aussi chap. II).

4. Préparatifs pour la procédure de sélection

26. L'attribution de contrats de PPP est dans la plupart des cas une opération complexe qui doit être soigneusement planifiée et coordonnée entre les services concernés. En s'assurant que des structures administratives adéquates et des effectifs suffisants sont disponibles pour mener à bien la procédure de sélection qu'elle a retenue, l'entité publique contribue de façon décisive à inspirer la confiance dans cette procédure. Par ailleurs, l'intervention d'un service ou d'un bureau chargé des PPP à l'échelle nationale ou locale est largement considérée comme constituant une bonne pratique pour rationaliser les préparatifs de la procédure de sélection.

a) Diffusion précoce d'informations sur les projets de PPP à venir

27. Les États qui incluent des projets de PPP dans leur planification d'infrastructures à moyen et long termes, comme le *Guide* les y encourage (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...), peuvent souhaiter publier des informations relatives aux procédures de sélection prévues ou possibles pour des projets de PPP pour les mois ou les années à venir, comme l'envisage l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. L'objectif de cette diffusion précoce d'informations est de permettre à un plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs d'être informés des possibilités de marchés à venir, de déterminer 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 général de la gouvernance, notamment en ouvrant la passation de marchés à l'examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales. Dans la pratique, de tels préavis peuvent être utiles, par exemple, pour déterminer, avant de lancer une procédure de sélection, si le marché est susceptible de répondre aux besoins de l'autorité contractante. Ce type d'étude de marché peut s'avérer utile dans les secteurs à évolution rapide (comme celui de l'information et des télécommunications) pour permettre au secteur public de déterminer si des solutions novatrices sont déjà proposées ou envisagées. Les réactions au préavis peuvent montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener à bien le projet de la manière prévue par l'autorité publique. Sur la base des données recueillies, l'autorité contractante peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode de sélection la plus appropriée pour l'attribution du contrat. Il ne faut pas confondre ce préavis avec l'appel à manifestation d'intérêt qui est généralement publié dans une procédure de demande de propositions (voir par. ...), car la publication d'un tel appel n'oblige pas l'autorité contractante à solliciter des propositions auprès de tous ceux qui ont manifesté leur intérêt.

b) Désignation des membres du comité d'attribution

28. Une mesure préparatoire importante est la désignation des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La désignation de personnes qualifiées et impartiales, non seulement est

indispensable pour effectuer une bonne évaluation des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance des soumissionnaires dans la procédure de sélection.

29. Une autre mesure préparatoire importante est la désignation des conseillers indépendants qui seront chargés d'aider l'autorité contractante dans la procédure de sélection. L'autorité contractante peut en effet avoir besoin, à ce stade, de s'assurer les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à établir des critères de qualification et d'évaluation appropriés, à définir les indicateurs de résultats (et, si nécessaire, le cahier des charges), et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi l'aider à évaluer les propositions et à rédiger et négocier l'accord de projet. Ils peuvent enfin apporter de vastes connaissances techniques spécialisées dont l'administration publique de l'autorité contractante ne dispose pas toujours, comme des conseils en ingénierie (par exemple, sur l'évaluation technique du projet ou des installations et les clauses techniques du contrat) ; des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple, sur l'évaluation des aspects environnementaux et les spécifications d'exploitation) ; ou des conseils d'ordre juridique et financier (par exemple, sur les projections financières, l'examen des sources de financement, la détermination du ratio d'endettement adéquat, ainsi que la rédaction des documents contractuels et d'information financière).

c) Étude de faisabilité et autres études

30. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...), l'une des premières mesures que devraient prendre les pouvoirs publics lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'ouvrage, ainsi que de son impact social et environnemental. Pour choisir de construire une infrastructure dans le cadre d'un PPP, il faut que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives et établissent que cette forme de projet est préférable à toute autre méthode de passation. Dans certains pays, il a été jugé utile de prévoir une participation des pouvoirs publics à l'évaluation préliminaire de l'impact du projet sur la société et l'environnement et des diverses options possibles pour le réduire au minimum.

31. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection d'un partenaire privé éventuel, il est souhaitable que l'autorité contractante examine et, dans la plupart des cas, élargisse la portée de ces études initiales. Dans certains pays, il est conseillé aux autorités contractantes d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets comportent généralement à la fois une estimation des investissements, des dépenses d'exploitation et de maintenance) avant d'inviter le secteur privé à soumettre des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure et l'accessibilité du projet en termes de coût global d'investissement et de coût pour le public. Ils constituent aussi pour l'autorité contractante un instrument utile de comparaison et d'évaluation des propositions. La confiance des soumissionnaires sera renforcée s'ils ont la certitude que l'autorité contractante a examiné avec soin les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout comme le rôle envisagé du secteur privé.

d) Préparation du dossier

32. La procédure de sélection pour l'attribution de contrats de PPP exige généralement la préparation d'un dossier exhaustif, comprenant un descriptif du projet, le dossier de présélection, la demande de propositions, les instructions pour l'établissement des propositions et un projet du contrat de PPP. La qualité et la clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection. Là encore, le travail des services chargés des PPP est largement jugé positif en ce qu'ils regroupent la publication de documents clairs et concis qui sont conformes à la pratique des soumissionnaires.

33. Une documentation type rédigée en des termes suffisamment précis peut être un élément important qui facilitera les négociations entre les soumissionnaires et les prêteurs et investisseurs potentiels. Elle peut aussi être utile pour assurer le traitement cohérent des questions communes à la plupart des projets dans un secteur donné. Toutefois, lorsque l'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait qu'un projet particulier peut soulever des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou qu'il peut appeler des solutions qui pourraient s'écarter des clauses types. Il convient de veiller à trouver un équilibre approprié entre le degré d'uniformité souhaité pour les accords de projet d'un type particulier et la souplesse que peut exiger la recherche de solutions adaptées à chaque projet.

B. Présélection des soumissionnaires

34. Compte tenu de la nature technique de la plupart des projets de PPP et de leur fréquente complexité, l'autorité contractante devrait uniquement solliciter des propositions auprès de soumissionnaires qui remplissent certains critères de qualification. Dans la passation traditionnelle de marchés publics, la procédure de préqualification peut consister à vérifier certaines conditions de forme telles que des preuves adéquates de la capacité technique ou une expérience antérieure du type de marché visé, de façon que tous les soumissionnaires qui répondent aux critères de présélection soient automatiquement admis à la procédure d'appel d'offres. Pour les marchés complexes ou les projets de PPP, la procédure de présélection peut comporter des éléments de comparaison et de sélection. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante classe par ordre de préférence les soumissionnaires présélectionnés (voir par. ...).

35. Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter le nombre de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative pour les normes de conformité techniques, de gestion, financières, environnementales, éthiques et autres (par exemple absence d'exclusion dans le passé, statut en matière de lutte contre la corruption), en tenant compte de la nature du projet. Les critères de présélection quantitatifs sont jugés plus facilement applicables et plus transparents que les critères qualitatifs qui exigent le recours à des points de valeur. Toutefois, lorsque l'on élabore un système de notation quantitative, il est important d'éviter de limiter inutilement la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour évaluer les qualifications des soumissionnaires. Cette dernière peut aussi devoir tenir compte du fait que les principes directeurs en matière de passation de marchés de certaines institutions financières multilatérales peuvent limiter le recours à une procédure de présélection visant à limiter le nombre de soumissionnaires. En tout état de cause, l'application d'un tel système de notation doit être clairement indiquée dans le dossier de présélection. Dans certains projets plus petits et moins complexes, en raison du nombre important de fournisseurs ou d'entrepreneurs aux qualifications à peu près équivalentes susceptibles d'être qualifiés pour participer à l'appel d'offres, l'autorité contractante peut éprouver des difficultés à sélectionner les soumissionnaires potentiels en appliquant un système de notation quantitative. Dans ce type de situations hautement concurrentielles, elle aurait du mal à formuler des critères d'appel d'offres et à mettre au point des méthodes de qualification des soumissionnaires qui garantissent l'efficacité du processus de sélection. Dans certains pays, les autorités contractantes tentent d'y parvenir par la sélection aléatoire des fournisseurs ou des entrepreneurs, en tirant par exemple au sort parmi des fournisseurs ou des entrepreneurs préqualifiés figurant sur une liste de fournisseurs déjà établie. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ne prévoit pas, quant à elle, de listes de fournisseurs, parce qu'il a semblé que les dispositions très souples sur les accords-cadres énoncées dans son chapitre VII permettaient d'accéder aux

avantages présentés par ces listes en évitant les risques élevés qu'elles sont réputées poser en matière de transparence et de concurrence.

1. Invitation à participer à la procédure de présélection

36. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable de diffuser l'invitation à participer à la procédure de présélection de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une véritable concurrence. Dans de nombreux pays, la loi précise dans quelle publication, généralement le journal officiel ou une autre publication officielle, cette invitation doit être diffusée. La publication électronique de l'invitation sur un portail spécialement conçu à cet effet (par exemple le site Web du service chargé des PPP, s'il en existe un), constitue aussi un moyen de diffusion efficace et largement utilisé. Pour encourager la participation de sociétés étrangères et favoriser au maximum la concurrence, l'autorité contractante peut exiger que les invitations à participer à la procédure de présélection soient diffusées à l'échelle internationale, par exemple dans des revues spécialisées, des conférences, des sites Web gouvernementaux et des journaux internationaux, de manière à atteindre d'éventuels soumissionnaires intéressés dans d'autres pays. On peut également passer par le site Web du United Nations Development Business⁴.

37. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements pour que les soumissionnaires puissent déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés dans le projet et, dans l'affirmative, de quelle manière ils peuvent participer à la procédure de sélection. L'invitation à la procédure de présélection devrait non seulement indiquer l'infrastructure à construire ou à rénover, mais également donner des informations sur d'autres éléments essentiels du projet, tels que les services à fournir par le partenaire privé, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être dégagés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, le cas échéant, résumer les principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection (répartition des risques).

2. Critères de présélection

38. En outre, l'invitation à participer à la procédure de présélection devrait donner des informations générales analogues à celles que contient normalement le dossier de présélection prévu dans les règles générales relatives à la passation des marchés publics⁵.

39. En règle générale, les soumissionnaires devraient être tenus de fournir la preuve qu'ils possèdent les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les ressources financières et humaines, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité et l'expérience nécessaires pour mener à bien le projet. D'autres critères pourraient être particulièrement pertinents pour les projets de PPP, comme la capacité de gérer les aspects financiers du projet et une expérience antérieure de l'exploitation d'une infrastructure publique ou de la fourniture de services sous surveillance réglementaire (par exemple, indicateurs de qualité de leurs réalisations passées, dimension et type des projets déjà réalisés par les soumissionnaires) ; le niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet ; des moyens organisationnels suffisants (dont le matériel minimum pour les travaux de construction, d'exploitation et de maintenance) ; la capacité de faire face aux besoins financiers des phases d'ingénierie, de construction et d'exploitation du projet (étayée, par exemple, par la preuve de la capacité des soumissionnaires d'investir suffisamment de fonds propres, ainsi que des preuves suffisantes de leur solidité financière, données par des banques de renom). Conformément aux engagements politiques de haut niveau et aux obligations conventionnelles de développement durable, de bonne gouvernance, de transparence et d'éthique des

⁴ www.devbusiness.com.

⁵ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 7, 8 et 10.

affaires, les autorités contractantes exigent souvent que les soumissionnaires prouvent qu'ils répondent à des critères éthiques reconnus (certification environnementale, absence de condamnation pour corruption, déclaration concernant la politique du travail). Les exigences en matière de qualifications devraient porter sur toutes les phases d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance. En outre, les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer qu'ils satisfont aux autres critères de qualification normalement appliqués dans le cadre de la législation générale sur la passation des marchés du pays concerné⁶. Les critères de présélection devraient être objectivement justifiables et adaptés à l'objet du contrat de PPP. En outre, ils ne devraient pas être utilisés de manière discriminatoire pour exclure automatiquement les soumissionnaires potentiels de certains pays.

40. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité contractante concerne la relation entre l'attribution d'un projet donné et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur concerné (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. ...). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les pouvoirs publics peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur visé ne soit pas dominé par une seule entreprise. Pour mettre en œuvre une telle politique et éviter une domination du marché par des soumissionnaires auxquels un contrat de PPP a déjà pu être attribué dans un secteur donné de l'économie, l'autorité contractante peut souhaiter inclure, dans le dossier de présélection concernant de nouveaux PPP, des dispositions limitant la participation de tels soumissionnaires ou empêchant qu'ils ne bénéficient d'une autre attribution. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoit que lorsque l'autorité contractante se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons susmentionnées ou pour des raisons analogues, ce fait soit dûment indiqué dans l'invitation à la procédure de présélection.

41. Les exigences en matière de qualifications doivent s'appliquer de la même manière à tous les soumissionnaires. Une autorité contractante ne devrait appliquer en la matière aucun critère, aucune condition ni aucune procédure non énoncés dans le dossier de présélection. Lors de l'examen des qualifications professionnelles, techniques et environnementales d'un consortium soumissionnaire, l'autorité contractante devrait prendre en considération les spécialisations des différents membres du consortium et déterminer si la combinaison de ces qualifications permettrait de répondre aux besoins, à toutes les étapes du projet.

3. Questions relatives à la participation de consortiums soumissionnaires

42. Étant donné l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection par le biais de consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium devraient concerner à la fois ce dernier dans son ensemble et ses différents participants. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité contractante, il peut être utile de spécifier dans le dossier de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité contractante. Il est généralement souhaitable que cette dernière exige des membres du consortium qu'ils soumettent une déclaration

⁶ Par exemple, avoir la capacité de conclure le contrat de PPP ; ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées ; s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans l'État ; ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour conclure un marché, durant un certain nombre d'années précédant l'ouverture de la procédure de sélection, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 9-2).

sous serment dans laquelle ils s'engagent, si le contrat leur est octroyé, à être liés conjointement et solidairement pour les obligations assumées au nom du consortium au titre du contrat de PPP, tout au moins jusqu'à ce qu'ils constituent et financent une société de projet revêtant la forme d'une entité ad hoc, et que celle-ci conclue le contrat de PPP avec l'autorité contractante. Les membres d'un consortium sont, de fait, rarement disposés à porter le projet en leur nom propre. L'autorité contractante peut elle-même préférer que le projet soit mis en œuvre par une personne morale qui ait son siège dans le pays hôte, soit spécialement constituée à cette fin et, partant, ne soit pas entravée par des passifs antérieurs ou des activités parallèles. C'est pourquoi, dans la pratique, l'autorité contractante se réserve généralement le droit de demander ultérieurement que tous les membres du consortium sélectionné créent une personne morale indépendante pour mener à bien le projet (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

43. Il est également souhaitable que l'autorité contractante examine avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il peut arriver qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plusieurs consortiums pour soumettre des propositions pour un même projet. Cette situation ne devrait pas être autorisée car elle comporte le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, portant atteinte à la crédibilité de la procédure de sélection. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que chacun des membres d'un consortium qualifié ne peut participer, directement ou par le biais de filiales, qu'à une seule soumission. Une violation de cette règle devrait entraîner la disqualification du consortium et de chacun de ses membres, sauf dans des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la participation à plusieurs consortiums peut être autorisée, par exemple lorsque le projet en question nécessite des connaissances ou une méthode ou technologie exclusive que très peu d'entreprises possèdent.

4. Présélection et préférences nationales

44. Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial peut être prévu dans les conditions de qualification (pourcentage minimum de participation nationale dans le consortium, par exemple) ou à titre de condition préalable pour participer à la procédure de sélection (désignation d'un partenaire local à la tête du consortium soumissionnaire, par exemple). Le traitement préférentiel donné aux opérateurs nationaux, voire l'exclusion pure et simple des entités étrangères, peuvent aussi se justifier dans des secteurs stratégiques et sensibles comme la défense nationale et les opérations de sécurité. L'autorité contractante devrait diffuser dès le début ce genre de limites parmi les critères d'éligibilité, les consigner dans les archives relatives à la procédure de sélection et en indiquer les motifs, à toute personne qui en fait la demande, conformément à l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

45. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Tout d'abord, elles ne sont pas autorisées dans les principes directeurs de certaines institutions financières internationales et peuvent être incompatibles avec des obligations internationales contractées par de nombreux États en vertu d'accords relatifs au commerce international ou à l'intégration économique régionale ou la facilitation des échanges. En outre, du point de vue du pays hôte, il est important de mettre en balance les avantages attendus et l'inconvénient qu'il y a à priver l'autorité contractante de la possibilité d'obtenir de meilleures options pour répondre aux besoins nationaux d'infrastructure. Il importe également de ne pas s'isoler complètement de la concurrence étrangère afin de ne pas perpétuer dans les secteurs visés de l'industrie nationale de faibles niveaux d'économie, d'efficacité et de compétitivité. C'est la raison pour laquelle de nombreux pays qui souhaitent offrir des incitations aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale,

n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Les préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les soumissionnaires nationaux ou les soumissionnaires qui s'engagent à acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue au paragraphe 3 de l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation subjectifs. En outre, cette formule permet à l'autorité contractante de donner la préférence à des soumissionnaires locaux qui peuvent se rapprocher des normes du marché compétitif international, et à le faire sans exclure complètement la concurrence étrangère. Par ailleurs, on a observé que le fait d'exiger des soumissionnaires qu'ils recourent à du contenu local pouvait entraîner une réduction de leur responsabilité au regard de la qualité, voire du résultat final du projet. Lorsque l'application de préférences nationales est envisagée, il faudrait l'annoncer à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection

46. Conformément à l'article 38 et au paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le prix demandé pour le dossier de présélection ne devrait englober que les frais de distribution aux soumissionnaires. Compte tenu du coût élevé des études préliminaires et des travaux préparatoires, y compris pour l'établissement de la demande de propositions, de contrats types et d'autres documents liés à la soumission, il n'est pas rare, dans la pratique internationale, que l'autorité contractante cherche, du moins en partie, à recouvrer ces frais à travers des « frais d'établissement » fixés à un montant supérieur au simple coût d'impression du dossier d'appel d'offres. L'autorité contractante devrait s'efforcer d'en aligner le montant sur des projets similaires, en tenant compte des pratiques et des attentes du marché. De fait, ces frais d'établissement ne devraient pas constituer un moyen supplémentaire de limiter le nombre de soumissionnaires. Une telle pratique est inefficace et renchérit encore le coût, déjà élevé, de la participation à la procédure de préqualification. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des projets d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'attribution d'un contrat peuvent dissuader certaines entreprises de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures de sélection appliquées dans le pays hôte.

47. C'est pourquoi certains pays autorisent l'autorité contractante à envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux dépenses qu'ils ont encourues après la phase de présélection, lorsque la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. Lorsqu'une telle participation ou indemnisation est envisagée, il faudrait en aviser dûment les soumissionnaires potentiels sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

6. Procédure de présélection

48. L'autorité contractante devrait répondre à toute demande d'éclaircissements relative au dossier de présélection qu'elle reçoit d'un consortium soumissionnaire dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection, afin de permettre aux soumissionnaires de présenter leur demande dans les délais. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres soumissionnaires devrait être communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les soumissionnaires auxquels l'autorité contractante a envoyé le dossier de présélection.

49. Une fois terminée la phase de présélection, l'autorité contractante établit en général une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ensuite invités à

soumettre des propositions. Elle peut parfois se heurter à un problème pratique lorsque des modifications de la composition de consortiums soumissionnaires sont proposées au cours de la procédure de sélection. Elle doit faire preuve de prudence lorsqu'une telle proposition intervient après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent en effet de modifier sensiblement la base sur laquelle elle s'est fondée pour établir sa liste sélective et peuvent susciter des doutes quant à l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les soumissionnaires présélectionnés devraient être autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si un nouveau membre du consortium satisfait aux critères de présélection essentiellement dans la même mesure que le membre dont il a pris la place.

50. S'il ne convient pas de revoir les critères établis pour la présélection des soumissionnaires lors de la phase d'évaluation, l'autorité contractante peut néanmoins souhaiter se réserver le droit de demander, à tout moment de la procédure de sélection, que les soumissionnaires fassent de nouveau la preuve de leurs qualifications conformément aux mêmes critères que ceux qui ont été appliqués pour la présélection.

C. Procédures de demande de propositions

51. La présente section examine les procédures utilisées pour solliciter des propositions auprès des soumissionnaires présélectionnés. Comme indiqué plus haut, les procédures suivent les principales caractéristiques des méthodes de passation prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes.

1. Structure et étapes de la procédure

52. Il est souhaitable, après la présélection des soumissionnaires, que l'autorité contractante revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière de résultats et d'exécution et se demande si une révision de ces prescriptions est nécessaire à la lumière des renseignements obtenus pendant la procédure de présélection. À ce stade, elle devrait avoir déjà déterminé si elle recourra à une procédure en une seule étape ou en deux étapes pour solliciter des propositions, ou s'il serait plus efficace de recourir à la demande de propositions avec dialogue.

a) Procédure en une seule étape

53. Le choix de la procédure de demande de propositions dépendra de la nature du contrat, de la précision avec laquelle l'autorité contractante pourra définir les spécifications techniques et de la décision de prendre ou non en considération le produit demandé (ou les indicateurs de résultats) pour la sélection du partenaire privé. S'il est possible et souhaitable que l'autorité contractante formule des indicateurs de résultats ou un cahier des charges suffisamment précis ou définitifs, la sélection peut se faire en une seule étape. Dans ce cas, après avoir terminé la présélection, elle émettra directement une demande définitive de propositions (voir par. ...). Le contrat sera attribué au soumissionnaire présentant la proposition qui répond le mieux a) aux critères autres que le prix précisés dans la demande de propositions et b) au critère du prix (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 47-10). On pourra introduire une certaine souplesse dans le processus (par exemple lorsque l'autorité contractante doit évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance avant d'examiner et de négocier les aspects financiers des propositions) en autorisant une dernière série de négociations consécutives avec les soumissionnaires qui ont présenté une proposition jugée conforme, dans l'ordre de leur classement (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 50).

54. Une procédure de sélection en une seule étape peut convenir pour des projets relativement simples et modestes, pour lesquels l'autorité contractante possède des

connaissances techniques suffisantes et ne s'attend pas à ce que le secteur privé apporte des solutions, des technologies ou des connaissances novatrices. Par contre, dans la plupart des projets de PPP, l'autorité contractante ne sera pas toujours en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats suffisamment détaillés et précis pour que les propositions puissent être formulées, évaluées et comparées de manière uniforme, sur la base de ce cahier des charges et de ces indicateurs. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas déterminé le type d'intrants techniques et matériels qui conviendrait pour un projet donné (par exemple, le type de matériaux de construction à utiliser pour un pont). Plus un projet est grand et complexe, moins il y a de chances qu'une procédure de sélection en une seule étape convienne ou donne des résultats satisfaisants. Dans de tels cas, il peut être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications ou d'indicateurs élaborés sans passer par un échange de vues avec les soumissionnaires quant aux capacités exactes et aux modifications pouvant être apportées aux offres faites. Par conséquent, dans la plupart des cas, l'autorité contractante juge qu'il est nécessaire d'avoir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour a) préciser ses besoins et les présenter dans une description commune (appel d'offres en deux étapes) ou b) définir ses besoins et solliciter des propositions qui y répondent (demande de propositions avec dialogue).

b) Procédure en deux étapes

55. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes⁷, les soumissionnaires sont généralement invités, dans la demande initiale de propositions, à présenter des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées. L'appel d'offres permet aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre aux besoins particuliers de l'infrastructure conformément aux normes de service définies. Les propositions soumises à ce stade consistent normalement dans des solutions fondées sur un schéma théorique ou sur des indicateurs de résultats sans indication d'éléments financiers, tels que le prix ou le niveau de rémunération escompté. Elles ne devraient pas être considérées comme constituant des propositions définitives et l'autorité contractante ne devrait même pas demander d'engagement de prix à cette étape⁸.

56. Dans la mesure où les clauses des arrangements contractuels sont déjà connues de l'autorité contractante, elles devraient être incluses dans la demande de propositions, éventuellement sous forme de projet du contrat de PPP. La connaissance de certaines de ces clauses, telles que la répartition des risques envisagée par l'autorité contractante, est importante pour que les soumissionnaires puissent formuler leurs propositions et voir avec les prêteurs potentiels si le projet est susceptible de bénéficier d'un concours financier (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). La réaction initiale aux clauses contractuelles, en particulier la répartition des risques envisagée, peut aider l'autorité contractante à réévaluer la faisabilité du projet dans sa conception initiale. Toutefois, il est important d'établir une distinction entre la procédure de demande de propositions et la négociation du contrat final, une fois le projet attribué. Cette première étape a pour but de donner à l'autorité contractante la possibilité de formuler ultérieurement ses exigences d'une manière qui permette une concurrence finale sur la base d'un ensemble unique de paramètres. L'invitation à soumettre des propositions initiales ne devrait pas conduire à une négociation sur les clauses du contrat avant son attribution définitive.

57. L'autorité contractante peut ensuite réunir les soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la demande de propositions et le dossier qui l'accompagne. Elle peut, au cours de cette première étape, procéder à des échanges

⁷ L'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics traite de l'appel d'offres en deux étapes.

⁸ Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 199.

de vues avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. Elle devrait traiter les propositions de manière à éviter que leur contenu ne soit dévoilé aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne qui ne serait pas expressément autorisée à obtenir ces informations. Les échanges de vues doivent être confidentiels et l'une des parties à ces échanges ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques, financières ou autres y ayant trait sans le consentement de l'autre partie.

58. À l'issue de ces échanges de vues, l'autorité contractante devrait examiner et, dans les limites prévues par la législation, réviser le cahier des charges initial quant à ses caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance. Ce faisant, elle ne devrait pas modifier l'objet du projet, mais elle peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance du projet initialement indiquées dans la demande de propositions. Elle peut aussi, à ce stade, supprimer ou modifier tout critère d'examen ou d'évaluation des propositions énoncé initialement et ajouter de nouveaux critères pour tenir compte, le cas échéant, de la modification des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance du projet. Tout ajout, suppression ou modification ainsi décidé devrait être communiqué aux soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives. Les soumissionnaires qui ne souhaitent pas présenter de proposition définitive devraient avoir la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à une éventuelle garantie qui a pu leur être demandée.

c) Demande de propositions avec dialogue

59. Pour choisir le partenaire privé d'un projet de PPP, l'autorité contractante pourra aussi avoir recours à la procédure de demande de propositions avec dialogue⁹. Il s'agit d'une procédure conçue pour l'achat de biens ou de services relativement complexes. Cette méthode sera généralement choisie quand l'on recherche des solutions novatrices à des problèmes techniques, comme réaliser des économies d'énergie, promouvoir l'achat public responsable ou répondre à des besoins d'infrastructure. Diverses solutions techniques peuvent exister dans ces cas : les matériaux employés peuvent varier et utiliser une source d'énergie plutôt qu'une autre (énergie éolienne contre énergie solaire contre énergie fossile).

60. La demande de propositions avec dialogue est similaire, sur le plan procédural, à l'appel d'offres en deux étapes, mais elle présente des caractéristiques distinctes. Avec cette méthode, l'autorité contractante et les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels discutent des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance et des aspects financiers des besoins identifiés, toujours dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ce dernier aboutit à une demande de « meilleures offres définitives » pour répondre aux besoins de l'autorité contractante, qui n'établit toutefois pas d'ensemble unique et commun de spécifications techniques mais seulement des exigences techniques minimales. Les meilleures offres définitives peuvent présenter diverses solutions techniques pour répondre à ces besoins ; en ce sens, les fournisseurs et entrepreneurs sont chargés de concevoir les solutions techniques. L'autorité contractante examine ces solutions pour vérifier si elles répondent à ses besoins ; l'évaluation sur une base concurrentielle mais équitable est une procédure plus complexe que dans l'appel d'offres en deux étapes.

61. En résumé, cette méthode vise à permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de comprendre par le dialogue avec l'autorité contractante les besoins de celle-ci, énoncés dans sa demande de propositions. Le dialogue, qui peut comporter plusieurs étapes, est un échange entre l'autorité contractante 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

⁹ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 49.

deux étapes, il n'est pas censé donner lieu à des négociations contraignantes entre les parties. À l'issue de ce dialogue, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leur meilleure offre définitive qui répond aux besoins de l'autorité contractante. Les offres 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'autorité contractante de comparer différentes solutions techniques en fonction de ses besoins.

62. Les méthodes fondées sur ce type de dialogue se sont avérées avantageuses pour l'autorité contractante dans les passations de marchés de biens et de services relativement complexes où le fait de 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'autorité contractante 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'autorité contractante de déterminer et d'obtenir la solution répondant le mieux à ses besoins.

63. La demande de propositions avec dialogue comporte deux étapes. À la première étape, l'autorité contractante 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'autorité contractante fournisse une description technique complète de l'objet du marché.

64. Cette méthode suppose que l'autorité contractante établisse une description de ses besoins avec des exigences techniques minimales, qu'elle 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 serve de substitut à 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. Or si les fournisseurs ou entrepreneurs formulent des propositions pour répondre aux besoins de l'autorité contractante, ils ne doivent pas jouer un rôle de premier plan dans la définition de ces besoins. De manière générale, il est essentiel de faire en sorte que tous les soumissionnaires reçoivent les mêmes informations à chaque étape du dialogue et que l'ensemble du processus soit dûment consigné et assorti des garanties appropriées de façon à prévenir les abus et les comportements répréhensibles.

2. Teneur de la demande de propositions

65. L'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions sur la base du cahier des charges, des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles. La demande de propositions devrait généralement inclure toutes les informations nécessaires pouvant servir de base aux soumissionnaires pour présenter des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité contractante et que celle-ci puisse comparer de manière objective et équitable. Le contenu et le niveau de détail des informations fournies aux soumissionnaires à cette étape varieront en fonction du type de PPP envisagé et de la nature de la procédure de sélection utilisée par l'autorité contractante. Ces informations pourront être moins détaillées et moins mettre l'accent sur les aspects techniques dans les cas où elle utilise la procédure de demande de propositions avec dialogue visée à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Toutefois, lorsqu'elle a recours à une procédure en deux étapes, elle aura déjà précédemment diffusé une demande initiale,

moins détaillée, de propositions sans indication de prix et engagé des discussions avec les soumissionnaires dont la proposition n'a pas été rejetée. Par conséquent, à cette étape, l'autorité contractante aura établi un ensemble plus complet de conditions, comme le prévoient les paragraphes 2 et 3 de l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics¹⁰.

a) Informations générales à communiquer aux soumissionnaires

66. Les informations générales à communiquer aux soumissionnaires devraient comprendre, selon les besoins, les éléments qui figurent normalement dans le dossier de sollicitation ou les demandes de propositions pour la passation de marchés de biens, de travaux et de services¹¹. Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue, et le poids donné à chacun de ces critères ou son importance relative (voir par. ...). Les plateformes électroniques de téléchargement et de partage de documents et d'informations destinés aux soumissionnaires peuvent être particulièrement utiles pour renforcer l'efficacité et accélérer la procédure, eu égard à la grande quantité d'informations dont les soumissionnaires auront généralement besoin. Les réunions préalables aux appels d'offres auxquelles tous les soumissionnaires intéressés peuvent assister sont également un bon moyen de clarifier en toute transparence les questions qu'ils peuvent se poser.

i) Informations sur les études de faisabilité

67. Il est souhaitable d'inclure dans les informations générales communiquées aux soumissionnaires des instructions concernant la préparation des études de faisabilité qu'il peut leur être demandé de fournir en même temps que leurs propositions. Ces études ne sauraient remplacer les études du rapport qualité-prix, des risques financiers et autres études de faisabilité et d'évaluation d'impact auxquelles l'autorité contractante doit procéder avant d'obtenir l'approbation du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Les études de faisabilité réalisées par les soumissionnaires mêmes couvriront, par exemple, les aspects suivants :

a) *Viabilité commerciale*. En particulier dans les projets assortis d'un financement sans possibilité de recours ou avec possibilité de recours limité, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation sur la durée de vie opérationnelle proposée du projet, y compris la demande escomptée (prévision de trafic pour une route, par exemple) et la tarification (péages, par exemple). Pour faciliter l'examen par l'autorité contractante, les soumissionnaires devraient aussi décrire les scénarios utilisés pour démontrer la viabilité commerciale de leur proposition ;

¹⁰ « 2. Le dossier de sollicitation exige des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils présentent, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions sans indication de prix. Il peut solliciter des propositions tant sur les caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché que sur les conditions contractuelles de sa fourniture et, s'il y a lieu, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre initiale n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre initiale. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions. »

¹¹ Par exemple, instructions pour l'établissement et la soumission des propositions, y compris le mode, le lieu et la date limite de soumission ainsi que la période de validité des propositions et toutes exigences concernant les garanties de soumission ; modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et mention indiquant si l'autorité contractante a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de soumissionnaires ; lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen ; manière dont les propositions seront évaluées ; exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 47-2 et 49-2).

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle.* Les soumissionnaires devraient démontrer en quoi les technologies qu'ils proposent, y compris le matériel et les procédés, sont adaptées aux conditions nationales, locales et environnementales et quelles sont leurs chances d'atteindre le niveau de performance prévu, et prouver que les méthodes de construction et le calendrier des travaux sont adéquats. Cette étude devrait aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé ; et fournir des informations sur l'évolution technologique attendue ;

c) *Viabilité financière.* Les soumissionnaires devraient indiquer les sources de financement envisagées pour les phases de construction et d'exploitation, y compris les emprunts et les apports de fonds propres. Si, dans la plupart des cas, les accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature du contrat de PPP, les soumissionnaires devraient néanmoins être tenus de fournir suffisamment de preuves de l'intention des prêteurs de fournir le financement spécifié. Dans certains pays, les soumissionnaires sont également tenus d'indiquer le taux interne de rendement financier escompté par rapport au coût effectif d'investissement correspondant aux arrangements financiers proposés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité contractante d'estimer si les prix ou redevances envisagés par le partenaire privé sont raisonnables et acceptables et d'évaluer le risque d'augmentations ultérieures ;

d) *Impact sur l'environnement.* Cette étude devrait déterminer les effets négatifs ou néfastes que le projet pourrait avoir sur l'environnement et indiquer les mesures correctives à prendre pour assurer le respect des normes environnementales applicables. Elle devrait examiner, le cas échéant, les normes environnementales pertinentes des institutions financières internationales ainsi que des autorités nationales, provinciales et locales.

ii) *Informations sur les garanties de soumission*

68. Il est souhaitable que la demande de propositions indique quelles sont les exigences de l'autorité contractante en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres conditions principales de toute garantie de soumission demandée aux soumissionnaires pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du soumissionnaire retenu de conclure un contrat de PPP. Afin d'assurer un traitement équitable de tous les soumissionnaires, les exigences qui se rapportent directement ou indirectement à leur conduite ne devraient concerner que les faits suivants : retrait ou modification de la proposition après la date limite fixée pour la soumission des propositions, ou avant cette date limite si la demande de propositions le prévoit ainsi ; non-respect des conditions financières ; défaut de signature du contrat de PPP alors que l'autorité contractante l'exige ; et défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de PPP après l'acceptation de la proposition ou manquement à toute autre condition préalable à la signature du contrat de PPP spécifiée dans la demande de propositions. Des mesures devraient être prévues pour assurer que l'exigence d'une garantie de soumission est imposée équitablement et uniquement dans le but recherché¹². L'opportunité et les conditions d'une garantie de soumission devraient être examinées à la lumière du processus de sélection retenu et, le cas échéant, adaptées à ses besoins. Ainsi, ces garanties ne sont pas adaptées dans une demande de propositions avec dialogue, car elles n'apporteraient pas de solution pratique pour ce

¹² Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment : l'impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer le montant de la garantie de soumission et l'obligation de retourner, ou de faire retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants : a) l'expiration de la garantie de soumission ; b) l'entrée en vigueur de l'accord de projet et la fourniture d'une garantie de bonne exécution du contrat si la demande de propositions exige une telle garantie ; c) la clôture de la procédure de sélection sans l'entrée en vigueur d'un accord de projet ; ou d) le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que la demande de propositions n'interdise un tel retrait.

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 l'étape de la meilleure offre définitive)¹³.

iii) *Qualification des soumissionnaires*

69. Dans les rares cas où il n'y a pas eu de présélection des soumissionnaires avant la publication de la demande de propositions ou lorsque l'autorité contractante a gardé le droit de demander aux soumissionnaires d'apporter de nouveau la preuve de leurs qualifications, la demande de propositions devrait indiquer les informations qu'ils doivent fournir à cette fin (voir par. ...).

b) **Cahier des charges et indicateurs de résultats**

70. Le type de projet de PPP, le régime de propriété de l'infrastructure et la répartition envisagée des risques et des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...) détermineront si l'autorité contractante a intérêt à contrôler les spécifications techniques des travaux que le partenaire privé réalisera, ou si elle préfère laisser le soin aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre à ses besoins. Cette décision aura à son tour des conséquences sur la question de savoir si elle procédera à un appel d'offres en deux étapes, afin de définir un ensemble commun de caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance auxquelles les soumissionnaires devront se conformer dans leur proposition définitive, ou si elle donnera à ceux-ci une plus grande liberté pour développer leurs propres solutions. Idéalement, l'autorité contractante aura soigneusement examiné ces options lors des préparatifs de l'appel d'offres (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...), car ces éléments sont essentiels pour déterminer l'équilibre approprié entre les intrants et le produit dans la description du projet.

71. Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir suffisamment de renseignements pour sélectionner le soumissionnaire qui offre le meilleur rapport qualité-prix.

72. Par conséquent, l'autorité contractante peut juger utile de rédiger le cahier des charges d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Le cahier des charges et les indicateurs de résultats comprennent normalement des éléments tels que ceux qui sont énumérés ci-après :

a) *Description du projet et du produit escompté.* Si les services exigent des bâtiments particuliers, tels qu'un terminal de transport ou un aéroport, l'autorité contractante peut souhaiter ne fournir que des indications générales de planification pour la division du site en zones d'utilisation, au lieu de donner des plans qui montrent l'emplacement et les dimensions de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux. Toutefois, lorsqu'elle estime qu'il est essentiel que les soumissionnaires fournissent des spécifications techniques détaillées, les demandes de propositions devraient comprendre au moins les informations suivantes : description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles ; calendrier d'exécution des travaux et de la fourniture des services ; et exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage ;

b) *Normes minimales applicables pour la conception et les résultats, y compris normes environnementales appropriées.* Les normes de résultat sont généralement formulées en termes de quantité et de qualité souhaitées du produit. Les propositions qui s'en écartent devraient être considérées comme non conformes ;

¹³ Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 106 et 107, par. 5.

c) *Qualité des services.* Dans le cas de projets comportant la fourniture de services publics, les indicateurs de résultats devraient comprendre une description des services à fournir et les normes de qualité à utiliser par l'autorité contractante pour évaluer les propositions. Il faudrait faire référence, selon qu'il convient, aux obligations générales imposées aux prestataires de service public pour assurer l'expansion et la continuité du service de manière à répondre à la demande de la collectivité ou du territoire desservi, la mise à disposition non discriminatoire des services aux usagers et l'accès non discriminatoire d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire, conformément aux termes et conditions définis dans le contrat de PPP (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

73. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir les informations nécessaires pour que l'autorité contractante puisse évaluer la pertinence technique des propositions, leur faisabilité opérationnelle et leur conformité aux normes de qualité et aux prescriptions techniques, et notamment :

- a) Le projet d'ingénierie préliminaire, avec le calendrier des travaux proposé ;
- b) Le coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (apport de fonds propres, emprunts, par exemple) ;
- c) L'organisation, les méthodes et procédures d'exploitation et de maintenance envisagées ;
- d) La description de la qualité des services.

74. Chacun des indicateurs de résultats susmentionnés peut exiger la communication de renseignements supplémentaires par les soumissionnaires, en fonction du projet concerné. Ainsi, dans le cas d'un contrat de PPP concernant la distribution d'électricité dans une région donnée, ces indicateurs pourront inclure des normes techniques minima telles que : a) les fluctuations de tension (et de fréquence) au niveau des consommateurs ; b) la durée des interruptions (exprimée en heures par an) ; c) la fréquence des interruptions (exprimée en nombre par an) ; d) les pertes ; e) le nombre de jours nécessaires pour raccorder un nouveau client ; et f) les normes commerciales pour les relations avec les clients (par exemple, le nombre de jours pour payer les factures, reconnecter les installations ou répondre aux plaintes des clients).

c) **Clauses contractuelles**

75. À l'issue des études du rapport qualité-prix et autres études préliminaires effectuées à l'étape de la planification du projet et de l'évaluation de la faisabilité (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...), l'autorité contractante devrait être en mesure d'indiquer dans le dossier d'appel d'offres la manière dont elle entend répartir les risques liés au projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet » et chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »). Cela est important pour poser les termes du débat lors du dialogue et des demandes d'éclaircissements qui ont lieu pendant la procédure de sélection (voir par. ...), mais aussi pour définir les limites d'un éventuel ajustement du contrat après la sélection du partenaire privé (voir par. ...). Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires pourront chercher à réduire au minimum ceux qu'ils acceptent, ce qui peut être contraire à l'objectif poursuivi dans la recherche d'un financement privé pour le projet.

76. C'est pourquoi l'autorité contractante devrait, lorsque cela est possible, distribuer un projet du contrat de PPP contenant les clauses contractuelles proposées. Cela contribuerait aussi à réduire au minimum le risque que le consortium sélectionné tente de rouvrir les discussions sur les principales modalités du contrat et de prolonger les négociations. S'il n'est pas possible, à ce stade, d'élaborer un projet complet du contrat de PPP, la demande de propositions devrait au moins contenir des informations sur les éléments essentiels des arrangements contractuels envisagés par l'autorité contractante, y compris toute clause du contrat de PPP qu'elle juge non négociable.

Parmi les éléments essentiels qui figurent habituellement dans la demande de propositions à ce stade, on mentionnera :

- a) La durée du contrat ou l'invitation faite aux soumissionnaires à présenter des propositions pour la durée du contrat ;
- b) Les formules et indices des prix à utiliser pour les ajustements aux prix ;
- c) L'appui des pouvoirs publics et les aides à l'investissement, le cas échéant ;
- d) Les cautionnements ;
- e) Les exigences des organismes réglementaires, le cas échéant ;
- f) Les règles et réglementations monétaires régissant les envois de fonds en devises étrangères ;
- g) Les arrangements concernant le partage des recettes, le cas échéant ;
- h) L'indication, selon qu'il convient, des catégories d'avoirs que le partenaire privé serait tenu de transférer à l'autorité contractante ou de mettre à la disposition du partenaire privé suivant à la fin de la durée du projet ;
- i) Lorsqu'un nouveau partenaire privé est sélectionné pour exploiter une infrastructure existante, la description des avoirs et des biens qui seront mis à sa disposition ;
- j) Les éventuelles sources de recettes alternatives, supplémentaires ou accessoires (par exemple, des concessions pour l'exploitation d'infrastructures existantes), le cas échéant, pouvant être offertes au soumissionnaire retenu.

77. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir à l'autorité contractante les informations nécessaires pour évaluer les éléments techniques, financiers et commerciaux des propositions et leur conformité aux clauses contractuelles proposées. Par ailleurs, les soumissionnaires devraient être tenus d'indiquer quels membres du consortium ou sous-traitants seraient chargés des travaux pendant la phase de construction, ainsi que de l'exploitation et de la maintenance de l'ouvrage après sa mise en service, et de fournir à l'autorité contractante des informations complètes sur les qualifications de tout sous-traitant qui n'est pas déjà membre du consortium soumissionnaire. Les propositions financières devraient normalement comprendre les éléments suivants :

- a) Pour les projets dans lesquels le partenaire privé est censé tirer ses revenus essentiellement des péages, redevances ou droits payés par les clients ou les usagers de l'ouvrage (PPP concessif), la proposition financière devrait indiquer la structure des prix proposée. Pour les projets dans lesquels le partenaire privé est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou une autre autorité publique pour amortir ses investissements, ou du cumul de ces paiements et des péages, redevances ou autres droits payés par les clients ou les usagers, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé, ainsi que la répartition envisagée entre le partenaire public et les contributions des usagers ;
- b) La valeur actuelle des prix ou des paiements directs proposés sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres ;
- c) S'il est estimé que le projet aura besoin d'un appui financier des pouvoirs publics, l'importance de cet appui, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue des pouvoirs publics ou de l'autorité contractante ;
- d) L'étendue des risques supportés par les soumissionnaires pendant la phase de construction et d'exploitation (y compris les événements et les changements d'ordre économique ou réglementaire imprévus), ainsi que, s'il y a lieu, les informations sur l'assurance, l'apport de fonds propres et autres garanties envisagées contre ces risques, et une indication du niveau du soutien financier, de l'indemnisation

ou des autres aménagements contractuels, le cas échéant, que les soumissionnaires proposent pour compenser les conséquences financières desdits risques.

78. Afin de limiter et d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu pendant le dialogue suivant l'évaluation des propositions (voir par. ...), la demande définitive de propositions devrait indiquer quelles sont les clauses du contrat de PPP que l'autorité contractante considère comme non négociables.

79. L'autorité contractante a intérêt à demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions définitives des preuves montrant que leurs principaux prêteurs sont satisfaits des conditions commerciales et de la répartition des risques proposées, telles qu'exposées dans la demande de propositions. Une telle exigence peut être utile pour résister aux pressions tendant à revenir sur les conditions commerciales au stade des négociations finales. Dans certains pays (voir ci-après, par. ...), les soumissionnaires sont tenus de signer et renvoyer à l'autorité contractante le projet de contrat de PPP accompagné de leurs propositions définitives pour confirmer qu'ils acceptent toutes les conditions pour lesquelles ils n'ont pas proposé d'amendement particulier.

3. Éclaircissements et modifications

80. Il importe que l'autorité contractante ait le droit de modifier la demande de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est donc souhaitable de lui donner la faculté de modifier celle-ci, que ce soit de sa propre initiative ou à la suite d'une demande d'éclaircissements présentée par un soumissionnaire, en publiant un additif à un moment quelconque avant la date limite fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque sont apportées des modifications qui nécessitent raisonnablement que les soumissionnaires consacrent plus de temps à la préparation de leurs propositions, il faudrait repousser en conséquence la date limite de soumission des propositions. De plus, l'autorité contractante devrait éviter d'apporter des modifications substantielles à la procédure de sélection, surtout si celles-ci risquent d'avoir une incidence sur le groupe de soumissionnaires potentiels, comme c'est le cas si les caractéristiques du projet sont modifiées à tel point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'autorité contractante. Si une telle modification substantielle est nécessaire, celle-ci peut avoir à annuler la procédure de sélection et à en entamer une nouvelle¹⁴.

81. En règle générale, l'autorité contractante doit communiquer sans tarder les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités et les modifications, à tous les soumissionnaires auxquels elle a adressé la demande de propositions. Si elle convoque une réunion des soumissionnaires, elle devrait dresser un procès-verbal de cette réunion dans lequel elle indiquerait les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet de la demande de propositions, les réponses qu'elle a fournies, et envoyer des copies du procès-verbal aux soumissionnaires.

4. Critères d'évaluation

82. L'autorité contractante doit formuler des critères d'évaluation qui permettent d'évaluer efficacement et en profondeur, d'une part, les aspects techniques des propositions (qui concernent non seulement les investissements matériels – tels que les travaux de construction ou de remise en état –, mais aussi l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure et la qualité des services que doit fournir le partenaire privé) et, d'autre part, leurs aspects commerciaux et financiers (qui comprennent non seulement le niveau des redevances, prix et autres charges proposés par les soumissionnaires, mais aussi la rationalité des arrangements financiers et de la structure de financement). Elle devrait aussi accorder une importance suffisante à ses

¹⁴ Ibid., p. 102, par. 4.

besoins à long terme, en particulier à la nécessité d'assurer la continuité du service au niveau de qualité et de sécurité requis.

a) Évaluation des aspects techniques des propositions

83. Les critères d'évaluation technique sont conçus de manière à faciliter l'évaluation de la viabilité technique, opérationnelle, environnementale et financière de la proposition eu égard aux spécifications, aux indicateurs et aux prescriptions énoncés dans la demande de propositions. Dans la mesure du possible, les critères techniques devraient être objectifs et quantifiables pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer les propositions avec objectivité et de les comparer sur une base commune. Cela réduit les risques de décisions discrétionnaires ou arbitraires. Les règlements qui régissent la procédure de sélection pourraient énoncer les modalités de formulation et d'application de ces facteurs. Les propositions techniques pour les PPP sont généralement évaluées sur la base des critères ci-après :

a) *Pertinence technique.* Lorsque l'autorité contractante a établi des spécifications ou normes minima en matière de conception technique et de résultats, la conception fondamentale du projet devrait être conforme à ces spécifications ou normes. Les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer que les méthodes de construction et le calendrier des travaux qu'ils proposent sont pertinents ;

b) *Faisabilité opérationnelle.* L'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé doivent être bien définies, être conformes aux normes de résultats prescrites et il convient de démontrer qu'elles sont réalistes ;

c) *Qualité des services.* Les critères d'évaluation utilisés par l'autorité contractante devraient comprendre une analyse de la manière dont les soumissionnaires entreprennent de maintenir et de développer le service, y compris les garanties offertes pour en assurer la continuité ;

d) *Normes environnementales.* La conception proposée et la technologie envisagée pour le projet devraient être conformes aux normes environnementales énoncées dans la demande de propositions. Tous effets négatifs ou néfastes sur l'environnement que pourrait avoir le projet proposé par les soumissionnaires devraient être correctement identifiés et les mesures de correction ou d'atténuation correspondantes devraient être indiquées ;

e) *Valorisations.* Autres conditions que l'auteur d'une proposition peut offrir pour rendre cette dernière plus intéressante, telles que le partage des recettes avec l'autorité contractante, ou une réduction des garanties ou de l'appui attendus des pouvoirs publics ;

f) *Potentiel de développement socioéconomique.* Avec ce critère, l'autorité contractante peut tenir compte du potentiel de développement socioéconomique offert par les soumissionnaires, notamment les avantages pour les groupes défavorisés de personnes et d'entreprises, l'investissement intérieur ou une autre activité économique, l'encouragement de l'emploi, l'affectation d'une certaine production à des fournisseurs nationaux, le transfert de technologie et le développement des compétences scientifiques, opérationnelles et en matière de gestion ;

g) *Qualification des soumissionnaires.* À l'étape de l'évaluation, l'autorité contractante devrait être en droit de demander aux soumissionnaires de produire des éléments de preuve attestant qu'ils possèdent toujours les qualifications dont ils se prévalaient lors de la présélection.

b) Évaluation des aspects financiers et commerciaux des propositions

84. Outre les critères d'évaluation technique, l'autorité contractante doit définir des critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières. Les critères couramment utilisés à cet effet incluent, selon le cas, les critères suivants :

a) *La valeur actuelle des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés pendant la durée du contrat.* Pour les projets dans lesquels les recettes du partenaire privé doivent provenir essentiellement des péages, redevances ou autres droits payés par les clients ou les usagers de l'ouvrage, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle de ces péages, redevances, loyers et autres droits proposés pour la durée du contrat ;

b) *La valeur actuelle des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant.* Pour les projets dans lesquels les recettes du partenaire privé doivent provenir essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante pour amortir ses investissements, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle des paiements du plan d'amortissement proposé pour l'ouvrage, sous réserve de sa construction et de son exploitation, conformément aux normes, plans et spécifications minima prescrits pour la conception et les résultats ;

c) *Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur actuelle des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance.* Il est souhaitable que l'autorité contractante inclue ces éléments dans les critères d'évaluation afin de permettre une évaluation de la faisabilité financière des propositions ;

d) *L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics.* Les mesures de soutien attendues ou demandées par les soumissionnaires devraient figurer parmi les critères d'évaluation car elles peuvent entraîner pour les pouvoirs publics une importante responsabilité financière immédiate ou éventuelle (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 60) ;

e) *Rationalité des arrangements financiers proposés.* L'autorité contractante devrait évaluer si le plan financier proposé, notamment le ratio d'endettement, permet de faire face aux dépenses de construction, d'exploitation et de maintenance du projet. Elle devrait également évaluer la solvabilité des bailleurs de fonds et des prêteurs, l'étendue de leur engagement, le plan de capitalisation proposé pour la société de projet et la date envisagée pour la clôture financière ;

f) *La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.* Les propositions de changement ou de modification des clauses contractuelles accompagnant la demande de propositions (par exemple, des clauses portant sur la répartition des risques ou l'indemnisation) peuvent avoir des conséquences financières considérables pour l'autorité contractante et devraient être soigneusement examinées.

85. Il est important de comparer les péages, redevances, prix unitaires ou autres charges proposés pour garantir l'objectivité et la transparence du choix fait entre des propositions également conformes. Toutefois, il importe aussi que l'autorité contractante considère avec soin le poids relatif de ce critère dans le processus d'évaluation. La notion de prix n'a généralement pas la même valeur dans l'attribution de contrats de PPP que dans la passation de marchés de biens et de services. En effet, la rémunération du partenaire privé est souvent constituée à la fois des redevances acquittées par les usagers, de recettes auxiliaires et de subventions ou de paiements versés directement par l'entité publique octroyant le contrat.

86. Il ressort de ce qui précède que si le prix unitaire du produit attendu demeure un élément important de comparaison des propositions, il ne sera pas nécessairement considéré comme le facteur le plus important. Le plus important, c'est l'évaluation générale de la faisabilité financière des propositions car c'est elle qui permet à l'autorité contractante de déterminer la capacité des soumissionnaires de mener à bien le projet et la probabilité d'augmentations ultérieures des prix proposés. Ceci est essentiel pour éviter qu'un projet ne soit attribué à un soumissionnaire qui offre des prix attrayants mais irréalistes dans l'espoir de pouvoir les majorer une fois que le contrat lui a été attribué.

87. Il est important, pour l'autorité contractante, de faire savoir quelle importance relative il convient d'accorder à chacun des critères d'évaluation et comment ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Pour bien équilibrer les aspects financiers et techniques des propositions, deux approches sont possibles. On peut considérer, soit que la proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée sur la base du prix et d'autres critères que le prix, soit que le prix proposé pour le produit (prix de l'eau ou de l'électricité, montant des péages, frais de maintenance ou loyer à payer par l'autorité contractante) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi toutes celles qui ont été jugées conformes.

5. Soumission et ouverture des propositions

88. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Si la demande de propositions accepte les soumissions par voie électronique, elle devrait exiger des soumissionnaires qu'ils soumettent leur proposition de manière à ce qu'elle puisse être présentée à l'autorité contractante et offre une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive¹⁵. Une proposition reçue par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devrait pas être ouverte et devrait être renvoyée au soumissionnaire qui l'a présentée. Dans un souci de transparence, les législations nationales prescrivent souvent des procédures formelles pour l'ouverture des propositions, généralement à une date spécifiée dans la demande de propositions, et exigent que les soumissionnaires, ou leurs représentants, soient autorisés par l'autorité contractante à assister à cette ouverture ou fondés à recevoir une confirmation indiquant que les obligations d'intégrité ont été respectées pendant l'ouverture. Une telle exigence aide à réduire au minimum le risque que les propositions soient modifiées ou faussées d'une autre manière et constitue une garantie importante de l'intégrité de la procédure.

89. Étant donné la complexité des projets de PPP et la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution d'un projet, il peut être souhaitable que l'autorité contractante suive un processus d'évaluation en deux temps consistant à prendre en considération les critères non financiers indépendamment des critères financiers, et éventuellement avant eux, afin d'éviter des situations où un poids excessif serait donné à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers.

90. À cette fin, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes distinctes. Ce système est parfois utilisé parce qu'il permet à l'autorité contractante d'évaluer la qualité technique des propositions sans être influencée par leurs volets financiers. Toutefois, la méthode a été critiquée au motif qu'elle allait à l'encontre de l'objectif d'économie dans l'attribution des marchés publics. On craint en particulier qu'en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante ne soit tentée, lors de l'ouverture des premières enveloppes, de choisir les propositions offrant des ouvrages techniquement supérieurs et de rejeter celles qui offrent des solutions moins sophistiquées mais qui répondent néanmoins à ses besoins pour un coût globalement inférieur.

91. Pour éviter le système à deux enveloppes, les autorités contractantes peuvent exiger que les propositions techniques et financières soient regroupées, mais structurer leur évaluation en deux étapes. Dans un premier temps, l'autorité contractante fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques en application des critères énoncés dans la demande de propositions, puis elle évalue chacune des propositions techniques en fonction de ces critères, de leur importance relative et de leurs modalités d'application. Elle compare ensuite les propositions financières et commerciales dont

¹⁵ Voir Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 8-1.

la note est égale ou supérieure au seuil fixé. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité contractante devrait d'abord s'assurer que les propositions techniques sont à première vue conformes à la demande de propositions (c'est-à-dire examiner si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes, ainsi que celles qui s'écartent de la demande de propositions, devraient être rejetées à ce stade. Si l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires des éclaircissements, aucune modification substantielle des propositions, y compris des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade.

6. Dialogue avec les soumissionnaires

92. Lorsque l'autorité contractante a eu recours à une demande de propositions avec dialogue du type prévu à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, elle engage à ce stade un dialogue avec les soumissionnaires dont la proposition a été jugée conforme. Le paragraphe 8 de l'article 49 de la Loi type prévoit deux conditions pour ce dialogue, à savoir qu'il soit mené de façon concomitante et par les mêmes représentants de l'autorité contractante, de manière à garantir la cohérence des résultats.

93. Le dialogue peut comporter plusieurs sessions ou phases. À la fin de chaque session ou phase, l'autorité contractante peut préciser ses besoins et donner aux fournisseurs ou entrepreneurs participants l'occasion de modifier leurs propositions en tenant compte de ces précisions et des questions et commentaires qu'elle formule pendant le dialogue. L'autorité contractante ne devrait, à aucun moment du dialogue, modifier l'objet du marché, ni les critères de qualification ou d'évaluation, ni les exigences minimales établies conformément au paragraphe 2 f) de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, ni les éléments de la description du projet de PPP ou les conditions du contrat exclus du dialogue, tels que précisés dans la demande de propositions. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information issus du dialogue qui sont communiqués par l'autorité contractante à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité. Les préoccupations concernant la confidentialité sont particulièrement pertinentes dans la phase de dialogue, compte tenu de ses modalités et de sa vaste portée. La règle générale est qu'aucune information concernant un soumissionnaire ou sa proposition ne peut être communiquée à un autre soumissionnaire ou entrepreneur participant au dialogue sans le consentement du premier.

94. À l'issue du dialogue, l'autorité contractante demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition. La demande doit être écrite et préciser le mode, le lieu et la date limite de présentation de ces offres. L'une des principales caractéristiques de cette méthode de passation de marchés est l'absence d'ensemble unique et complet de conditions de la passation de marché au-delà des exigences minimales sur la base desquelles les soumissions finales sont évaluées.

7. Négociations finales et attribution du contrat

95. Le comité d'attribution devrait noter les éléments techniques et financiers de chaque proposition en appliquant le système de notation annoncé à l'avance pour les critères d'évaluation technique et préciser par écrit les raisons de la note donnée. Pour encourager la transparence de la procédure de sélection et éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il pourra être particulièrement important de donner une justification détaillée lorsque le comité d'attribution recommande de retenir une proposition en se fondant principalement sur les aspects techniques plutôt qu'uniquement sur le prix. L'autorité contractante devrait classer toutes les

propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la demande de propositions.

a) Procédure en deux étapes

96. Lorsque l'autorité contractante a eu recours à une procédure en deux étapes du type prévu à l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, elle invite, à cette étape, le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note à une négociation finale de certains éléments du contrat de PPP. Si deux propositions ou plus obtiennent la note la plus élevée ou s'il n'y a qu'une différence minime entre les notes données à deux propositions ou plus, l'autorité contractante devrait inviter aux négociations tous les soumissionnaires ayant obtenu pratiquement la même note. Les négociations finales devraient avoir pour unique objectif de fixer les derniers détails du dossier de transaction et de satisfaire aux demandes raisonnables des prêteurs du soumissionnaire sélectionné. Le risque que les négociations avec le soumissionnaire sélectionné ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou la répartition des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment des pouvoirs publics ou des consommateurs, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités contractantes. Il devrait être interdit de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations, à ce stade, ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la demande définitive de propositions (voir par. ...). Il serait possible de réduire encore le risque de renégociation des clauses commerciales à ce stade tardif en insistant pour que les prêteurs du soumissionnaire sélectionné indiquent qu'ils sont satisfaits de la répartition des risques envisagée dans la proposition à un stade où il y a encore concurrence entre les soumissionnaires (voir par. ...). Les conseillers financiers de l'autorité contractante pourraient contribuer à ce processus en indiquant si les propositions des soumissionnaires sont réalistes et quel est le niveau des engagements financiers approprié à chaque étape. La conclusion des arrangements financiers peut prendre beaucoup de temps.

97. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourront être invités à négocier si les négociations avec celui qui a obtenu la meilleure note n'aboutissent pas à un contrat de PPP. Si elle se rend compte que tel sera le cas, elle devrait informer ce soumissionnaire qu'elle met fin aux négociations avant d'inviter à des négociations le soumissionnaire qui le suit dans la notation jusqu'à ce qu'elle parvienne à un contrat de PPP ou rejette toutes les propositions restantes. Pour éviter les risques d'abus et de retards inutiles, l'autorité contractante ne devrait pas rouvrir les négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin.

b) Demande de propositions avec dialogue

98. En règle générale, il n'y aura pas de négociations avec les soumissionnaires lorsque l'autorité contractante a eu recours à une demande de propositions avec dialogue du type visé à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. De fait, le paragraphe 12 de cet article prévoit expressément qu'« [a]ucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive ». Ceci s'explique par le fait que les soumissionnaires auront déjà amplement eu l'occasion, pendant la phase de dialogue, de proposer des améliorations sur tous les aspects de leur proposition. L'étape de la « meilleure offre définitive » met fin à la phase de dialogue et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles proposées par les soumissionnaires, de manière à éviter la situation indésirable où l'autorité contractante utiliserait l'offre faite par un soumissionnaire pour faire pression sur un autre, en particulier en ce qui concerne le prix proposé. Autrement, pour anticiper ce genre de pression, les

soumissionnaires pourraient gonfler les prix qu'ils proposent, compromettant ainsi l'intégrité de la procédure¹⁶.

D. Attribution d'un contrat par voie de négociations directes

99. Le *Guide* recommande le recours à des procédures structurées avec mise en concurrence pour l'attribution de contrats de PPP, ces dernières étant largement reconnues comme étant les mieux adaptées pour promouvoir les objectifs d'économie et d'efficacité (rapport qualité-prix), d'intégrité et de transparence (voir chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. ... ; voir aussi ci-dessus, par. ...). De plus, les procédures d'attribution de contrats recommandées par le *Guide* évitent le manque de souplesse qui caractérise certaines procédures ouvertes (comme les procédures d'appel d'offres traditionnelles pour les biens et services) et donnent à l'autorité contractante une grande liberté pour choisir l'opérateur qui répondra le mieux à ses besoins, en termes de qualifications professionnelles, de solidité financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité de la proposition.

100. Les négociations directes ne garantissent pas le degré de transparence et d'objectivité que permettent les méthodes plus structurées avec mise en concurrence. De plus, dans certains pays, on pourrait craindre que la plus grande latitude qui les caractérise ne s'accompagne d'un risque élevé de pratiques abusives ou de corruption. Compte tenu de ce qui précède, le *Guide* recommande que la loi prescrive le recours à des procédures de sélection avec mise en concurrence comme règle pour l'attribution de contrats de PPP et réserve les négociations directes (c'est-à-dire sans passer par une procédure de sélection avec mise en concurrence du type qui y est visé) à des situations exceptionnelles et objectivement justifiables, et sous réserve de procédures visant à assurer la transparence et l'équité de la procédure de sélection.

1. Circonstances justificatrices

101. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des contrats de PPP, la loi devrait déterminer les circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'autorité contractante peut être autorisée à sélectionner le partenaire privé en recourant à des négociations directes. Cela peut être le cas, par exemple :

a) Lorsqu'il est urgent de fournir immédiatement un service donné et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection avec mise en concurrence, à condition toutefois que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part. Une telle autorisation exceptionnelle peut être nécessaire, par exemple, en cas d'interruption de la fourniture d'un service donné ou lorsque la prestation du partenaire privé retenu est inférieure aux normes acceptables, ou si le contrat de PPP est annulé par l'autorité contractante, et lorsque le recours à une procédure de sélection avec mise en concurrence serait impossible du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service ;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels la mise de fonds initiale prévue ne dépasse pas un faible montant spécifié ;

c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationale ;

d) Lorsqu'il n'existe qu'une seule source capable de fournir le service requis (nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent, par exemple), ce qui comprend, dans certains cas, les propositions spontanées (voir par. ...).

¹⁶ *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 220, par. 27.

2. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'attribution de contrats par voie de négociations directes

102. Les procédures à suivre pour la passation de marchés par voie négociée sans mise en concurrence structurée sont, en règle générale, plus souples que les procédures qui s'appliquent aux autres méthodes de passation des marchés. Quelques règles et procédures seulement régissent le processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Dans certains pays, les textes donnent plus ou moins carte blanche aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendent. Dans d'autres, les textes définissent des règles de procédure pour la négociation qui ont pour objet d'assurer l'équité et l'objectivité et de faire jouer la concurrence en encourageant la participation de soumissionnaires. Les dispositions relatives aux procédures de sélection par voie négociée portent sur un certain nombre de points examinés ci-après, en particulier les critères d'approbation de la décision prise par l'autorité contractante de sélectionner le partenaire privé par voie négociée, la sélection des partenaires de la négociation, les critères de comparaison et d'évaluation des offres et la conservation d'archives relatives à la procédure de sélection.

a) Approbation

103. Dans nombre de pays s'applique une condition préalable, à savoir que l'autorité contractante doit obtenir l'approbation d'une autorité supérieure avant de pouvoir procéder à une sélection par voie négociée sans procédure structurée de mise en concurrence. En règle générale, la demande d'approbation doit être formulée par écrit et motivée. Cette exigence d'approbation a pour objet en particulier de garantir que l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en concurrence ne sera utilisée que dans des circonstances appropriées.

b) Sélection des partenaires de la négociation

104. Pour ouvrir le plus possible la procédure d'attribution à la concurrence, il est souhaitable de faire obligation à l'autorité contractante d'ouvrir des négociations avec le plus grand nombre possible de sociétés susceptibles de répondre à ses attentes. Hormis cette disposition de caractère général, on ne trouve pas de dispositions spécifiques dans les lois de certains pays sur le nombre minimum d'entrepreneurs ou de fournisseurs avec lesquels l'autorité contractante doit négocier. Les lois d'autres pays, toutefois, exigent qu'elle négocie, dans toute la mesure du possible, avec un minimum de soumissionnaires (le nombre de trois étant couramment retenu), ou sollicite de ces derniers des propositions. Elle est autorisée à négocier avec un nombre inférieur de soumissionnaires dans certaines circonstances, en particulier lorsque le nombre de candidats est inférieur au nombre minimum.

105. Pour améliorer la transparence, il est aussi souhaitable de définir des conditions de forme concernant la publicité de la procédure de négociation. Ainsi, l'autorité contractante peut être tenue de faire paraître un avis dans une publication donnée habituellement réservée à cette fin. Une telle exigence vise à porter la procédure de passation d'un marché à l'attention d'un éventail de soumissionnaires plus large que ce qui serait normalement le cas et, partant, à stimuler la concurrence. Étant donné l'échelle de la plupart des projets d'infrastructure, l'avis devrait normalement contenir certaines informations au minimum (par exemple, description du projet ou exigences en matière de qualifications) et devrait être publié avec un délai suffisant pour permettre aux soumissionnaires de préparer leur offre. De manière générale, les conditions de forme en matière d'éligibilité applicables aux soumissionnaires dans une procédure de sélection avec mise en concurrence devraient aussi s'appliquer à la procédure de négociation.

106. Dans certains pays, l'obligation de publication d'un avis est levée lorsque l'autorité contractante recourt à la négociation à la suite d'une procédure d'appel d'offres infructueuse (voir par. ...), si tous les soumissionnaires qualifiés sont autorisés à participer aux négociations, ou si aucune offre n'a été reçue. Selon la Loi

type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, cette obligation est uniquement levée dans les cas de catastrophe, de situation d'urgence ou en cas de risque de divulgation d'informations classifiées.

c) Conduite des négociations

107. Lorsqu'elles sont autorisées par les législations nationales, les négociations directes constituent une méthode de passation des marchés qui se caractérise par sa souplesse. Cela étant, le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics* invite les États adoptants à envisager d'imposer des exigences supplémentaires pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. Par exemple, 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 »¹⁷.

108. Alors que dans le cadre de négociations directes, il n'est généralement pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation de marché pour l'évaluation des soumissions définitives, l'efficacité des négociations peut être améliorée si l'équipe de négociateurs de l'autorité contractante reçoit des orientations sous la forme de critères généraux auxquels les propositions doivent satisfaire (objectifs généraux de résultat ou spécifications concernant le produit par exemple), ainsi que de critères d'évaluation des offres faites pendant les négociations et de sélection du partenaire privé qui sera retenu (par exemple, la valeur technique d'une offre, les prix, les coûts d'exploitation et de maintenance ainsi que la rentabilité et les perspectives de développement que peut offrir le contrat de PPP). L'autorité contractante devrait organiser des entretiens avec les soumissionnaires afin d'affiner et d'améliorer les propositions jusqu'à ce qu'elles lui conviennent. Le prix de chaque proposition peut entrer en ligne de compte dans ces entretiens. Une fois les propositions finalisées, l'autorité contractante devrait rechercher la meilleure offre définitive en se basant sur les propositions clarifiées. Il est recommandé que les soumissionnaires incluent dans leur offre définitive des preuves montrant que la répartition des risques qui y est associée rencontrerait l'agrément de leurs prêteurs éventuels. Le processus de négociation prend fin avec la meilleure offre définitive. Aucune négociation ne devrait avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive. Le contrat sera alors attribué à la partie dont l'offre est la « plus économique » ou la « plus avantageuse ».

d) Avis d'attribution du contrat

109. L'autorité contractante devrait être tenue de constituer un dossier d'archives relatif à la procédure de sélection (voir par. ...) et publier un avis d'attribution du contrat qui devrait, sauf lorsque des questions de défense ou de sécurité nationale sont en jeu, indiquer en particulier les circonstances particulières et les raisons de l'attribution du contrat sans véritable procédure de mise en concurrence (voir par. ...). Dans de nombreux pays, il est devenu habituel de publier le contrat de PPP dans son intégralité, dans un souci de transparence et de redevabilité. À cette pratique s'ajoutent souvent des mesures d'information et de transparence supplémentaires, comme la publication de rapports d'évaluation sur l'exécution du contrat de PPP par les partenaires privés au regard des objectifs qui y sont fixés et l'usage, par les pouvoirs publics, d'un dispositif servant à publier ces objectifs (que ce soit sur le site

¹⁷ Ibid., p. 227 et 228, par. 6.

Web de l'autorité contractante ou ailleurs) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

E. Propositions spontanées

110. Les projets de PPP sont parfois issus de propositions directement soumises par le secteur privé. Ces propositions sont généralement désignées par le terme « propositions spontanées » car elles ne sont liées à aucun projet pour lequel le secteur public aurait lancé une procédure d'attribution de contrats. Elles peuvent résulter de l'identification par le secteur privé d'un besoin en matière d'infrastructures qui pourrait être satisfait par un PPP. Il peut également s'agir de propositions novatrices pour la gestion d'une infrastructure offrant la perspective d'un transfert de technologies nouvelles vers le pays hôte. Elles peuvent toutefois susciter certaines préoccupations quant à la transparence, la redevabilité et le rapport qualité-prix. Les pays qui souhaitent néanmoins autoriser l'examen de ces propositions devraient soigneusement étudier ces préoccupations et prévoir des garanties appropriées.

1. Considérations d'ordre général

111. Une des raisons parfois citées pour justifier l'examen de propositions spontanées est la volonté d'inciter le secteur privé à soumettre des propositions supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante. Étant donné la nature même des procédures de sélection avec mise en concurrence, aucun soumissionnaire n'a l'assurance de se voir attribuer le projet, sauf s'il sort vainqueur de la compétition. De plus, le coût d'établissement de propositions pour de grands projets d'infrastructure peut décourager les sociétés qui craignent que leurs propositions ne soient pas à la hauteur de celles soumises par des soumissionnaires concurrents. En revanche, le secteur privé peut voir dans des règles qui permettent à une autorité contractante de négocier de telles propositions directement avec leurs auteurs une incitation à soumettre des propositions spontanées. L'autorité contractante peut, elle aussi, trouver son intérêt dans des négociations directes qui encouragent le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement d'infrastructures.

112. D'un autre côté, cependant, l'attribution de projets suite à une proposition spontanée et sans la concurrence d'autres soumissionnaires peut exposer le gouvernement à de graves critiques. Les pratiques de la bonne gouvernance exigent des autorités publiques qu'elles anticipent leurs besoins en matière d'infrastructures et planifient de manière systématique comment les satisfaire. Elles devraient renforcer leurs capacités pour concevoir et planifier leurs propres projets, plutôt que de devoir compter sur le secteur privé pour les initier (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). On a constaté qu'en raison d'une évaluation insuffisante ou d'une mauvaise planification, les propositions spontanées généraient, en pratique, des dettes éventuelles substantielles pour les pays hôtes qui n'avaient pas été bien prévues dans leurs systèmes de contrôle des dépenses publiques et du budget à long terme. En outre, les prêteurs potentiels, y compris les institutions financières multilatérales et bilatérales, peuvent avoir des difficultés à octroyer des crédits ou donner des garanties pour des projets qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de sélection avec mise en concurrence. Ils peuvent en effet craindre une remise en question ou une annulation par de futurs gouvernements (par exemple, parce qu'il peut être ultérieurement estimé que l'attribution du projet a été entachée de favoritisme ou parce que la procédure ne prévoyait pas de paramètres objectifs pour la comparaison des prix, des éléments techniques et de la pertinence générale du projet), ou des contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des prix ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure de sélection avec mise en concurrence.

113. Quelques raisons expliquent pourquoi certains pays ont préféré ne pas réglementer les propositions spontanées ou les interdire expressément. Les pays qui souhaitent néanmoins en autoriser l'examen devraient déterminer s'il serait nécessaire ou souhaitable de prévoir des procédures spéciales pour les évaluer et les traiter, de manière à éviter qu'elles ne soient utilisées pour contourner les mécanismes de gestion des investissements publics. À cette fin, il peut être utile d'analyser les deux situations les plus couramment mentionnées à propos des propositions spontanées, à savoir : les propositions spontanées qui, selon leurs auteurs, supposent l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins d'infrastructure de l'autorité contractante et celles dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante.

a) Propositions spontanées supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins d'infrastructure de l'autorité contractante

114. De manière générale, en ce qui concerne les projets impliquant l'utilisation d'une méthode ou d'un procédé industriel, l'autorité contractante aurait intérêt à encourager la soumission de propositions incorporant les procédés, les études, les méthodes ou les concepts techniques les plus modernes et présentant une capacité avérée d'amélioration du produit (par exemple, en réduisant considérablement les coûts de construction, en accélérant l'exécution du projet, en renforçant la sécurité, en améliorant les résultats du projet, en prolongeant sa vie économique, en réduisant les frais de maintenance et d'exploitation de l'ouvrage ou encore en réduisant l'impact négatif sur l'environnement ou les perturbations soit pendant la construction, soit pendant l'exploitation).

115. L'autorité contractante pourrait également satisfaire ses intérêts légitimes en modifiant comme il convient les procédures de sélection avec mise en concurrence au lieu d'établir un ensemble de règles spécialement adaptées au traitement des propositions spontanées. Par exemple, si elle recourt à des procédures de sélection qui mettent l'accent sur le produit attendu, sans prescrire les modalités de réalisation (voir par. ...), les soumissionnaires auront suffisamment de latitude pour proposer leurs propres procédés ou méthodes exclusifs. Une telle exclusivité ne constituerait pas, dans ce cas de figure, un obstacle à la concurrence, à condition que toutes les méthodes proposées permettent techniquement de donner les résultats souhaités par l'autorité contractante.

116. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures de sélection avec mise en concurrence que de concevoir de nouvelles procédures sans mise en concurrence pour traiter plus particulièrement les propositions dont les auteurs affirment apporter des technologies ou des concepts nouveaux. Sauf peut-être dans le cas des concepts ou des technologies brevetés dont l'exclusivité peut être déterminée d'après les droits de propriété intellectuelle existants, une autorité contractante peut avoir beaucoup de mal à définir ce qui constitue la nouveauté. Pour ce faire, elle devra peut-être recourir aux services d'experts indépendants coûteux, venant éventuellement d'autres pays, afin de parer aux allégations de partialité. L'argument de la nouveauté peut également être invoqué par d'autres sociétés intéressées affirmant posséder des technologies nouvelles appropriées.

117. La situation peut toutefois être quelque peu différente si l'exclusivité de la proposition ou ses aspects novateurs sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés ont des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur une méthode ou une technologie peut effectivement réduire ou éliminer les possibilités de véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle les lois sur la passation des marchés de la plupart des pays autorisent les entités adjudicatrices à recourir à la sollicitation d'une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur donné, ou si le fournisseur ou entrepreneur en question a des droits exclusifs sur les biens, travaux

ou services et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 30-5).

118. En pareil cas, il conviendrait d'autoriser l'autorité contractante à négocier directement l'exécution du projet avec l'auteur de la proposition spontanée. La difficulté serait bien entendu d'établir, avec l'objectivité et la transparence voulues, qu'il n'existe pas de solution de remplacement raisonnable pour la méthode ou la technologie envisagée dans la proposition spontanée. C'est pourquoi il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Dans cette situation, le recours aux dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics peut contribuer à garantir un traitement équitable et objectif des propositions spontanées.

b) Propositions spontanées dont l'auteur affirme être en mesure de répondre à un besoin d'infrastructure non encore identifié par l'autorité contractante

119. La valeur de ce type de propositions spontanées réside dans l'identification d'une possibilité de construction d'une infrastructure non encore envisagée par les autorités du pays hôte. Toutefois, ce cas de figure ne devrait pas normalement constituer en lui-même une justification suffisante pour négocier de gré à gré l'attribution d'un projet dont l'autorité contractante n'a pas l'assurance objective qu'il constitue la réponse la plus avantageuse à ses besoins. Une proposition spontanée, aussi bien justifiée soit-elle, ne devrait pas dispenser les pouvoirs publics d'évaluer leurs besoins d'infrastructure de leur côté et de prendre les mesures de planification et d'évaluation exigées par la loi (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...).

2. Procédures de traitement des propositions spontanées

120. Compte tenu de ce qui précède, il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures transparentes pour déterminer si une proposition spontanée satisfait aux conditions requises et s'il est dans son intérêt de lui donner suite.

a) Restrictions à la recevabilité des propositions spontanées

121. Pour garantir un contrôle véritable des dépenses publiques, certaines lois nationales prévoient qu'aucune proposition spontanée ne peut être prise en considération si l'exécution du projet donnerait lieu à des engagements financiers importants de la part de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique, tels que des garanties, des subventions ou une participation au capital. La raison d'une telle restriction est que les procédures de traitement des propositions spontanées sont généralement moins élaborées que les procédures ordinaires de sélection et ne garantissent pas nécessairement le même niveau de transparence et de concurrence. Toutefois, il peut y avoir des raisons de permettre une certaine souplesse dans l'application de cette condition. Dans certains pays, un appui des pouvoirs publics autre que des garanties directes, des subventions ou une participation au capital (par exemple, la vente ou la location de biens publics aux auteurs de propositions de projet) n'empêche pas nécessairement de traiter ou d'accepter une proposition en tant que proposition spontanée.

122. Pour être prise en considération, une proposition spontanée doit aussi se rapporter à un projet pour lequel l'autorité contractante n'a entamé ou annoncé aucune procédure de sélection. En effet, ce qui justifie la prise en considération d'une proposition spontanée sans recours à une procédure de sélection ouverte est la volonté d'inciter le secteur privé à recenser des besoins d'infrastructure nouveaux ou non envisagés ou à formuler des propositions novatrices pour satisfaire ces besoins. Cette justification ne vaut plus si les autorités du pays hôte ont déjà identifié le projet et si le secteur privé se contente de proposer une solution technique différente de celle qu'envisageait l'autorité contractante. En pareil cas, cette dernière pourrait néanmoins tirer parti de solutions novatrices en appliquant une procédure de sélection

impliquant un dialogue avec les soumissionnaires (voir par. ...). Toutefois, l'examen de propositions spontanées en dehors d'une procédure de sélection déjà entamée ou annoncée irait à l'encontre du principe d'équité dans l'attribution des marchés publics.

b) Procédure de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

123. Une société ou un groupe de sociétés qui s'adressent à une entité publique pour lui proposer un projet d'infrastructure privé devraient être tenus de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour permettre à l'autorité contractante de procéder à une première évaluation lui permettant de déterminer si les conditions d'admissibilité de propositions spontanées sont remplies, en particulier si le projet proposé est d'utilité publique. La proposition initiale devrait inclure, par exemple, les informations suivantes : description de l'expérience de l'auteur de la proposition dans ce type de projet et de sa situation financière ; description du projet (type, lieu, impact régional, investissement proposé, coûts d'exploitation, évaluation financière, ressources devant être apportées par les pouvoirs publics ou des tiers) ; détails concernant le site (régime de propriété et expropriation éventuelle de terrains ou d'autres biens) ; et description du service et des travaux.

124. Après un examen préliminaire, l'autorité contractante devrait faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, si le projet peut présenter un intérêt général. Si sa réponse est positive, elle devrait inviter la société à soumettre une proposition officielle qui contiendrait, outre les éléments inclus dans la proposition initiale, une étude de faisabilité technique et économique (y compris les caractéristiques, coûts et bénéfices) ainsi qu'une étude d'impact sur l'environnement. Par ailleurs, l'auteur de la proposition devrait être tenu de soumettre des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition. Les informations communiquées devraient être suffisamment détaillées pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer correctement le concept ou la technologie et de déterminer s'ils répondent aux conditions requises et peuvent être appliqués avec succès à l'échelle prévue pour le projet proposé. La société qui soumet la proposition spontanée devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

125. Une fois qu'elle a reçu de l'auteur de la proposition toutes les informations requises, l'autorité contractante devrait décider, dans un délai raisonnablement court, si elle entend donner suite et, dans ce cas, choisir la procédure qui sera utilisée. Pour faire ce choix, elle devrait déterminer tout d'abord si le projet pourrait ou non être exécuté sans le recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs.

c) Approbation

126. Comme pour d'autres exceptions à une procédure de mise en concurrence du type recommandé dans le *Guide*, dans un souci de transparence et de redevabilité, la décision de traiter les propositions spontanées ne devrait pas appartenir exclusivement à l'autorité contractante. Par conséquent, une fois que cette dernière a déterminé que le projet est d'utilité publique, elle devrait obtenir l'approbation d'une autorité supérieure tant pour procéder à l'examen de la proposition spontanée que pour choisir la procédure à laquelle il est proposé de recourir à cet effet. La demande d'approbation devrait être formulée par écrit et motivée. Cette exigence d'approbation a pour objet, en particulier, de garantir que l'attribution d'un contrat sur la base d'une proposition spontanée ne sera utilisée que dans des circonstances appropriées.

d) Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

127. Si l'autorité contractante, après avoir examiné une proposition spontanée, décide que le projet est d'utilité publique mais que son exécution est possible sans

l'utilisation d'un procédé, d'études, d'une méthode ou d'un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, elle devrait être tenue, pour l'attribution du projet, de recourir aux procédures normalement applicables pour l'attribution de contrats de PPP, comme les procédures de sélection avec mise en concurrence décrites dans le *Guide* (voir par. ...). Toutefois, certains pays ont inclus, dans les procédures de sélection, des éléments particuliers afin d'encourager la soumission de propositions spontanées. Ces mesures d'incitation peuvent être les suivantes :

a) L'autorité contractante pourrait s'engager à ne pas entamer une procédure de sélection concernant un projet pour lequel elle a reçu une proposition spontanée sans y inviter l'entreprise ayant soumis la proposition originale ;

b) Le soumissionnaire original pourrait se voir accorder un avantage. Dans certains pays qui appliquent un système de classement par points pour l'évaluation des propositions financières et techniques, cet avantage prend la forme d'une marge de préférence dans la notation finale (à savoir un certain pourcentage qui s'ajoute à la note finale obtenue par l'entreprise à la fois pour les éléments financiers et non financiers). Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence qui décourage la présentation d'offres concurrentes valables, ce qui entraînerait l'admission d'un projet de valeur moindre en échange de la préférence donnée à l'auteur de la proposition novatrice. Une autre forme de mesure d'incitation, qui serait préférable, pourrait être le remboursement, total ou partiel, des frais encourus par le soumissionnaire original pour l'élaboration de la proposition spontanée. À des fins de transparence, de telles mesures d'incitation devraient être annoncées dans la demande de propositions.

128. Il convient toutefois de noter que ces mesures d'incitation peuvent dissuader d'autres soumissionnaires potentiels d'engager des frais pour soumettre des propositions. Par conséquent, lorsqu'elle s'interrogera sur la portée souhaitable des mesures d'incitation destinées aux auteurs de propositions spontanées, l'autorité contractante aurait tout intérêt à chercher à garantir une véritable concurrence et à éviter que ces mesures soient tellement favorables aux auteurs de propositions spontanées qu'elles puissent décourager d'autres soumissionnaires potentiels. Nonobstant les mesures d'incitation qui peuvent être offertes, l'auteur de la proposition spontanée devrait être tenu de satisfaire aux mêmes critères de qualification que les soumissionnaires participant à une procédure de sélection avec mise en concurrence (voir par. ...).

e) Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

129. S'il apparaît que les éléments novateurs de la proposition sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région, il peut être utile que l'autorité contractante confirme cette évaluation préliminaire en appliquant une procédure lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Elle peut notamment publier une description des éléments essentiels de la proposition relatifs aux produits (par exemple, capacité de l'ouvrage, qualité du produit ou du service, ou prix unitaire) en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Cette description ne devrait pas comprendre les éléments de la proposition spontanée afférents aux intrants (par exemple, conception de l'ouvrage, technologie et équipement à utiliser) afin d'éviter de divulguer aux concurrents potentiels des informations appartenant exclusivement à l'auteur de la proposition spontanée. Le délai de soumission des propositions devrait être fonction de la complexité du projet et donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Ce peut être là un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple si les soumissionnaires doivent effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui ont pu demander de nombreux mois au soumissionnaire original, qui ne souhaite pas en divulguer les résultats.

130. L'invitation à soumettre des propositions comparables ou concurrentes devrait être publiée avec une fréquence minimum (par exemple, une fois par semaine pendant trois semaines) dans au moins une publication de diffusion générale. Elle devrait indiquer où et quand le dossier d'appel d'offres peut être obtenu et préciser les dates limites d'envoi des propositions. Il est important que l'autorité contractante protège les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition spontanée et garantisse la confidentialité des informations exclusives qui l'accompagnent. Aucune de ces informations ne devrait faire partie du dossier d'appel d'offres. Le soumissionnaire original comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. ...). Deux démarches sont ensuite possibles, en fonction des réactions à l'invitation :

a) Si l'autorité contractante ne reçoit aucune autre proposition, elle peut raisonnablement conclure qu'il n'existe aucune variante ou solution de remplacement raisonnable à la méthode ou à la technologie envisagée dans la proposition spontanée. Elle doit dûment consigner cette conclusion et pourrait être autorisée à engager des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale. Il peut être souhaitable d'exiger que la décision de l'autorité contractante soit examinée et approuvée par l'autorité dont elle devrait normalement obtenir l'approbation pour sélectionner un partenaire privé par voie de négociation directe (voir par. ...). Certains pays, dont les lois obligent à recourir à des procédures avec mise en concurrence, appliquent ces dernières afin d'établir la transparence requise pour éviter toute contestation future concernant l'attribution d'un contrat de PPP à la suite d'une proposition spontanée. Dans ces pays, conformément à la Loi type, la simple publication d'une invitation à faire une offre permet d'attribuer un projet au soumissionnaire qui a initialement fait la proposition spontanée, même si elle a été la seule. La raison en est que, pour qu'il y ait procédure avec mise en concurrence, il faut généralement qu'il y ait eu possibilité de concurrence, même si cette dernière n'a pas été effective. La publicité crée cette possibilité et ajoute un degré souhaitable de transparence ;

b) Si l'autorité contractante reçoit d'autres propositions, elle devrait inviter tous les soumissionnaires à des négociations afin de déterminer quelle est la plus avantageuse pour exécuter le projet (voir par. ...). Si elle reçoit un nombre suffisamment important d'autres propositions qui paraissent, à première vue, répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, elle peut envisager une procédure de sélection avec mise en concurrence à part entière (voir par. ...), sous réserve des mesures d'incitation qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. ...).

131. L'autorité contractante devrait être tenue de constituer un dossier d'archives relatif à la procédure de sélection (par. ...) et de publier un avis d'attribution du projet (voir par. ...).

F. Confidentialité

132. Pour éviter les abus et favoriser la confiance dans les procédures de sélection, il importe que toutes les parties respectent la confidentialité, notamment en cas de négociations. La confidentialité est importante en particulier pour protéger tout droit de propriété intellectuelle, secret professionnel ou autre information sensible que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions et ne souhaitent pas voir divulgués à leurs concurrents. Elle devrait être assurée quelle que soit la méthode de sélection retenue par l'autorité contractante. Concrètement, cela signifie qu'un responsable de l'autorité contractante qui négocie avec deux soumissionnaires ne doit divulguer à aucun d'eux la teneur des négociations qu'il mène avec l'autre. La confidentialité est également importante pour éviter qu'il y ait collusion entre les soumissionnaires, ce qui se produirait si, par exemple, ceux-ci se transmettaient la structure des coûts de l'autorité contractante pour ajuster leurs propositions et se partager une série de possibilités de marchés.

G. Avis d'attribution du projet

133. Les contrats de PPP comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité contractante et le partenaire privé et qui pourraient avoir un intérêt légitime à être informées de certains éléments essentiels du projet. Tel est le cas notamment pour les projets qui visent la prestation d'un service directement au public. À des fins de transparence, il est parfois souhaitable de définir des procédures relatives à la diffusion des dispositions du contrat de PPP susceptibles d'intéresser le grand public. Une telle exigence devrait s'appliquer indépendamment de la méthode retenue par l'autorité contractante pour sélectionner le partenaire privé (que ce soit, par exemple, par une procédure de mise en concurrence, des négociations directes ou à la suite d'une proposition spontanée). L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant les éléments essentiels des accords proposés, tels que : a) le nom du partenaire privé ; b) un descriptif des travaux et des services dont se chargera le partenaire privé ; c) la durée du contrat ; d) la structure des prix ; e) un résumé des droits et obligations essentiels du partenaire privé et les garanties qu'il devra fournir ; f) un résumé des droits de suivi de l'autorité contractante et les recours en cas de contravention au PPP ; g) un résumé des obligations essentielles des pouvoirs publics, y compris les paiements, subventions ou indemnisations qu'ils verseront ; et h) toute autre clause essentielle du contrat de PPP prévue dans la demande de propositions.

H. Archivage des documents liés aux procédures de sélection et d'attribution

134. Afin de garantir la transparence et la redevabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité contractante, cette dernière devrait être tenue de conserver les éléments essentiels de la procédure de sélection. Les lois et réglementations du pays hôte énoncent généralement sous quelle forme et selon quelles modalités les archives doivent être conservées, ainsi que dans quelle mesure et à qui les informations qui y figurent peuvent être communiquées.

135. Le dossier conservé par l'autorité contractante devrait tout d'abord contenir, selon les besoins, les renseignements de caractère général concernant la procédure de sélection qui doivent normalement être consignés pour la passation des marchés publics (par exemple, les renseignements énumérés à l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics), ainsi que les informations présentant une importance particulière pour les PPP. Il peut s'agir notamment de ce qui suit :

- a) Un descriptif du projet pour lequel l'autorité contractante a sollicité des propositions ;
- b) Les noms et adresses des sociétés membres des consortiums soumissionnaires et ceux des soumissionnaires avec lesquels le contrat de PPP a été conclu, et une indication des obligations en matière de publicité, y compris des copies des publications mises en œuvre et des invitations envoyées ;
- c) Un exposé des raisons et circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier le choix de la procédure d'attribution du contrat ;
- d) Si des changements dans la composition des soumissionnaires présélectionnés sont autorisés par la suite, un énoncé des raisons invoquées pour autoriser ces changements et des conclusions quant aux qualifications des nouveaux membres ou des membres admis dans les consortiums considérés ;
- e) Des renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires et un résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence ;

f) Un résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires commandées par l'autorité contractante et un résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires qualifiés ;

g) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant le dossier de présélection ou la demande de propositions, les réponses qu'elles ont suscitées et un aperçu de tous les changements apportés au dossier ;

h) Un résumé des principales dispositions des propositions et du contrat de PPP ;

i) Si l'autorité contractante a estimé plus avantageuse une proposition autre que celle qui offrait le prix unitaire le plus bas pour le produit recherché, les raisons ayant amené le comité d'attribution à cette conclusion ;

j) En cas de rejet de toutes les propositions, une déclaration motivée à cet effet ;

k) Si les négociations avec le consortium qui a présenté la proposition la plus avantageuse et les négociations ultérieures avec les autres consortiums qualifiés n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet égard.

136. Comme indiqué dans le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, « [d]es 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 »¹⁸. En conséquence, le paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics exige que la partie du procès-verbal qui contient le type de renseignements visés aux alinéas a), b) et c) soit communiquée « à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la passation de marché a été abandonnée ». Toutefois, conformément au paragraphe 3 de l'article 25 de la Loi type, la partie du procès-verbal qui contient le type de renseignements visés aux alinéas d) à k) ci-dessus serait uniquement communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission et demandé ces renseignements après qu'ils auront pris connaissance de l'acceptation de la soumission retenue.

137. S'agissant des contrats attribués sans procédure de mise en concurrence (voir par ...), il peut être utile de faire figurer dans le dossier, outre les renseignements indiqués au paragraphe 123 qui peuvent être applicables, les informations supplémentaires ci-après :

a) Une déclaration présentant les raisons et les circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier le recours à des négociations directes ;

b) Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations ;

c) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion ;

d) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet égard ;

e) La justification donnée pour la sélection du partenaire privé qui aura été retenu.

138. Pour une procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par ...), il peut être utile de faire figurer dans le dossier, outre les renseignements indiqués au paragraphe ... qui peuvent être applicables, les informations supplémentaires ci-après :

¹⁸ Ibid., p. 131, par. 5.

- a) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés à l'origine de la proposition spontanée et une brève description de celle-ci ;
- b) Une attestation de l'autorité contractante selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt général et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux ;
- c) Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations ;
- d) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion ;
- e) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet égard ;
- f) La justification donnée pour la sélection du partenaire privé qui aura été retenu.

139. Il est souhaitable que les règles régissant la conservation des archives spécifient dans quelle mesure et à qui les informations peuvent être communiquées. Pour établir les critères en matière de divulgation d'informations, il faut trouver un juste milieu entre divers facteurs : intérêt général, du point de vue de la redevabilité des autorités contractantes, d'une large communication ; nécessité de fournir aux soumissionnaires les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats dans la procédure et déterminer les cas dans lesquels ils ont motif légitime à recours ; et nécessité de protéger les informations commerciales confidentielles des soumissionnaires. Compte tenu de ces considérations, il peut être souhaitable de prévoir deux niveaux de communication, comme le prévoit l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant la redevabilité de l'autorité contractante envers le public. Toutefois, il est aussi souhaitable de prévoir la divulgation, au profit des soumissionnaires, d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure de sélection, dans la mesure où ceux-ci en ont besoin pour juger de leurs résultats dans la procédure de sélection et pour contrôler la manière dont l'autorité contractante applique les dispositions des lois et réglementations applicables.

140. En outre, des mesures appropriées devraient être prises pour éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des propositions, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. En règle générale, l'autorité contractante ne devrait pas communiquer d'informations plus détaillées concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions et des prix proposés, sauf lorsqu'un tribunal compétent le lui ordonne.

141. Des dispositions limitant la divulgation des informations relatives à la procédure de sélection n'interdiraient pas l'applicabilité à certaines parties du dossier de la procédure d'autres lois de l'État conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans ce dossier aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable dans le pays hôte.

I. Procédures de recours

142. L'existence de procédures de recours équitables et efficaces est l'une des conditions fondamentales pour attirer des soumissionnaires sérieux et compétents et réduire le coût et la longueur des procédures d'attribution. Une importante garantie du respect des règles régissant la procédure de sélection est le droit donné aux soumissionnaires d'intenter un recours contre les actes de l'autorité contractante qui

enfreignent ces règles ou les droits des soumissionnaires. Différents systèmes juridiques et administratifs prévoient divers recours et procédures, qui sont étroitement liés à la question du recours contre les actes des autorités publiques. Quelle que soit la forme exacte des procédures de recours, il est important de veiller à ce qu'une possibilité adéquate et des procédures efficaces de recours soient prévues. Il est particulièrement utile de mettre en place un système de recours pratique « avant contrat » (c'est-à-dire des procédures de recours contre les actes de l'autorité contractante à un stade aussi précoce que possible de la procédure de sélection). Un tel système a pour avantage de rendre l'autorité contractante mieux à même de prendre des mesures correctives avant qu'il n'y ait préjudice et de réduire le nombre de cas où une indemnisation monétaire reste la seule option possible pour réparer les conséquences d'un acte irrégulier qu'elle a commis. Des éléments d'un système adéquat de recours figurent au chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

143. L'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés publics prévoient (entre autres) « [u]n 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 ». En conformité avec ce mandat, le chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics comporte plusieurs dispositions relatives au recours, que les États adoptants sont encouragés à incorporer dans leur législation sur la passation de marchés publics, dans la mesure où leur système juridique le permet. Ces dispositions comprennent la possibilité de demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision prise dans le cadre de la procédure de passation du marché, ce qui, dans un tel cas, donne au fournisseur ou entrepreneur lésé la possibilité de s'adresser à l'entité adjudicatrice, à un organe indépendant ou au tribunal. Toutefois, la Loi type reconnaît que le processus d'introduction d'une demande auprès d'instances de recours dépendra dans une large mesure des traditions juridiques des États adoptants. Compte tenu des dispositions de la Convention contre la corruption, les États sont tenus de disposer à la fois d'un mécanisme d'examen et d'un mécanisme d'appel, mais la Loi type est souple afin que les États adoptants puissent en appliquer les dispositions conformément à leurs traditions juridiques. En vertu de la Loi type, toute décision ou mesure prise par l'entité adjudicatrice qui ne serait pas conforme aux dispositions de la législation sur la passation des marchés peut être contestée par les fournisseurs ou entrepreneurs qui prétendent avoir subi ou pouvoir subir des pertes ou des dommages en raison de la non-conformité alléguée. Ce vaste mécanisme de contestation s'accompagne de divers dispositifs visant à garantir l'efficacité de la procédure et à trouver 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 limiter les perturbations de ce processus. Ainsi, l'article 65 de la Loi type prévoit une interdiction générale de prendre de quelconques mesures qui entraîneraient l'entrée en vigueur du marché tant qu'une contestation est pendante, sauf lorsque des considérations urgentes d'intérêt public exigent la levée de cette interdiction. La Loi type contient également des dispositions relatives à la suspension des procédures de passation des marchés, ainsi que des mesures d'appui visant à encourager le règlement rapide et opportun des problèmes et des différends, afin de résoudre les contestations sans devoir défaire des étapes de la procédure de passation du marché.

III. Attribution du contrat

Disposition type 8. Règles générales

L'autorité contractante sélectionne le partenaire privé conformément aux dispositions types 9 à 22 et, pour les matières non régies dans celles-ci, conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures concurrentielles transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics équivalentes à celles que prévoit la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]*¹⁹.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 9. Objet de la présélection et procédure de présélection

1. Afin de limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs auxquels des propositions seront demandées, l'autorité contractante engage une procédure de présélection visant à identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet envisagé.
2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et entrepreneurs]*.
3. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et entrepreneurs]*²⁰ ne l'exigent pas déjà, l'invitation à participer à la procédure de présélection indique au minimum :
 - a) Une description de l'ouvrage ;

¹⁹ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du partenaire privé et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de concurrence structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des PPP, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des demandes de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure des méthodes de passation des marchés publics caractérisées par la demande de propositions, l'appel d'offres en deux étapes, l'absence de mise en concurrence et les négociations avec appel à la concurrence, méthodes prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session, tenue à Vienne du 27 juin au 8 juillet 2011. Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ou de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en concurrence transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants : modalités de publication des avis, procédures de publication des demandes de propositions, archivage des documents concernant la procédure de passation, accessibilité des informations pour le public et procédures de contestation. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans les dispositions types.

²⁰ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 3 de l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le partenaire privé, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances payables par les usagers ou si des fonds publics peuvent être octroyés au partenaire privé sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties) ;

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses obligatoires du contrat de PPP qui sera conclu ;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, exprimés sous la forme d'une date et d'une heure précises, et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes ; et

e) Le mode et le lieu de sollicitation du dossier de présélection.

4. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection]*²¹ ne l'exigent pas déjà, le dossier de présélection indique au minimum :

a) Les critères de présélection prévus dans la disposition type 10 ;

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la disposition type 11 concernant la participation de consortiums ;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander uniquement à un nombre limité²² des soumissionnaires présélectionnés qui répondent au mieux aux critères précisés dans le dossier de présélection de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au paragraphe 2 de la disposition type 12 ; le cas échéant, le nombre maximum de soumissionnaires présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la façon dont ce nombre sera fixé. S'agissant de fixer le nombre maximum, l'autorité contractante garde à l'esprit que l'efficacité de la concurrence doit être garantie ;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une entité juridique indépendante, constituée et incorporée selon les lois de *[l'État adoptant]* conformément à la disposition type ...

5. Pour les matières non régies par la présente disposition type, la procédure de présélection est conduite conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite des procédures de préqualification et de présélection des fournisseurs et entrepreneurs]*²³.

²¹ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 5 de l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

²² Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les propositions attendues au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple).

²³ Les articles 18 et 49-3 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics décrivent différents aspects des procédures de préqualification et de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

Disposition type 10. Critères de présélection

Les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire à ceux des critères ci-dessous que l'autorité contractante juge appropriés²⁴ et pertinents pour le contrat en question :

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

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

c) Respecter les normes éthiques et autres applicables dans [*le présent État*] ;

d) Disposer de la capacité juridique de conclure le contrat de PPP ;

e) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou par un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées ;

f) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans [*le présent État*] ;

g) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour conclure un marché durant une période de ... années [*l'État adoptant précise la période*] précédant l'ouverture de la procédure d'attribution du contrat, ou ne pas avoir été d'une quelconque autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

Disposition type 11. Participation de consortiums

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la disposition type 10 concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*]] et indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium simultanément²⁵. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités de chaque membre du consortium et détermine si l'ensemble des qualifications ainsi regroupées permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

²⁴ Les lois de certains pays prévoient certaines formes de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide* (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des mesures d'incitation aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux, plutôt que d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées au tout début de la procédure (c'est-à-dire dans l'invitation à participer à la procédure de présélection).

²⁵ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite d'informations ou de

Disposition type 12. Décision concernant la présélection

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères, exigences et procédures énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux dispositions types 13 à 22.
2. Nonobstant le paragraphe 1, si elle a indiqué par une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection qu'elle se réservait le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection, l'autorité contractante évalue ces derniers en se fondant sur les critères appliqués pour apprécier leurs qualifications et elle établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée ; cette liste contient au maximum le nombre de soumissionnaires précisé dans le dossier de présélection, et si possible au moins trois. En établissant la liste, l'autorité contractante applique uniquement les critères et le mode de notation qui sont prévus dans le dossier de présélection.

2. Procédures de demande de propositions

Disposition type 13. Choix de la procédure de sélection

1. Lorsqu'elle estime que des discussions avec les soumissionnaires sont nécessaires pour affiner certains aspects de la description de l'objet du marché et pour les formuler avec les détails requis conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la teneur des demandes de propositions comme le fait l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]* et afin de pouvoir parvenir à la solution la plus satisfaisante à ses besoins en matière d'approvisionnement, l'autorité contractante peut sélectionner le partenaire privé pour un projet de PPP au moyen d'une demande de propositions en deux étapes conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient une méthode de passation de marché équivalente à l'appel d'offres en deux étapes prévu à l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]*.
2. Lorsqu'elle n'est pas en mesure de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la teneur des demandes de propositions comme le fait l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]* et qu'elle estime nécessaire de dialoguer avec les soumissionnaires pour parvenir à la solution la plus satisfaisante à ses besoins en matière d'approvisionnement, l'autorité contractante peut sélectionner le partenaire privé pour un projet de PPP au moyen d'une demande de propositions avec dialogue conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient une méthode de passation de marché équivalente à la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]*.

collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

Disposition type 14. Teneur de la demande de propositions

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la demande de propositions et des documents connexes à chaque soumissionnaire invité à soumettre des propositions qui en acquitte le prix éventuellement demandé.
2. Outre les informations requises conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des demandes de propositions*]²⁶, la demande de propositions comporte les renseignements suivants :
 - a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions ;
 - b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement ;
 - c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables ;
 - d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes ; poids relatif à accorder à chaque critère d'évaluation ou ordre d'importance décroissant de tous les critères d'évaluation ; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 15. Garanties de soumission

1. Lorsque l'autorité contractante exige des soumissionnaires qu'ils fournissent une garantie de soumission, la demande de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.
2. Le soumissionnaire ne perd pas la garantie de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants²⁷ :
 - a) Si cela est prévu dans la demande de propositions, retrait ou modification d'une proposition ou de la meilleure offre définitive avant ou après la date limite qui a été précisée ;
 - b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 de la disposition type 22 ;
 - c) Défaut de présentation de sa meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément à l'alinéa e) de la disposition type 18 ;
 - d) Défaut de signature du contrat de PPP alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée ;
 - e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou de l'offre, ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la demande de propositions.

Disposition type 16. Éclaircissements et modifications

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à la demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la demande de propositions mentionné dans la disposition type 14. Elle indique dans les documents relatifs à la procédure de sélection à archiver conformément à la disposition type 31 les motifs de toute révision de la demande de propositions. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la demande de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 17. Demande de propositions en deux étapes

a) Avant de publier la demande de propositions conformément à la [disposition type 14], l'autorité contractante émet une demande de propositions initiale invitant les soumissionnaires à soumettre, au cours de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante ;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions ou dialoguer avec des soumissionnaires dont les propositions initiales n'ont pas été rejetées pour motif de non-conformité ou pour d'autres raisons prévues dans la législation²⁶. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la demande de propositions initiale ou des propositions initiales et des documents d'accompagnement présentés par les soumissionnaires²⁷ ;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la demande de propositions initiale en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette demande de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou critères. Elle indique dans les documents relatifs à la procédure de sélection à archiver conformément à la disposition type 31 les motifs de toute révision de la demande de propositions. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives ;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément à la disposition type 14.

Disposition type 18. Demande de propositions avec dialogue

Lorsqu'une demande de propositions avec dialogue est mise en œuvre conformément à la [disposition type 13-2] :

a) L'autorité contractante invite à participer au dialogue chaque soumissionnaire qui a présenté une proposition conforme, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de soumissionnaires invités soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Ce nombre sera d'au moins trois si possible ;

b) Le dialogue est mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'autorité contractante ;

c) Pendant le dialogue, l'autorité contractante ne modifie aucun des éléments suivants : l'objet du marché, les critères de qualification ou d'évaluation, les exigences minimales, les éléments de la description du projet, les conditions du contrat qui ne font pas l'objet du dialogue telles que précisées dans la demande de propositions ;

²⁶ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une demande de propositions aux articles 47 et 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

²⁷ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

²⁸ Par exemple, pour motif de corruption, de collusion ou de conflit d'intérêts.

²⁹ On trouvera des dispositions générales sur l'éclaircissement des demandes de propositions et la tenue de réunion avec les soumissionnaires à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

d) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres informations découlant du dialogue qui sont communiqués par l'autorité contractante à un soumissionnaire sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres soumissionnaires participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions en matière de confidentialité de *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation équivalentes à celles de l'article 24 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]* ;

e) À l'issue du dialogue, l'autorité contractante demande à tous les soumissionnaires qui restent en lice de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.

Disposition type 19. Critères d'évaluation

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des éléments techniques des propositions incluent au minimum les éléments suivants :

- a) Pertinence technique ;
- b) Respect des normes environnementales ;
- c) Faisabilité opérationnelle ;
- d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des éléments financiers et commerciaux des propositions incluent, selon qu'il convient :

- a) La valeur actuelle des péages, prix unitaires et autres charges proposés pendant la période de contrat ;
- b) La valeur actuelle des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant ;
- c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur actuelle des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance ;
- d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique de *[l'État adoptant]* ;
- e) La rationalité des arrangements financiers proposés ;
- f) La mesure de conformité aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la demande de propositions ;
- g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 20. Comparaison et évaluation des propositions ou des offres

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition ou offre conformément aux critères d'évaluation, au poids relatif accordé à chaque critère ou à l'ordre d'importance décroissant des critères d'évaluation et à la procédure d'évaluation prévue dans la demande de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection.

Disposition type 21. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il démontre à nouveau ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne démontre pas à nouveau ses qualifications alors qu'il en a été prié³⁰.

Disposition type 22. Attribution du contrat

1. Lors de la mise en œuvre d'une procédure en deux étapes conformément à la disposition type 13-1 :

a) L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation et invite le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée à participer aux négociations finales du contrat de PPP. Ces négociations ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la demande définitive de propositions ;

b) Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat, elle informe ce dernier qu'elle y met fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive ;

c) Si l'autorité contractante estime que cette offre n'est pas acceptable, elle la rejette et invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement, jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de PPP ou qu'elle rejette toutes les propositions restantes ;

d) Lorsqu'elle a mis fin à des négociations avec un soumissionnaire conformément au présent paragraphe, l'autorité contractante ne les reprend pas.

2. Lors de la mise en œuvre d'une demande de propositions avec dialogue conformément à la disposition type 13-2 :

a) Aucune négociation n'a lieu entre l'autorité contractante et les soumissionnaires au sujet de leur meilleure offre définitive ;

b) L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'autorité contractante conformément aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions prévus dans la demande de propositions.

3. Négociations directes de contrats de PPP avec un ou plusieurs soumissionnaires**Disposition type 23. Circonstances autorisant les négociations directes**

Sous réserve de l'approbation de [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*]³¹, l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de PPP sans recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22 dans les cas suivants :

³⁰ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 9-8.

³¹ Soumettre les négociations directes relatives à un contrat de PPP à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante ne mette en œuvre cette exception que dans les circonstances appropriées. C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas qui y sont prévus. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

a) Lorsqu'il est urgent d'assurer la continuité du service et qu'il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part ;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de *[l'État adoptant spécifie un montant maximum]]* [prévu dans *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le seuil monétaire au-dessous duquel un marché peut être attribué par le biais de négociations directes]]*³² ;

c) Lorsque le recours aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22 ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ;

d) Lorsque seule une source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation de ce dernier fait appel à un droit de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession ;

e) Dans d'autres cas où *[l'État adoptant indique l'autorité compétente]* autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général³³.

Disposition type 24. Procédures de négociation d'un contrat de PPP

Lorsqu'elle négocie un contrat de PPP sans recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22, l'autorité contractante :

a) Fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de PPP conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis]]*³⁴ ;

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances ;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

³² Au lieu d'avoir recours aux exclusions visées aux alinéas b) et c), l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de demande de propositions pour les projets en relevant, par exemple en autorisant la sollicitation directe dans les procédures décrites dans les dispositions types 9 à 22, comme le prévoit l'article 35-2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

³³ Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures de négociations directes au cas par cas souhaitent peut-être conserver l'alinéa e) lorsqu'ils incorporeront la disposition type dans leur législation. Ceux qui souhaitent limiter les exceptions au recours aux procédures de sélection envisagées dans les dispositions types 9 à 22 préféreront peut-être ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit de la disposition type les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures de négociations directes qui peuvent être autorisées par des dispositions législatives spécifiques.

³⁴ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 7.

4. Propositions spontanées³⁵

Disposition type 25. Admissibilité des propositions spontanées

À titre d'exception aux dispositions types 9 à 22, l'autorité contractante³⁶ est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les dispositions types 26 à 28, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 26. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel³⁷.
2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur³⁸ et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si celui-ci est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.
3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

³⁵ Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures de négociations directes se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux dispositions types 23 et 24. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la disposition type 10.

³⁶ La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant les arrangements institutionnels et administratifs de l'État adoptant, un organe indépendant de l'autorité contractante peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 17, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

³⁷ Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général et, éventuellement, les critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

³⁸ L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la disposition type 10.

Disposition type 27. Propositions spontanées ne faisant pas intervenir de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

1. À l'exception des cas prévus dans la disposition type 23, l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux dispositions types 9 à 22 lorsqu'elle considère que :

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou des autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession ; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une mesure d'incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la demande de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 28. Propositions spontanées faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux alinéas a) et b) de la disposition type 27-1 ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux dispositions types 9 à 22. Elle peut néanmoins toujours chercher à obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4 ci-dessous.

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention d'obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable][*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable][le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2 de la présente disposition type, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2 ci-dessus, elle invite leurs auteurs à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la disposition type 19. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux dispositions types 9 à 22, sous réserve de toute mesure d'incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au paragraphe 2 de la disposition type 27.

5. Dispositions diverses

Disposition type 29. Confidentialité

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne qui n'est pas autorisée à avoir accès à ce type d'informations. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément aux dispositions types 17, 18, 21, 23 ou 24, ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 28, sont confidentielles. Sauf si la loi ou une décision judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, sans le consentement de l'autre partie, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées.

Disposition type 30. Avis d'attribution du contrat

L'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats]*³⁹. Cet avis désigne le partenaire privé et comporte un résumé des principales clauses du contrat de PPP.

Disposition type 31. Archivage des documents liés aux procédures de sélection et d'attribution

L'autorité contractante conserve dûment les archives liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent l'archivage des documents liés aux procédures de passation de marchés]*⁴⁰.

Disposition type 32. Procédures de recours

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou être susceptible de subir, une perte ou un préjudice du fait de la non-conformité d'une décision ou d'un acte de l'autorité contractante avec la législation peut introduire un recours contre cette décision ou cet acte conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation de marchés]*.

³⁹ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 23.

⁴⁰ Les documents à archiver en ce qui concerne les différents types de procédures d'attribution de contrats envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ils peuvent être accessibles au public, sont examinés dans l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.