

NATIONS UNIES  
ASSEMBLEE  
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/389  
18 janvier 1994

FRANCAIS  
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR  
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL  
Vingt-septième session  
New-York, 31 mai-17 juin 1994

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DU NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE  
INTERNATIONAL SUR LES TRAVAUX DE SA SEIZIEME SESSION

(Vienne, 6-17 décembre 1993)

TABLE DES MATIERES

	Paragraphes	Page
INTRODUCTION	1 - 8	4
I. DELIBERATIONS ET DECISIONS	9	5
II. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LEGISLATIVES TYPES SUR LA PASSATION DES MARCHES DE SERVICES	10 - 78	6
A. Remarques générales	10 - 17	6
B. Titre	18	8
C. Préambule	19	8
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES	20 - 52	8
Article premier. Champ d'application	20 - 21	8
Article 2. Définitions	22 - 26	8
Article 3. Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]	27	9
Article 4. Réglementation des marchés	27	9
Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	27	9

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Article 6. Qualification des fournisseurs ou entrepreneurs	28 - 29	9
Article 7. Procédure de présélection	30	10
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	30	10
Article 9. Forme des communications	31	10
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs	32	10
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation du marché	33	10
Article 12. Publication de l'avis d'attribution du marché	34	10
Article 13. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	34	10
Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux	35	10
Article 15. Langue à utiliser	36	11
 CHAPITRE II. METHODES DE PASSATION DES MARCHES ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES METHODES	 37 - 52	 11
Article 16. Méthodes de passation des marchés	37 - 45	11
Article 17. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence	46 - 47	13
Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	48 - 49	13
Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	50	13
Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	51 - 52	14
 CHAPITRE III. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	 53 - 62	 14
Article 21. Appel d'offres national	53	14
Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	54	14
Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	55	15
Article 24. Communication du dossier de sollicitation	56	15
Article 25. Teneur du dossier de sollicitation	57	15
Article 26. Clarification et modification du dossier de sollicitation	58	15
Article 27. Langue des offres	58	15
Article 28. Soumission des offres	58	15
Article 29. Période de validité des offres: modification et retrait des offres	58	15

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Article 30. Garanties de soumission	58	15
Article 31. Ouverture des offres	58	15
Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres	59	15
Article 33. Rejet de toutes les offres	60	15
Article 34. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	61	15
Article 35. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	62	16
CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES METHODES QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES	63 - 77	16
Article 36. Appel d'offres en deux étapes	63	16
Article 37. Appel d'offres restreint	64	16
Article 38. Sollicitation de propositions	65 - 74	16
Article 39. Négociation avec appel à la concurrence	75	19
Article 40. Sollicitation de prix	76	19
Article 41. Sollicitation d'une source unique	77	19
CHAPITRE V. RECOURS	78	20
III. NOUVEL EXAMEN DES DISPOSITIONS DE LA LOI TYPE	79 - 143	20
Préambule	79	20
Article premier	80	20
Article 2	81 - 83	20
Article 6	84 - 89	21
Article 7	90	22
Article 8	91	22
Article 11	92	22
Article 14	93	23
Article 16	94 - 99	23
Article 17	100	25
Article 20	101 - 104	25
Article 23	105 - 109	26
Article 25	110 - 113	27
Article 28	114 - 115	27
Article 31	116	28
Article 32	117	28
Article 40	118	28
Article 42	119	28
Article 46	120	29
Nouvel article sur les procédures spéciales relatives aux marchés de services	121 - 143	29
IV. AUTRES QUESTIONS	144 - 151	38
V. TRAVAUX FUTURS	152 - 153	40

## INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a entamé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). De sa onzième à sa quinzième session, il a élaboré la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux (les rapports de ces sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/331, 343, 356, 359 et 371). Le Groupe de travail a jugé qu'il serait préférable de mettre d'abord au point les dispositions relatives aux marchés de biens et de travaux avant d'élaborer les dispositions applicables aux marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). Cette décision était notamment motivée par le fait que certains aspects des marchés de services faisaient intervenir des considérations différentes de celles qui présidaient aux marchés de biens et de travaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993).

2. A cette vingt-sixième session, sur la base d'une note relative aux travaux futurs possibles concernant la passation de marchés de services établie par le Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1), la Commission a convenu d'entreprendre des travaux dans ce domaine et a chargé le Groupe de travail d'élaborer des projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. La Commission a convenu que le Groupe de travail devrait achever ses travaux sur les projets de dispositions types suffisamment à temps pour qu'elle puisse les examiner à sa vingt-septième session.

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa seizième session à Vienne, du 6 au 17 décembre 1993. Ont participé à la session les représentants des Etats Membres suivants du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Canada, Chine, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Soudan, Thaïlande.

4. Les observateurs des Etats suivants ont également participé à la session : Arménie, Bélarus, Bolivie, Brésil, Colombie, Croatie, Indonésie, Pérou, Qatar, République de Corée, Suisse, Turquie, Ukraine et Uruguay.

5. Ont également participé à la session les observateurs des organisations internationales ci-après :

- a) Organismes des Nations Unies : Banque mondiale
- b) Organisations intergouvernementales : Agence spatiale européenne, Comité consultatif juridique Afrique-Asie
- c) Organisations internationales non gouvernementales : Association internationale du barreau.

6. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur : M. Abdolhamid Faridi Eraghi (Iran, République islamique d').

7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.37)

b) Marchés de services : Note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1)

c) Passation des marchés : Projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services : Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38)

d) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session; Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), Annexe).

8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

1. Election du bureau.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Dispositions législatives types sur la passation des marchés de services.

4. Questions diverses.

5. Adoption du rapport.

#### I. DELIBERATIONS ET DECISIONS

9. Le Groupe de travail a procédé à une première lecture de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux en vue de déterminer quelles modifications pourraient y être apportées de manière à y incorporer les marchés de services. Le Groupe de travail a ensuite examiné une deuxième fois la Loi type et discuté plus en détail lesdites modifications, y compris divers projets de propositions. Les délibérations et décisions du Groupe de travail figurent aux chapitres II et III ci-après. Après avoir achevé ses travaux, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée de la Loi type, compte tenu desdites délibérations et décisions.

II. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LEGISLATIVES TYPES  
SUR LA PASSATION DES MARCHES DE SERVICES

A. Remarques générales

10. En premier lieu, le Groupe de travail a pris note du fait que, selon un avis, les dispositions législatives types sur la passation des marchés de services qui seraient élaborées devraient, ce qui serait difficile, être conformes aux travaux en cours au sein du GATT dans le domaine du libre accès des fournisseurs de services aux marchés publics. Il a été en outre noté que cette question avait été soulevée lorsque la Commission avait décidé, à sa vingt-sixième session, lors de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens et de travaux, d'élargir cette Loi type aux services.

11. L'approche présentée dans les deux propositions soumises au Groupe de travail par le Secrétariat a été dans l'ensemble approuvée en tant que méthode de travail; cette approche consistait à modifier et à compléter la Loi type en vue d'arriver à un texte global régissant les marchés de biens, de travaux et de services. Dans le même temps, il a été noté que les travaux qu'entreprendrait le Groupe de travail révéleraient dans quelle mesure cette approche était réaliste, ou s'il serait nécessaire d'élaborer une loi type autonome traitant des marchés de services. Il a également été avancé que l'on pourrait envisager de reprendre certains éléments des propositions publiées dans le document A/CN.9/378/Add.1, notamment l'idée d'élaborer un chapitre distinct traitant de certains aspects des marchés de services, ainsi que d'autres éléments des propositions publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.38, tels que l'ajout, dans les dispositions relatives aux procédures de sollicitation de propositions, de mesures spéciales relatives aux services.

12. Le Groupe de travail a étudié la question de savoir quels services devraient être régis par la Loi type. A ce propos, il a été demandé si la Loi type devrait exclure certains types de services pour lesquels les entités adjudicatrices ne recourraient sans doute pas aux procédures énoncées dans la Loi type. Il a notamment été fait référence aux contrats de services personnels ou aux contrats d'emploi, ainsi qu'aux services professionnels. Pour ce qui est de la première catégorie, le Groupe de travail a noté que le recrutement de personnel n'entrait pas dans le cadre de la Loi type; quant aux services professionnels, si, selon un avis, ils n'entraient pas non plus dans le champ des procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type, il a été jugé dans l'ensemble qu'ils constituaient l'une des principales catégories de services que devrait régir la Loi type, puisqu'ils représentaient un pourcentage important des marchés publics.

13. Dans le même temps, le Groupe de travail a estimé qu'il ne serait ni possible, ni souhaitable de s'efforcer d'énumérer les types de services qui entreraient dans le champ de la Loi type, ou d'énumérer les types de services que les Etats adoptant la Loi type voudraient peut-être exclure. L'établissement de telles listes serait compliqué par le fait qu'il existait de nombreuses catégories et sous-catégories de services, dont certaines risqueraient d'être omises. Il a été jugé plus approprié de donner une certaine souplesse à la Loi type, en laissant aux Etats l'adoptant le soin de définir dans leur législation les types de services auxquels la loi s'appliquerait. Il a en outre été convenu dans l'ensemble qu'il serait bon

que la Loi type prévoio que les Etats pourraient exclure certains services, parmi ceux qui seraient inclus dans une définition générale, plutôt que de prévoir une liste exhaustive des services qui seraient régis par la Loi type.

14. Il a été convenu dans l'ensemble que toutes les méthodes de passation des marchés qu'offrait actuellement la Loi type pour les biens et les travaux devraient également être applicables aux marchés de services, mais qu'il faudrait sans doute donner davantage de liberté à l'entité adjudicatrice quant au choix de la méthode à utiliser dans un cas donné. L'attention a notamment été appelée sur la nécessité d'examiner l'applicabilité de la règle générale énoncée à l'article 16-1 relative au recours à la procédure de l'appel d'offres. Le Groupe de travail a jugé que certains types de services simples, qui pourraient être détaillés, pourraient faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres, mais que d'autres méthodes seraient sans doute plus appropriées pour la majorité des services. Il a été convenu que l'on ne devrait pas s'efforcer dans la Loi type d'indiquer la méthode de passation des marchés à utiliser pour les différents types de services, bien que l'on ait suggéré que le Guide pour l'incorporation de la Loi type donne des conseils à ce propos.

15. Le Groupe de travail a noté que les procédures à suivre pour l'ensemble des méthodes devraient être examinées, afin qu'il soit possible de déterminer dans quelle mesure des modifications devraient y être apportées compte tenu des caractéristiques particulières des marchés de services. Par exemple, il a été demandé s'il ne serait pas approprié de prévoir une procédure de négociation, lorsque la procédure d'appel d'offres devait être utilisée pour un marché de services, de manière à permettre l'organisation de négociations en vue d'évaluer les qualifications et les capacités techniques des fournisseurs. En outre, il a été noté que l'on devrait également étudier si les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres prévues actuellement dans la Loi type seraient appropriées pour les services. Par exemple, il a été suggéré que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indique que le seuil de valeur pour certaines méthodes de passation des marchés pourrait être plus bas pour les services que pour les biens et travaux.

16. Le Groupe de travail a examiné plusieurs modifications terminologiques proposées aux paragraphes 5 à 7 du document A/CN.9/WG.V/WP.38. Ces modifications étaient les suivantes : remplacement, dans l'ensemble de la Loi type, des mots "biens ou travaux" par les mots "objet du marché"; ajout des mots "ou services" dans diverses dispositions de la Loi type; et autres modifications similaires. Le Groupe de travail a noté, à propos de plusieurs dispositions de la Loi type, que ces propositions générales ne semblaient pas suffisantes pour préciser et éclaircir ces dispositions et qu'il faudrait donc examiner les modifications proposées au cas par cas.

17. Après cet échange de remarques générales, le Groupe de travail a décidé de procéder à un examen article par article du texte actuel de la Loi type en vue de déterminer quels changements devraient être apportés de manière à incorporer les marchés des services et d'évaluer les propositions faites.

B. Titre

18. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner la proposition tendant à intituler la Loi type "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" qu'après avoir achevé l'examen des modifications à apporter au corps du texte.

C. Préambule

19. Il a été noté que le libellé du préambule devrait être élargi aux services. (Pour d'autres observations, voir également le paragraphe 79).

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier. Champ d'application

20. Comme il a été noté ci-dessus au paragraphe 12, le Groupe de travail a souhaité que l'Etat adoptant la Loi type ait une certaine latitude pour déterminer les services à inclure et a convenu qu'il faudrait pour ce faire énoncer dans la Loi type une disposition selon laquelle certains services pourraient être exclus, soit par la loi elle-même, soit par la réglementation des marchés. Une telle approche donnerait à la Loi type la souplesse voulue, tout en mettant l'accent sur la transparence qui devait être inhérente au processus d'exclusion du champ d'application de la Loi type. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indique qu'un organe ou une procédure réglementaires devraient sans doute être mis en place dans l'Etat adoptant la Loi type, afin de déterminer les éléments qui seraient considérés comme des services.

21. Il a été demandé si le libellé de la procédure d'exclusion prévu au paragraphe 2 b) permettrait d'exclure certains types de services. A ce propos, il a été noté que cette disposition avait plutôt été élaborée pour exclure des secteurs économiques entiers et que, si on l'appliquait aux services, on risquerait d'aboutir à l'exclusion d'un trop grand nombre de services. L'ajout d'un alinéa expressément consacré à l'exclusion de certains services, ou bien le traitement de cette question dans le Guide a reçu un large appui. (Pour d'autres observations, voir également le paragraphe 80).

Article 2. Définitions

22. Le Groupe de travail a accepté une proposition tendant à modifier comme suit la définition des mots "passation d'un marché" à l'alinéa a) de l'article 2 :

Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux ou de services."

23. Il a été proposé de raccourcir la définition en supprimant les mots "y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente". On a jugé que cette proposition devrait être soumise à un groupe de rédaction.

24. Il a été proposé d'ajouter une référence aux services connexes à la fin de la définition des biens à l'alinéa c) : "et inclut les services connexes à la fourniture de biens si la valeur de ces services ne dépasse celle des biens eux-mêmes". Cette proposition a été acceptée, car il fallait établir une distinction entre les marchés de services eux-mêmes et les marchés de biens portant également sur des services connexes.

25. Le Groupe de travail a estimé que la Loi type devrait comporter une définition du mot "services". Il a été jugé que cette définition était d'autant plus nécessaire que l'on avait retenu une approche souple pour ce qui est des services qui seraient régis par la Loi type. On s'est prononcé pour une définition du type de celle qui était suggérée par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38, note suivant le paragraphe 3), selon laquelle le mot "services" désignerait les produits qui ne sont ni des biens ni des travaux.

26. Le Groupe de travail a convenu que, s'il faudrait laisser aux Etats adoptant la Loi type la possibilité d'inclure des catégories de biens additionnels, une option similaire pour ce qui est des "services" serait superflue, vu la nature de cette définition.

#### Articles 3 à 5

27. Aucune observation n'a été faite à propos des articles 3 à 5 intitulés : Obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent Etat)]; Réglementation des marchés; et Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés.

#### Article 6. Qualification des fournisseurs ou entrepreneurs

28. Le Groupe de travail a adopté et renvoyé à un groupe de rédaction une proposition tendant à ajouter, notamment au paragraphe b) i), des mots qui seraient mieux adaptés aux exigences des marchés de services, notamment de services professionnels. Il a également été noté que, bien que tous les critères énoncés à l'article 6 ne soient pas pertinents pour les marchés de services, l'entité adjudicatrice n'aurait, conformément à l'approche retenue, qu'à appliquer les critères de qualification appropriés en l'espèce.

29. Il a été proposé de modifier le paragraphe 5, afin que l'entité adjudicatrice ne puisse, dans le cadre de marchés de services, énoncer des critères de qualification ou d'autres critères objectivement injustifiables qui auraient pour effet de causer une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de la nationalité. Il a été proposé d'ajouter, pour ce faire, les mots "qui n'est pas objectivement justifiable ou qui n'est pas requis par d'autres dispositions de la loi" après le mot "procédure". Il a été avancé que ce problème était peut-être déjà traité à l'article 8-1, qui permettait de limiter la participation à la procédure de passation d'un marché sur la base d'autres dispositions législatives. Il a toutefois été noté que les articles 6-5 et 8-1 n'étaient pas tout à fait axés sur la même question. L'article 6-5 ne traitait que de la détermination des qualifications par l'entité adjudicatrice, alors que l'article 8-1 traitait de la question plus large de la non-discrimination sur la base de la nationalité, sauf dans certaines circonstances spécifiées. Il a été déclaré que, même dans les cas où elle n'avait pas l'intention de limiter, sur la base de la nationalité, la

participation à la procédure de passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice pourrait énoncer un critère de qualification de manière qu'il ait un effet discriminatoire pour les fournisseurs étrangers. L'entité adjudicatrice pourrait, par exemple, exiger des fournisseurs qu'ils soient titulaires d'une licence locale, même si cela n'était pas prévu par d'autres dispositions législatives. Il a été convenu que le paragraphe 5 devait être modifié, afin d'empêcher une telle éventualité. (Pour d'autres observations sur l'article 6, voir par. 84 à 89).

#### Articles 7 et 8

30. Aucune observation n'a été faite à propos des articles 7 et 8 intitulés : Procédure de présélection; et Participation des fournisseurs ou entrepreneurs.

#### Article 9. Forme des communications

31. Le Groupe de travail a noté que toute modification de l'article 9-2 visant à ajouter les communications relatives aux marchés de services auxquels cette disposition serait applicable ne pourrait être effectuée qu'après que les autres modifications possibles à apporter à la Loi type auraient été examinées.

#### Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs

32. Aucune observation n'a été faite sur cet article.

#### Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation du marché

33. Il a été noté que certaines des dispositions de l'article 11 étaient axées sur les marchés de biens ou de travaux et n'étaient pas adaptées aux marchés de services. Par exemple, au paragraphe 1 d), le prix de l'offre semblait se voir accorder une prééminence qu'il n'aurait peut-être pas nécessairement dans le cas d'un marché de services. Il a été convenu que le Groupe de travail ne pourrait prendre de décision quant aux modifications à apporter à l'article 11 qu'après avoir examiné le reste de la Loi type. (Pour d'autres observations sur l'article 11, voir également le paragraphe 92).

#### Articles 12 et 13

34. Aucune observation n'a été faite sur les articles 12 et 13 intitulés : Publication de l'avis d'attribution du marché; et Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs.

#### Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux

35. Il a été noté que l'article 14 était rédigé de manière à tenir compte des caractéristiques matérielles du marché, ce qui ne serait en général pas approprié aux marchés de services. Il a donc été proposé d'inclure dans cet article un libellé mieux adapté aux marchés de services. L'article pourrait par exemple faire référence aux franchises ou à la nécessité d'établir des

succursales. Cette proposition a été acceptée, mais il a été noté que la question de l'établissement de succursales devrait sans doute être traitée séparément, car elle faisait intervenir d'autres questions telles que l'accès au marché. (Pour d'autres observations sur l'article 14, voir également le paragraphe 93).

Article 15. Langue à utiliser

36. Il a été noté qu'il faudrait indiquer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que, pour ce qui est de la détermination des marchés de faible valeur, un seuil différent pourrait être fixé pour les services d'une part et les biens ou travaux d'autre part.

CHAPITRE II. METHODES DE PASSATION DES MARCHES  
ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES METHODES

Article 16. Méthodes de passation des marchés

Paragraphe 1

37. Le Groupe de travail a étudié dans quelle mesure il serait souhaitable ou possible d'intégrer les marchés de services dans les dispositions actuelles relatives aux méthodes de passation des marchés. A cette fin, il était essentiel de déterminer s'il fallait également appliquer aux services la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 16, selon laquelle l'appel d'offres était la méthode normale de passation des marchés, le choix de toute autre méthode devant être justifié. Selon un avis, les marchés de services devraient être intégrés à cette approche. A l'appui de cet avis, on a déclaré qu'il ne faudrait pas rendre inapplicable aux services la règle énoncée au paragraphe 1, car de nombreux services pouvaient être obtenus au moyen d'un appel d'offres.

38. Il a également été avancé que les dispositions actuelles de la Loi type pouvaient, pour l'essentiel, s'appliquer aux marchés de services dans les cas où l'appel d'offres n'était pas approprié. Il a été noté qu'une telle approche serait conforme à celle retenue dans la Directive applicable aux marchés de services adoptée par la Communauté européenne et dans la révision actuelle de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics; en effet, ces deux instruments ne prévoyaient pas de mesures spéciales pour les services entrant dans leur champ d'application. Il a également été souligné que l'on ne saurait ajouter à la Loi type, qui mentionnait déjà sept méthodes de passation des marchés, des procédures différentes pour les services. Il a été affirmé qu'en rendant la Loi type encore plus complexe, on en réduirait la transparence et on la rendrait moins acceptable.

39. Selon un avis contraire qui a reçu un appui plus large, des ajustements substantiels devraient être apportés aux dispositions actuelles relatives aux méthodes de passation des marchés, afin de les adapter aux services. Selon cet avis, il ne serait pas approprié d'appliquer aux services la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 16; en effet, l'appel d'offres ne serait pas adapté à la majorité des marchés de services; cette méthode donnerait une importance excessive au prix dans le cas des services; et il faudrait donner davantage de latitude à l'entité adjudicatrice quant au choix de la méthode de passation des marchés appropriée.

40. Pour donner effet à l'avis qui a prévalu, on s'est demandé comment devrait être présentée la règle relative au choix des méthodes de passation des marchés dans le cas des services. Selon une proposition, il fallait adopter une approche à "deux pistes" en ajoutant un chapitre ("II bis") énonçant la règle qui régirait le choix des méthodes à utiliser pour les marchés de services; cette approche visait notamment à éviter toute modification des dispositions actuelles relative au choix des méthodes de passation des marchés de biens et de travaux. Selon une autre approche qui, à ce stade, semblait recevoir un appui un peu plus large, il fallait plutôt ajouter ces dispositions additionnelles à l'article 16, sous forme de clauses distinctes, de manière à ne pas rendre le texte trop complexe.

41. Alors que l'on examinait plus en détail l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, il a également été demandé dans quelle mesure l'entité adjudicatrice devrait être libre de choisir la méthode de passation des marchés appropriée. Le Groupe de travail a noté qu'il faudrait décider si, dans les cas où l'appel d'offres était possible, le choix de cette méthode devrait être impératif ou laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Si l'on retenait l'approche impérative, on pourrait adopter un libellé fondé sur le paragraphe 1 de l'article 17, par exemple : "à moins qu'il ne soit possible de formuler des spécifications détaillées, auquel cas une procédure d'appel d'offres sera engagée, l'entité adjudicatrice peut...". A l'appui d'une approche plus discrétionnaire, qui semblait susciter davantage d'intérêt au sein du Groupe de travail, il a été déclaré que, dans certains cas où une procédure d'appel d'offres serait possible, cette méthode ne serait peut-être néanmoins pas la plus appropriée.

42. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question des orientations ou instructions à donner à l'entité adjudicatrice pour le choix de la méthode de passation des marchés. Selon un avis largement partagé, l'appel d'offres restreint et la sollicitation d'une source unique devaient rester exceptionnels. Le Groupe de travail a noté que le recours à ces méthodes, de même qu'à la sollicitation de prix, dans le cas des services serait soumis pour l'essentiel aux restrictions déjà prévues dans la Loi type.

43. Comme lors du débat général mentionné ci-dessus au paragraphe 14, on s'est déclaré peu favorable à la mise en correspondance des diverses méthodes de passation des marchés, d'une part, et d'une classification ou catégorisation des divers types de services, d'autre part. Il a toutefois été noté qu'il serait utile de donner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type des exemples ou des conseils en la matière. Une proposition selon laquelle l'entité adjudicatrice choisirait la méthode de passation des marchés qui permettrait le plus probablement d'atteindre les objectifs fixés dans le Préambule a suscité davantage d'intérêt. Il a été avancé qu'une telle approche ferait l'objet d'une règle normative dans la Loi type, qui pourrait être expliquée et illustrée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Toutefois, des doutes ont été émis quant à l'utilité et à l'efficacité d'une règle se contentant de faire référence au Préambule. Il a été avancé qu'il faudrait plutôt s'efforcer d'énoncer une règle plus spécifique, par exemple en invitant l'entité adjudicatrice à choisir la méthode de passation des marchés la plus concurrentielle compte tenu des circonstances. Une telle formulation ferait référence aux facteurs à prendre en compte par l'entité adjudicatrice lors du choix de la méthode (par exemple, l'importance des aptitudes intellectuelles ou des compétences du fournisseur de services pour l'exécution du marché en question).

44. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la règle énoncée au paragraphe 1 devrait être inversée dans le cas des services et que le choix de la méthode de passation des marchés devrait être laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Toutefois, l'entité adjudicatrice devrait exercer cette discrétion dans les limites de paramètres fondés sur les objectifs de la Loi type.

#### Paragraphe 2

45. Certains se sont prononcés pour l'imposition de la condition relative au procès-verbal énoncée au paragraphe 2, peut-être sous une forme modifiée, vu son importance notamment pour les organes de tutelle contrôlant les activités de l'entité adjudicatrice. (Pour d'autres observations sur l'article 16, voir également les paragraphes 94 à 99).

#### Article 17. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

46. Il a été noté que le Groupe de travail s'étant déclaré favorable, lors de l'examen de l'article 16, à une approche discrétionnaire pour ce qui est du choix de la méthode de passation des marchés de services, il ne serait peut-être pas nécessaire d'énoncer à l'article 17 des conditions particulières pour les services.

47. Il a été demandé s'il serait approprié ou nécessaire de traiter des contrats de recherche-développement dans le contexte des marchés de biens, comme c'était actuellement le cas en application de l'article 17-1 b) et de l'article 20-1 e), si la Loi type était élargie aux services. (Pour d'autres observations sur l'article 17, voir également le paragraphe 100).

#### Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

48. Il a été convenu dans l'ensemble que, nonobstant l'approche discrétionnaire retenue pour ce qui est de l'application aux services des méthodes de passation des marchés, ainsi que des méthodes visées à l'article 17, il serait néanmoins souhaitable de conserver pour les services les restrictions énoncées quant à l'utilisation de l'appel d'offres restreint, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique.

49. Le Groupe de travail a noté que le libellé de l'article 18 devrait être modifié, afin de pouvoir être applicable aux services; il a en outre été indiqué que la condition d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncée à l'alinéa a) risquait de susciter davantage d'abus dans le cas des services que dans celui des biens ou travaux.

#### Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

50. Le Groupe de travail a convenu dans l'ensemble que cette méthode de passation des marchés devrait être utilisable pour les marchés de services. On a pris comme exemple la passation d'un marché de services de plomberie pour la réparation d'une installation donnée. Dans le même temps, le Groupe de

travail a noté que le libellé de l'article 19 devrait être revu, afin qu'y soient apportés les ajustements nécessaires pour tenir compte des services. Il a également été avancé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type devrait préciser que le seuil en dessous duquel il serait possible d'utiliser la méthode de sollicitation de prix pourrait être inférieur pour les services au seuil fixé pour les marchés de biens.

Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

51. Le Groupe de travail a convenu qu'en principe les dispositions de l'article 20 étaient applicables aux services, sous réserve toutefois de modifications de forme. A ce propos, on a notamment fait référence à l'alinéa b) du paragraphe 1, qui autorise l'octroi d'un marché complémentaire au fournisseur ou entrepreneur initial dans des cas limités. On a noté que cette disposition pourrait susciter davantage d'abus dans le contexte des services que dans celui des biens ou travaux. On s'est également demandé si l'alinéa d) ne devrait pas être limité aux biens et travaux, quoique l'on ait admis que des cas similaires pourraient se rencontrer dans le contexte des services. Il a été indiqué qu'afin d'éviter les abus que pouvait entraîner une telle procédure, la législation des marchés de certains Etats interdisait à un consultant de soumissionner pour un marché faisant suite aux activités préparatoires qu'il avait effectuées.

52. Le Groupe de travail a pris note d'un avis selon lequel la circonstance visée dans la procédure exceptionnelle prévue au paragraphe 2 risquait de susciter bien des abus. Il a toutefois été noté que les cas socio-économiques du type visé au paragraphe 2 seraient en général bien connus, ce qui réduirait ces risques. Il a également été noté que les garanties prévues actuellement au paragraphe 2 permettraient de limiter ces abus. Pour ce qui est de la forme, il a été noté que la référence à l'article 32-4 c) iii) renvoyait à un texte qui lui-même devrait être réexaminé afin d'englober les services. (Pour d'autres observations sur l'article 20, voir également les paragraphes 101 à 104).

CHAPITRE III. PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 21. Appel d'offres national

53. Il a été indiqué que le Guide devrait souligner que la valeur seuil, pour les marchés de biens et de travaux, pourrait être supérieure à la valeur seuil pour les marchés de services.

Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

54. On a fait observer qu'il pourrait être nécessaire d'apporter au texte un ajout qui correspondrait mieux à l'application de l'article à la passation de marchés de services, par exemple en indiquant au paragraphe 2) que l'invitation à soumettre une offre pourrait également être publiée dans une publication professionnelle appropriée.

Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

55. On a indiqué qu'il serait peut-être nécessaire de modifier le paragraphe 1 d) en fonction des amendements qui seraient apportés à l'article 6.1.b). (Pour d'autres observations sur l'article 23, voir également les paragraphes 105 à 109).

Article 24. Communication du dossier de sollicitation

56. Aucune observation n'a été faite sur l'article 24.

Article 25. Teneur du dossier de sollicitation

57. Le Groupe de travail a convenu qu'il serait peut-être nécessaire de modifier le libellé des alinéas d), g), i) par exemple, afin de prendre en compte les marchés de services. (Pour d'autres observations sur l'article 25, voir également les paragraphes 110 à 113).

Articles 26 à 31

58. Aucune observation n'a été faite sur les articles 26 à 31 intitulés : Clarification et modification du dossier de sollicitation; Langue des offres; Soumission des offres; Période de validité des offres : modification et retrait des offres; Garanties de soumission; et Ouverture des offres.

Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres

59. Le Groupe de travail a convenu que, lorsqu'une approche claire aura été élaborée sur la façon dont la passation des marchés de services serait traitée dans la Loi type, il pourrait être nécessaire de réexaminer l'article 32 afin d'assurer sa conformité avec cette approche. (Pour d'autres observations sur l'article 32, voir également le paragraphe 17).

Article 33. Rejet de toutes les offres

60. Aucune observation n'a été faite sur l'article 33.

Article 34. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

61. Il a été proposé que les marchés de services soient exemptés de la règle énoncée à l'article 34 interdisant des négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que, si cette règle incorporait un principe important pour la passation de marchés de biens et de travaux, elle ne correspondait pas à une pratique courante dans le cas des marchés de services, en particulier de services professionnels, pour lesquels il y avait normalement des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs. Selon une opinion contraire, toutefois, l'article 34 établissait un principe cardinal de la passation de marchés par la procédure d'appel d'offres et ne devrait donc pas être modifié. Il a été souligné que si une entité adjudicatrice décidait de passer un marché au moyen de la procédure d'appel d'offres, il faudrait faire en sorte qu'elle applique la

discipline inhérente à cette méthode, et que, dans les cas où l'appel d'offres était inapproprié, elle pourrait recourir à l'une des autres méthodes prévues dans la Loi type. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 34 sans le modifier.

Article 35. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

62. Aucune observation n'a été faite sur l'article 35.

CHAPITRE IV. PASSATION DE MARCHES PAR D'AUTRES METHODES  
QUE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 36. Appel d'offres en deux étapes

63. Il a été indiqué que l'évaluation des offres, dans l'appel d'offres en deux étapes et dans l'appel d'offres en général, n'était peut-être pas appropriée, du fait de son caractère numérique, dans le cas des marchés des nombreux services pour lesquels les critères d'évaluation ne pouvaient être quantifiés sous une forme numérique ou arithmétique. Il a toutefois été convenu que cette question ne pourrait être étudiée plus avant que lorsque le Groupe de travail aurait examiné de façon plus approfondie l'adjonction éventuelle d'un article portant spécifiquement sur la passation de marchés de services.

Article 37. Appel d'offres restreint

64. Aucune observation n'a été faite sur l'article 35.

Article 38. Sollicitation de propositions

65. Le point de départ de la discussion du Groupe de travail a été une proposition visant à incorporer des dispositions supplémentaires spécialement adaptées à la passation de marchés de services (A/CN.9/WG.V/WP.38, par. 9 à 11). On a de nouveau fait valoir qu'une telle approche compliquerait inutilement la Loi type, car la gamme des méthodes de passation de marchés existant actuellement dans le cadre de cette Loi était suffisamment étendue pour prendre en compte la passation de marchés de services. L'avis qui a continué de prévaloir a toutefois été que des considérations spéciales relatives à la passation des marchés de services nécessitaient l'élaboration de certaines procédures spéciales.

66. En même temps, le Groupe de travail a été d'avis qu'il serait préférable d'établir un article distinct indépendant, exposant les types de procédures proposées, au lieu d'essayer de les interpoler dans les procédures existantes de sollicitation de propositions. On a estimé qu'une telle approche, tout en empruntant des éléments substantiels à la formule de la sollicitation de propositions, serait plus claire et moins susceptible d'encombrer les procédures existantes prévues par la Loi type. On a fait valoir en sa faveur que les procédures existantes de sollicitation de propositions étaient fondées, dans une large mesure, sur un scénario de passation de marchés de biens ou de travaux, dans lequel l'entité adjudicatrice, incertaine quant à la forme ultime des biens ou des travaux, solliciterait diverses propositions pour des types possibles de solutions. On a fait valoir qu'un tel scénario

n'était pas habituel dans la passation de marchés de services. On a aussi demandé, dans le même ordre d'idées, si après avoir décidé d'établir une procédure indépendante, il demeurerait souhaitable d'appliquer également à la passation des marchés de services les méthodes de passation de marchés prévues à l'article 17 qui avaient pu être incluses par l'Etat appliquant les dispositions législatives (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions ou négociations avec l'appel à la concurrence). Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait prévoir également ces autres méthodes.

67. Selon une observation de caractère général on pourrait faire appliquer certaines des procédures spéciales envisagées dans d'autres méthodes de passation de marchés déjà prévues au titre de la Loi type; il a été proposé par exemple d'envisager de permettre des négociations dans la procédure d'appel d'offres lorsque le marché portait sur ces services.

68. Le Groupe de travail a ensuite abordé certains aspects des procédures proposées et examiné de manière générale dans quelle mesure il serait possible d'incorporer les procédures de sollicitation de propositions prévues à l'article 38 dans la procédure séparée devant être ajoutée pour les services. Il a tout d'abord été demandé si les procédures de sollicitation décrites aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38 étaient suffisantes ou s'il fallait prévoir une procédure plus large. En faveur de l'utilisation du même type de procédure on a fait valoir notamment que l'approche adoptée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38 était équilibrée et permettait de faire jouer pleinement la concurrence sans être trop contraignante pour l'entité adjudicatrice et qu'une approche plus large pour les marchés de services pourrait jeter le doute sur le niveau de concurrence requis au titre de l'article 38 pour les procédures de sollicitation de propositions. Un plus grand nombre de Membres cependant ont penché pour le recours, dans le cas des marchés de services, à une procédure de sollicitation plus large que celle prévue aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38. Cette préférence était motivée en particulier par le fait que la méthode spéciale envisagée pour les marchés de services serait probablement, malgré l'existence d'autres méthodes, celle qui serait principalement utilisée pour ces marchés dans le cadre de la Loi type. On a donc jugé important de prévoir des procédures de sollicitation suffisamment larges de façon à promouvoir la transparence et la concurrence. On a proposé, à cet effet, d'utiliser comme modèle les procédures de sollicitation applicables dans le cas des appels d'offres. Selon une autre proposition, moins ambitieuse, il faudrait rendre impérative une procédure de sollicitation du type de celle qui était décrite au paragraphe 2 de l'article 38 (large diffusion d'avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition) plutôt que de prévoir une exception pour des raisons d'économie et d'efficacité et préciser dans la Loi type où publier les avis à l'intention des personnes intéressées.

69. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait revoir les critères d'évaluation figurant au paragraphe 3 de l'article 38 afin de déterminer si l'on pouvait les reprendre dans le nouvel article ou s'il pourrait être nécessaire de les modifier afin de bien cerner les éléments qui prédominaient souvent dans l'évaluation des propositions de services, en particulier l'importance de l'expérience, des ressources intellectuelles, des aptitudes et des compétences du fournisseur de services.

70. Le Groupe de travail a ensuite examiné la disposition du paragraphe 2 a) de la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.V./WP.38 (par. 10) où il était demandé que, lors de l'évaluation des propositions, l'entité adjudicatrice fixe, en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques, un seuil que les propositions devraient atteindre pour pouvoir être examinées. On a demandé pourquoi une telle procédure serait appliquée aux services et non aux biens et travaux et pourquoi la question ne pouvait être traitée simplement par une procédure de présélection, mais dans son ensemble le Groupe de travail s'est déclaré favorable à la proposition. Il a cependant préféré que le seuil prévu soit discrétionnaire afin de ne pas trop lier les mains de l'entité adjudicatrice pour des marchés exigeant en général une plus grande souplesse.

71. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité de prévoir, dans la procédure spéciale pour les services, l'application d'une marge de préférence en faveur des fournisseurs et des entrepreneurs locaux. Selon un avis, une telle marge n'était pas nécessaire dans la mesure où le type de procédures d'évaluation envisagées offrait déjà une souplesse suffisante. On a en outre fait valoir que, si la marge de préférence se justifiait dans la procédure d'évaluation plus "automatique" ou "arithmétique" des propositions présentées dans le cadre d'appels d'offres, elle serait moins bien adaptée aux méthodes plus souples d'évaluation des procédures envisagées. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, il faudrait prévoir l'application d'une marge de préférence, car cela permettrait de reconnaître les besoins pratiques des Etats appliquant la Loi type, en particulier de ceux qui cherchaient à favoriser l'essor d'un secteur des services encore balbutiant. On a également fait observer que la méthode consistant à favoriser les fournisseurs et les entrepreneurs locaux serait en général plus transparente que d'autres méthodes auxquelles il pourrait être autrement fait recours. Le Groupe de travail a par ailleurs noté la possibilité d'inclure dans la nouvelle disposition, non seulement les critères d'évaluation figurant au paragraphe 3 de l'article 38, mais aussi d'autres facteurs d'évaluation tels que ceux qui étaient mentionnés au paragraphe 4 c) iii) de l'article 32.

72. Le Groupe de travail a ensuite examiné le paragraphe 3 de l'article portant sur les procédures spéciales d'évaluation proposées, qui prévoit que la proposition à retenir est celle qui offre soit le prix le plus bas, soit celle dont l'évaluation combinée est la meilleure sur la base du prix et des capacités techniques, soit celle qui est choisie après des négociations. Il a été convenu que, quels que soient la méthode ou le critère de sélection retenus, il faudrait en tout état de cause en informer les fournisseurs et les entrepreneurs. Le Groupe de travail a approuvé l'idée de sélectionner une proposition en se basant sur le prix le plus bas ainsi que sur une combinaison du prix et des capacités techniques affectés d'une note, les deux critères pouvant être associés à une procédure de fixation d'un seuil (voir par. 6). Le Groupe de travail a noté que le Guide pourrait utilement expliciter les considérations théoriques et pratiques sur lesquelles pourrait s'appuyer le choix de telle ou telle méthode de sélection, y compris l'utilisation d'une technique de seuil. De l'avis général cependant, il ne serait pas approprié de présenter la négociation comme un troisième critère de sélection (comme cela est le cas au paragraphe 3 b) iii) du nouvel article proposé au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.V./WP.38) puisque, à proprement parler, elle n'en était pas un. Il faudrait plutôt, a-t-on proposé, prévoir une disposition séparée pour la négociation.

73. S'agissant du libellé du critère associant le prix et les capacités techniques dans les procédures spéciales, on a demandé s'il était opportun de parler de "meilleure" évaluation combinée étant donné l'ambiguïté qui pourrait résulter d'une juxtaposition de ce terme avec l'expression "prix le plus bas". On a en outre fait observer qu'il pourrait être souhaitable, en formulant la disposition, de tenir compte du fait que dans les marchés de services de tels facteurs techniques ne seraient probablement pas, contrairement à ce qui est le cas dans les marchés de biens et de travaux, exprimés ou quantifiés en termes monétaires. On a proposé à cet égard d'expliquer dans le Guide qu'il était possible de recourir à un système de notation des propositions en fonction de leurs mérites au lieu d'ajuster le prix pour tenir compte du mérite technique relatif d'une proposition.

74. Le Groupe de travail a ensuite examiné la façon dont une procédure de négociation devrait être incorporée à la procédure spéciale en cours d'élaboration. Il a noté que la proposition dont il était saisi faisait de la négociation une méthode optionnelle de sélection, mais seulement dans l'optique d'une approche traditionnelle des négociations dans le cadre des marchés de services. Selon cette approche, les négociations sur le prix se déroulaient avec un seul fournisseur ou entrepreneur à la fois dans l'ordre résultant de la notation comparative des capacités techniques et des qualifications des soumettants. Cette méthode a été critiquée, en raison de l'absence de concurrence au niveau des prix. Selon un avis, une telle approche traditionnelle pourrait dans de nombreux cas aller à l'encontre des objectifs de la Loi type, notamment de la transparence et de la concurrence, et ne devrait donc pas être retenue. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le recours à une telle méthode était probablement inévitable mais devrait être optionnel et il faudrait en outre prévoir la possibilité de négociations avec plus d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à la fois, afin de permettre à l'entité adjudicatrice de tirer parti de la concurrence. En outre, de l'avis général, il faudrait dans une telle procédure de négociation plus large prévoir, au dernier stade, la présentation par les fournisseurs et les entrepreneurs de meilleures offres définitives. Cependant, on n'a pas déterminé à ce stade des délibérations quelle serait la relation entre une telle procédure de négociation et les procédures de sélection fondées sur le prix le plus bas ou une évaluation combinée du prix et des capacités techniques. (Pour d'autres observations sur l'article 39 bis, voir également les paragraphes 121 à 143).

#### Article 39. Négociation avec appel à la concurrence

75. Aucune observation n'a été faite sur l'article 39.

#### Article 40. Sollicitation de prix

76. Il a été proposé de modifier quelque peu le libellé de l'article 40 afin de mieux exprimer son applicabilité aux marchés de services. (Pour d'autres observations sur l'article 40, voir également le paragraphe 118).

#### Article 41. Sollicitation d'une source unique

77. Il a été noté qu'il faudrait peut-être modifier quelque peu le libellé de l'article 41, afin qu'il soit mieux adapté aux marchés de services, et notamment les alinéas a) et b) du paragraphe 1.

## CHAPITRE V. RECOURS

78. Les articles 42 à 47 ont été jugés dans l'ensemble acceptables et applicables aux marchés de services. (Pour d'autres observations sur les articles 42 et 46, voir également les paragraphes 119 et 120).

### III. NOUVEL EXAMEN DES DISPOSITIONS DE LA LOI TYPE

#### Préambule

79. Lors d'une nouvelle lecture du Préambule, il a été avancé qu'il faudrait modifier le ton de certaines parties du Préambule, afin de tenir compte des marchés de services. Par exemple, il a été suggéré, afin d'englober les services professionnels, de mentionner au paragraphe b) la promotion de l'échange de compétences. S'il a été convenu que certaines parties du Préambule, notamment la référence aux biens et travaux seulement, devraient être réexaminées, il a été noté que la modification proposée au paragraphe b) risquait de soulever des questions qui n'entraient pas dans le cadre de la Loi type, par exemple le transfert de technologie.

#### Article premier

80. Le Groupe de travail a convenu, qu'afin de réduire au minimum les ajouts à faire dans la Loi type, il suffirait de mentionner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que, en vertu de l'alinéa 2 b), les Etats avaient la possibilité d'exclure certains types de services, ainsi que d'autres types de marchés du champ d'application de la Loi type; ainsi, il ne serait pas nécessaire d'ajouter un alinéa 2 b) visant expressément l'exclusion de certains services.

#### Article 2

81. A la suite d'un nouvel examen, le Groupe de travail a convenu que la possibilité qu'auraient les Etats adoptant la Loi type d'inclure d'autres catégories de services devrait être énoncée non seulement dans la définition des "biens", mais également dans la définition des services. Ainsi, les Etats pourraient établir une différenciation plus claire entre ce qui serait considéré comme des marchandises et ce qui serait considéré comme des services dans leur juridiction. Une proposition selon laquelle il faudrait prévoir expressément l'exclusion de certains types de services n'a pas reçu d'appui. Il a été convenu, dans un souci de transparence, que les exclusions ne devraient être possibles qu'en vertu de l'article premier. Il a également été noté que la décision prise par le Groupe de travail de définir les services comme n'étant ni des biens ni des travaux risquait d'avoir pour conséquence fâcheuse, d'inclure l'immobilier dans la définition des services. Il a toutefois été avancé qu'il ne serait pas approprié d'exclure tout simplement l'immobilier du champ d'application de la Loi type, car, dans certains Etats, les entités adjudicatrices recouraient à des méthodes traditionnelles de passation des marchés (mais pas nécessairement l'appel d'offres), du moins pour obtenir un droit d'occupation de bâtiments. Il a également été noté que certains systèmes juridiques classaient certains droits immobiliers parmi les droits personnels, alors que d'autres systèmes juridiques les classaient parmi

les droits de propriété, ce qui risquerait de compliquer l'adoption de dispositions réglementaires types. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation de la Loi type pourrait préciser que les Etats voudraient peut-être envisager d'exclure l'acquisition de biens immobiliers du champ d'application de la Loi type, du fait de leurs caractéristiques particulières, mais que la Loi type n'énoncerait aucune exclusion spécifique.

82. Il a été noté que, puisque la définition des biens à l'alinéa 2 c) ne donnait que des exemples de ce qui pouvait être considéré comme des biens et n'énonçait pas une liste exhaustive, on risquerait, en donnant la possibilité d'inclure des catégories supplémentaires dans cette liste, de laisser entendre que cette liste était exhaustive. Une suggestion tendant à remplacer dans la version anglaise le mot "includes" par le mot "means" afin de rendre la liste exhaustive, a été jugée inacceptable, car une telle définition exhaustive imposerait une lourde charge à l'Etat adoptant la Loi type; en effet, il devrait énumérer tout ce qui serait considéré comme des biens dans sa juridiction. Il a été convenu que cette question serait examinée lors de la rédaction définitive de la Loi type.

83. Le Groupe de travail a convenu qu'ayant inclus la référence aux services connexes dans la définition des biens, il lui faudrait aussi inclure une telle référence dans la définition des travaux.

#### Article 6

84. Il a été proposé de modifier comme suit l'article 6-1 b) i) :

"i) qu'ils possèdent les qualifications requises, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, l'équipement..."

85. Cette proposition a été jugée dans l'ensemble acceptable. Il a toutefois été noté que, puisque le titre de l'article 6 faisait référence aux "qualifications", une nouvelle référence à ces qualifications au paragraphe 1 b) i) pourrait être source d'ambiguïté. Le Groupe de travail a convenu que serait examinée, lors de la rédaction définitive de la Loi type, une proposition selon laquelle le problème pourrait être résolu par l'emploi du libellé suivant : "les qualifications professionnelles nécessaires, les compétences professionnelles et techniques...".

86. Le Groupe de travail a ensuite examiné une proposition tendant à modifier comme suit le paragraphe 5 :

"Sous réserve des dispositions des articles 8-1, 32-4 et 39 bis-4, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure en ce qui concerne les conditions à remplir par les fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre des fournisseurs ou entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou entrepreneurs, sur la base de la nationalité, ou qui n'est pas objectivement justifiable;"

87. Il a été proposé de remplacer, après le mot "nationalité", le mot "ou" par le mot "et", afin d'exclure toute discrimination indirecte qui ne serait pas objectivement justifiable. Cette modification a toutefois été rejetée car il a été considéré que le libellé proposé était nécessaire compte tenu du sens que l'on voulait donner à cette disposition.

88. Selon un avis, le paragraphe 5 ne précisait pas si une discrimination fondée sur les dispositions législatives d'un autre Etat étaient exclues. Il a toutefois été noté qu'il s'agissait là d'une question qu'il vaudrait mieux traiter à l'article 8.

89. Après un débat, le Groupe de travail a accepté la modification proposée du paragraphe 5, sous réserve d'éventuelles modifications de forme.

#### Article 7

90. Selon un avis, il faudrait réexaminer la formulation du chapeau du paragraphe 3, qui indiquait la teneur requise de la documentation de présélection en faisant notamment référence aux conditions relatives à l'invitation à soumettre une offre, car les dispositions sur la procédure de présélection étaient supposées être d'application générale.

#### Article 8

91. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 que les restrictions à la participation sur la base de la nationalité devaient être "objectivement justifiables", de manière à aligner ce texte sur la décision prise par le Groupe de travail à propos de l'article 6-5. Cette proposition a suscité un certain intérêt, car elle pourrait être considérée comme la conséquence de la décision prise d'établir un texte global régissant les biens, les travaux et les services. Toutefois, de nombreux participants ont douté qu'il soit nécessaire ou approprié d'adopter une telle modification. En effet, on craignait que l'ajout de ce libellé ne soit contraire à l'objectif de transparence et n'incite à restreindre encore plus la participation. Il a également été jugé qu'un tel libellé était sans doute inutile, parce que les articles 6-5 et 8-1 n'avaient pas la même fonction; cette différence pourrait d'ailleurs être précisée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Pour des raisons similaires, le Groupe de travail s'est prononcé contre le remplacement des mots "d'autres dispositions législatives" par les mots "d'autres dispositions législatives du présent Etat ou d'un autre Etat".

#### Article 11

92. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait noté, lors de sa première lecture de l'article 11, qu'à la suite de l'examen des articles et propositions restants en vue de l'inclusion des services, il pourrait se révéler nécessaire de modifier l'article 11. Ayant achevé sa première lecture de la Loi type, le Groupe de travail a jugé qu'aucune modification de fond n'était nécessaire à l'article 11. Il a toutefois été noté qu'il faudrait peut-être procéder à des modifications de forme. Par exemple, le libellé du paragraphe 1 (faisant référence au prix) pourrait être légèrement modifié, afin de tenir compte du fait que le prix ne serait peut-être pas déterminable, dans le contexte de certains marchés de services, au moment où le procès-verbal serait établi. En ce qui concerne l'alinéa i) du paragraphe 1,

il a été demandé s'il serait nécessaire de justifier dans le procès-verbal le choix d'une méthode autre que l'appel d'offres dans le cas d'un marché de services, car l'appel d'offres ne serait pas dans ce cas la méthode normale en vertu de la Loi type. Enfin, il a été noté que l'utilisation d'une marge de préférence conformément aux procédures spéciales relatives aux services devrait être mentionnée à l'alinéa e) du paragraphe 1.

#### Article 14

93. Le Groupe de travail a accepté une série de propositions de modifications de forme relatives à l'article 14, en vue d'englober les services. Ces modifications seraient les suivantes : remplacer aux paragraphes 1, 2 et 3 a) les mots "caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis" par les mots "caractéristiques techniques et normes de qualité des biens, des travaux ou des services requis"; remplacer au paragraphe 1 les mots "ou des termes qui créent" par les mots "ou des termes ou une description des services qui créent"; remplacer au paragraphe 2 les mots "modèles et conditions sont fondés" par les mots "modèles et conditions ou descriptions des services sont fondés".

#### Article 16

94. Le Groupe de travail a ensuite examiné la proposition suivante de modification du texte de l'article 16 :

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché de biens ou de travaux recourt à la procédure de l'appel d'offres.
2. Lors de la passation d'un marché de biens ou de travaux, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 17, 18, 19 ou 20; si elle le fait, elle inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode particulière de passation des marchés.
3. Dans le cas de la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées à l'article 39 bis, sauf si elle considère que :
  - a) Il est possible de formuler des spécifications détaillées et une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à fournir; ou
  - b) Il serait plus approprié d'utiliser une des méthodes de passation des marchés mentionnées à l'article 17 ou, parmi des méthodes mentionnées aux articles 18 à 20, celle dont les conditions d'utilisation sont remplies.
4. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé sur des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés en application du paragraphe 3 b).

95. Le Groupe de travail a accepté les amendements proposés aux paragraphes 1 et 2, qui visaient à limiter ces dispositions à la passation des marchés de biens et de travaux, le choix des méthodes de passation de marchés pour les services faisant l'objet du paragraphe 3.

96. Le Groupe de travail a noté que selon l'approche adoptée au paragraphe 3, la nouvelle procédure spéciale pour les services (voir par. 121 ci-après) représenterait la méthode privilégiée de passation de marchés de services. En application des alinéas a) et b) d'autres méthodes pourraient aussi être utilisées. Au titre de l'alinéa a), une procédure d'appel d'offres serait autorisée à condition que des spécifications détaillées puissent être formulées et que l'appel d'offres soit considéré comme la méthode de passation des marchés la plus appropriée. En vertu de l'alinéa b), il était possible de recourir à l'une quelconque des méthodes énoncées à l'article 17 incorporées dans sa législation par l'Etat appliquant la Loi type si l'entité adjudicatrice considérait que l'une de ces méthodes était plus appropriée ou à l'une des méthodes prévues aux articles 18 à 20, si les conditions d'utilisation de cette méthode étaient remplies.

97. Selon un avis, l'approche adoptée au paragraphe 3 était inappropriée car elle permettait à l'entité adjudicatrice d'opter pour une des méthodes prévues à l'article 17 sans avoir à remplir aucune des conditions d'utilisation, le seul critère étant que l'utilisation d'une autre méthode était appropriée. La procédure spéciale envisagée pour les services (voir par. 121 ci-après) devrait être l'unique méthode utilisée pour les marchés portant sur des "services professionnels", c'est-à-dire ceux dont l'objectif principal était d'obtenir l'avis et l'appréciation personnels du fournisseur de services. Le recours aux méthodes prévues à l'article 17 ne serait autorisé que conformément aux conditions d'utilisation de ces méthodes et uniquement pour les marchés portant essentiellement sur l'autre grande catégorie de services, à savoir les services d'exécution."

98. L'opinion qui a prévalu a toutefois été que l'approche proposée devrait être retenue. On a généralement estimé qu'il n'était pas approprié de limiter l'application de la nouvelle méthode spéciale à la catégorie des services professionnels. On a fait observer que cela soulèverait des difficultés, en particulier dans les Etats adoptant la Loi type qui avaient une expérience antérieure limitée du type de procédure relativement compliquée envisagée pour les services, et que les Etats ne devraient pas être obligés d'imposer une telle procédure dans tous les cas. On a généralement estimé aussi qu'il serait inutile et probablement impossible d'essayer, dans la Loi type, de classer les services en diverses catégories. On s'est opposé à l'idée d'utiliser une méthode unique en faisant valoir qu'une telle approche ne fonctionnerait pas dans la pratique, par exemple elle ne permettrait pas de recourir dans les cas d'urgence à la procédure de sollicitation d'une source unique. Toutefois, le Groupe a estimé que, pour limiter le pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice, le recours à une des méthodes prévues à l'article 17 devrait être soumis à approbation. Des modifications rédactionnelles ont été proposées pour le paragraphe 3, à savoir la suppression des mots "le cas de" dans le chapeau du paragraphe et le remplacement des mots "services à fournir à l'alinéa a)" par les mots "services devant faire l'objet d'une passation de marchés".

99. Le Groupe de travail a approuvé l'obligation d'inscription au procès-verbal dont il est question au paragraphe 4 et a décidé qu'il faudrait l'étendre au choix de l'appel d'offres au titre de l'alinéa a). Il a été reconnu que le caractère concurrentiel de l'appel d'offres était un argument que l'on pouvait invoquer pour exclure l'obligation d'inscription au procès-verbal de la passation de marchés de services. Il a toutefois été souligné qu'une telle obligation aiderait les organes de tutelle à détecter les cas de recours inapproprié à l'appel d'offres par des entités adjudicatrices cherchant à éviter la procédure spéciale mieux adaptée mais peut-être plus compliquée.

#### Article 17

100. Il a été proposé, étant donné les différentes méthodes de passation de marchés prévues à l'article 17, de remplacer, au paragraphe 1 a) i), le mot "propositions" par les mots "propositions ou offres". Pour ce qui est de la possibilité d'appliquer aux services la formulation employée pour les conditions d'utilisation, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 a) ii) une phrase concernant les services, telle que : "en raison de la nature de services, il est souhaitable de négocier" avec les fournisseurs et entrepreneurs.

#### Article 20

101. Pour ce qui est de l'applicabilité aux services des conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique énoncée au paragraphe 1 de l'article 20, le Groupe de travail est convenu que ce qu'il fallait indiquer clairement à l'alinéa a), de même qu'à l'alinéa d), était le caractère unique ou spécial que devait présenter un service afin d'entrer dans le champ de ces dispositions. Cet aspect a retenu l'attention car on s'est inquiété de ce que les cas évoqués aux alinéas a) et d) étaient probablement plus susceptibles de donner lieu à des abus dans le contexte de la passation de marchés de services que dans le contexte des marchés de biens ou de travaux. Il a été noté que l'on envisageait de faire porter la Loi type sur une large gamme de services et que la sollicitation d'une source unique ne devrait être utilisée que dans des cas exceptionnels, par exemple l'octroi, nécessaire, d'un contrat de suivi au concepteur d'un logiciel sur mesure, ou l'achat d'une oeuvre d'art particulière pour un musée national.

102. De l'avis général, tous les achats d'oeuvres d'art ne devraient pas automatiquement faire l'objet d'une procédure de sollicitation d'une source unique, car il y aurait des cas dans lesquels un concours de projets ou un autre concours artistique serait indiqué (par exemple l'acquisition d'oeuvres d'art pour des bâtiments publics). On a fait valoir à cet égard que l'Etat adoptant la Loi type pourrait envisager d'exclure de celle-ci certaines catégories de services artistiques. Le Groupe de travail est néanmoins convenu que, si l'on pouvait faire référence à une telle possibilité dans le Guide, il ne faudrait pas prévoir d'exclusion des services artistiques dans la Loi type, afin de ne pas mettre indûment l'accent sur l'exclusion au détriment de la concurrence. Il a été suggéré que l'on envisage d'aborder dans les procédures spéciales relatives aux services le recours à des jurys dans les concours de projets.

103. Le Groupe de travail a noté qu'il serait nécessaire de revoir le libellé de l'alinéa b) pour tenir compte du fait que pour les services, l'appel d'offres ne serait pas la méthode type de passation des marchés.

104. On a fait valoir que, s'il était nécessaire de modifier la formulation du paragraphe 2 pour qu'il englobe les services, il ne faudrait pas que cela ait pour effet de rendre moins strict ce qui était conçu comme une procédure tout à fait exceptionnelle.

#### Article 23

105. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à ajouter à l'alinéa 1 b) les mots "ou la nature et le lieu de livraison des services", ce qui l'a conduit à examiner dans quelle mesure la notion de "lieu de livraison" était applicable aux services. On a notamment craint qu'un tel libellé, si on l'appliquait aux services, n'entraîne pour le fournisseur de services l'obligation de disposer d'un bureau sur le territoire de l'entité adjudicatrice lorsqu'une telle condition ne serait pas objectivement justifiable, ce qui nuirait à la concurrence. Il a été convenu que le risque d'une mauvaise utilisation de la notion de "lieu de livraison" en tant que critère d'évaluation devrait être traité dans la Loi type, bien que l'on se soit demandé si cette question ne pourrait pas plutôt être traitée à l'article 6-5.

106. Dans le même temps, on a noté qu'il y aurait normalement un "lieu de livraison" des services qui devrait être indiqué au fournisseur ou entrepreneur, mais que l'importance de ce lieu de livraison varierait sans doute selon les cas. Par exemple, dans le cas d'un contrat de consultant qui ne prévoyait que la soumission d'un rapport, le lieu de livraison désignerait sans doute simplement l'adresse à laquelle le rapport devait être envoyé. Ce lieu pouvait également être pertinent dans d'autres cas, par exemple pour la détermination de la loi applicable au marché. Afin de tenir compte de ces considérations, il a notamment été proposé d'ajouter les mots "si cela est pertinent" ou "si cela est approprié" avant les mots "le lieu de livraison des services". On s'est demandé si de telles expressions suffiraient, car elles étaient peut-être trop souples et car, comme il avait été noté ci-dessus, le lieu de livraison serait en général pertinent dans une mesure plus ou moins grande.

107. Il a en outre été noté qu'il faudrait peut-être établir une distinction entre le lieu de livraison et le lieu d'exécution. Dans l'exemple mentionné ci-dessus, l'endroit où le service était exécuté, c'est-à-dire où le rapport était écrit, importait sans doute peu. Par contre, dans certains marchés de services, le lieu d'exécution pouvait être important (par exemple, pour un contrat de restauration). Il a été avancé que les types de services qui pourraient faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres seraient sans doute ceux pour lesquels le lieu d'exécution serait important. Il a été proposé d'ajouter les libellés suivants, en vue de tenir compte de la notion de lieu d'exécution : "lieu de mise au point ou de livraison des services"; ou "lieu d'exécution ou de livraison, s'il est approprié compte tenu de la nature des services".

108. Pour ce qui de l'alinéa 1 c), le Groupe de travail a noté que les notions de date de fourniture et de date d'achèvement pourraient être importantes dans le contexte des services. Il a notamment été proposé, pour tenir compte de ces deux notions, d'utiliser un libellé tel que "conditions relatives au calendrier d'exécution".

109. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article 23 compte tenu des observations et des propositions faites. Il a également noté que des questions avaient été soulevées, qu'il pourrait être utile de mentionner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

#### Article 25

110. Il a été proposé de modifier comme suit l'article 25 d) :

La nature, ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 14, des biens, des travaux ou des services requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent être exécutés les travaux ou les services; et le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux ou des services.

111. Il a été noté que, dans la proposition, la référence aux services accessoires avait été supprimée. Le Groupe de travail a toutefois convenu de conserver cette référence également à l'alinéa d), puisqu'il l'avait conservée dans la définition des biens. A ceci près, la proposition a été jugée dans l'ensemble acceptable.

112. Le Groupe de travail a également examiné une proposition tendant à ajouter à la fin du paragraphe i) une phrase qui serait libellée comme suit : "Cette disposition s'applique aux services par analogie". Bien que le Groupe de travail ait accepté cette proposition quant au fond, il n'a pas jugé approprié d'utiliser une expression telle que "par analogie". Il a été convenu qu'il s'agissait d'appliquer aux services, le cas échéant, les exemples donnés au paragraphe i) et qu'il serait peut-être mieux d'ajouter le mot "applicables" à la fin du paragraphe.

113. Selon un avis, puisqu'il était difficile d'envisager des variantes dans le cas des marchés de services, le paragraphe g) ne devrait s'appliquer qu'aux marchés de biens et de travaux. Il a toutefois été jugé dans l'ensemble que des variantes étaient possibles même pour les services dans le cas d'appels d'offres et qu'il ne faudrait donc pas exclure cette possibilité de la Loi type.

#### Article 28

114. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin de l'alinéa 5 b) :

Cette autre forme peut également être utilisée afin d'assurer un degré suffisant de confidentialité dans le cas de services donnés tels que, par exemple, l'urbanisme, l'architecture et le génie civil ou le traitement des données.

115. Il a été expliqué que cette proposition avait pour objet d'assurer une confidentialité suffisante dans les cas où une partie de l'offre serait soumise sous la forme d'un modèle, comme cela serait normalement le cas dans les exemples donnés. En effet, dans la plupart de ces cas, l'offre aurait un élément artistique et le choix de l'offre à retenir serait effectué par un jury. Le Groupe de travail a toutefois convenu que, bien que la confidentialité des modèles puisse effectivement poser un problème, il ne serait pas approprié de modifier l'alinéa 5 b), qui était axé sur la question de la soumission des offres par échange de données informatisées (EDI) et au moyen de technologies similaires. Il a été avancé que la question de la confidentialité devrait plutôt être traitée à l'article 32-8 relatif à la non divulgation d'informations concernant les offres.

#### Article 31

116. Il a été avancé que les offres portant sur des services comporteraient, dans la plupart des cas, des informations autres que le prix de l'offre et que l'article 31-2, qui disposait que tous les fournisseurs et entrepreneurs devaient être autorisés à assister à l'ouverture des offres, compromettrait le caractère confidentiel de ces informations. Le Groupe de travail a toutefois estimé que l'article 31 énonçait une règle importante aux fins de la transparence de la procédure d'appel d'offres et qu'il ne faudrait donc pas le modifier. En outre, il a été noté que, conformément au paragraphe 3, seuls l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur et le prix soumissionné seraient annoncés aux présents.

#### Article 32

117. Il a été estimé que les facteurs autres que les prix mentionnés au sous-alinéa ii) de l'article 32-4 c) ne s'appliqueraient pas en général à la passation de marchés de services. Selon une suggestion, un moyen de résoudre ce problème était de faire une nette distinction, dans ce sous-alinéa, entre les facteurs qui seraient applicables uniquement aux biens et aux travaux et ceux qui seraient applicables également aux services. Une autre suggestion a été d'apporter un ajout au texte pour indiquer clairement que l'on entendait appliquer seulement certains de ces facteurs aux services. Il a été convenu que la question serait réglée au stade de la rédaction.

#### Article 40

118. On a fait observer que le libellé du paragraphe 1 concernant les frais de transport et d'autres frais devrait être modifié compte tenu de l'approche retenue par le Groupe de travail pour les services dans d'autres dispositions similaires.

#### Article 42

119. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait nécessaire d'ajouter à l'article 42 les aspects des nouvelles procédures de passation de marchés de services qui ne pourraient faire l'objet d'un recours. Selon une suggestion, la décision de rejeter toutes les propositions pourrait y figurer. Il a toutefois été convenu que l'on ne pourrait vraiment apporter ce type de modification de l'article 42 qu'une fois finalisées toutes les dispositions relatives à la passation de marchés de services.

Article 46

120. Selon une opinion, la possibilité de suspendre la procédure de passation du marché devrait être exclue pour certains services, en particulier dans les cas où il serait préjudiciable à l'entité adjudicatrice que la fourniture des services soit retardée ou interrompue même pendant une courte période. On a toutefois souligné que la suspension de la procédure de passation du marché ne pouvait être invoquée que dans les conditions spécifiées à l'article 46 et que l'entité adjudicatrice pouvait s'y soustraire si, conformément au paragraphe 4, elle certifiait qu'il était nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général.

Nouvel article sur les procédures spéciales relatives aux marchés de services

121. Comme suite à son débat sur l'article 38 (voir par. 65 à 74), le Groupe de travail a examiné le texte ci-après d'un nouvel article énonçant des procédures spéciales pour les marchés de services :

Article 39 bis. Sollicitation de propositions relatives à des services

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant, des demandes de présélection, en faisant publier une invitation à soumettre une proposition ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection sera publiée).

2. L'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou technique appropriée de diffusion internationale.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, l'entité adjudicatrice peut :

a) Lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, ne solliciter de propositions que desdits fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Lorsque les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs et entrepreneurs pour garantir une véritable concurrence.

4. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et détermine le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) Les qualifications, l'expérience, la réputation et la fiabilité relatives du fournisseur ou entrepreneur et sa compétence relative en matière de technique et de gestion;

b) La mesure dans laquelle la proposition présentée par le fournisseur ou entrepreneur permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en oeuvre sa proposition, y compris toutes dépenses accessoires ou connexes;

d) L'effet que l'acceptation d'une proposition aura sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent Etat], le degré de participation d'entrepreneurs ou fournisseurs locaux, la promotion de l'emploi, les possibilités de développement économique qu'offre la proposition, le développement des compétences locales (... (l'Etat adoptant la Loi type peut élargir l'alinéa d) en y ajoutant des facteurs supplémentaires)); et

e) Si la réglementation des marchés le permet (et sous réserve d'approbation par ... (l'Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)), l'entité adjudicatrice peut, lorsqu'elle évalue et compare les offres, accorder une marge de préférence qui est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

5. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

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

b) Une description des services requis et le lieu où les services doivent être fournis;

c) Les facteurs à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence et tout facteur à utiliser conformément à l'alinéa 4 d) du présent article et la pondération à accorder à chacun de ces facteurs; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions, y compris tout délai pertinent, relatives à la proposition.

6. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions énoncées au paragraphe 4 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions.

7. L'entité adjudicatrice traite toutes les propositions d'une manière qui permet d'éviter que leur contenu soit divulgué aux fournisseurs ou entrepreneurs en concurrence.

8. Pour l'évaluation des propositions relatives à un marché de services, l'entité adjudicatrice n'applique que les critères énoncés au paragraphe 4 du présent article.
9. Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice peut utiliser l'une ou l'autre des méthodes prévues aux paragraphes 10, 11 et 12 du présent article.
10. a) L'entité adjudicatrice peut fixer un seuil en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques des propositions et, sans tenir compte du prix desdites propositions, classer chacune d'entre elles conformément aux facteurs d'évaluation énoncés au paragraphe 4 du présent article et aux coefficients relatifs de pondération et au mode d'application de ces facteurs énoncés dans la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice compare alors les propositions ayant atteint une note équivalente ou supérieure au seuil fixé.
- b) La proposition à retenir est soit :
- i) La proposition offrant le prix le plus bas; soit
- ii) La proposition dont l'évaluation combinée est la meilleure sur la base du prix et des capacités techniques notées en application de l'alinéa a) du présent paragraphe.
11. L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs. Ces négociations sont organisées soit :
- a) Conformément aux paragraphes 7, 8, 9 et 10 de l'article 38; soit
- b) Conformément au paragraphe 12 du présent article.
12. 1) Toute négociation organisée conformément à l'alinéa 11 b) du présent article est confidentielle.
- 2) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à aucune autre personne des informations techniques, des informations sur les prix ou toutes autres informations liées aux négociations sans le consentement de l'autre partie.
- 3) L'entité adjudicatrice :
- a) Fixe un seuil conformément à l'alinéa 10 a) du présent article;
- b) Invite à des négociations sur le prix ou sur d'autres aspects de sa proposition le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la notation la plus élevée en application de l'alinéa 10 a) du présent article;

c) Informe les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché;

d) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité en application de l'alinéa 12.3 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations.

4) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la deuxième note; si les négociations avec ledit entrepreneur ou fournisseur n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.

#### Titre

122. Selon un avis qu'a partagé le Groupe de travail, le titre proposé de cette disposition n'indiquait peut-être pas avec suffisamment de clarté que les procédures à suivre étaient indépendantes et distinctes des procédures énoncées à l'article 38 pour la sollicitation de propositions. Plusieurs propositions ont été présentées, notamment les suivantes : conserver le titre actuel, mais modifier comme suit le titre de l'article 38 : "Sollicitation de propositions relatives à des biens ou travaux"; modifier comme suit le titre de la nouvelle disposition : "Sollicitation d'expressions d'intérêt"; ou l'intituler : "Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services". C'est cette dernière proposition qui a suscité le plus d'intérêt, car, a-t-on estimé, elle mettait l'accent sur le fait que cette disposition était propre aux marchés de services et elle évitait d'avoir à modifier le titre actuel de l'article 38. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner cette question de manière plus approfondie avant la session suivante et a décidé d'incorporer provisoirement, entre crochets, le titre actuel et la variante préférée.

#### Paragraphe 1, 2 et 3

123. Le Groupe de travail a ensuite examiné les procédures de sollicitation énoncées aux paragraphes 1, 2 et 3 du nouvel article proposé. Il a noté que le libellé proposé des paragraphes 1 et 2 supposait une procédure de sollicitation plus large, axée essentiellement sur les exigences des procédures d'appel d'offres, alors que le paragraphe 3 prévoyait une procédure de sollicitation limitée, axée pour l'essentiel sur les exigences de l'appel d'offres restreint.

124. Divers avis et préoccupations ont été exprimés quant aux procédures de sollicitation susmentionnées. Pour certains, les conditions relatives aux procédures les plus larges devraient être conservées, parce que la nouvelle méthode devait être utilisée pour la plupart des marchés de services et elles étaient donc nécessaires pour promouvoir les objectifs de la Loi type. Il a été noté à ce propos que les procédures énoncées aux paragraphes 1 et 2 ne prévoyaient que la publication de l'avis de passation du marché et non celle du dossier de sollicitation lui-même. Par contre, selon d'autres, ces conditions proposées manquaient de réalisme, parce qu'elles imposaient une charge excessive à l'entité adjudicatrice, ce qui nuirait à l'efficacité de la procédure de passation du marché. A l'appui de cet avis, on a souligné que l'imposition d'une procédure de sollicitation trop large aurait, dans certains cas, des effets nocifs sur la concurrence, car elle inciterait des fournisseurs ou entrepreneurs à ne pas participer à la procédure vu leurs faibles chances d'être retenus et le coût élevé de la préparation des propositions. Il a également été noté que, même lorsqu'un seuil était fixé pour réduire le nombre de propositions à examiner en définitive, il fallait néanmoins examiner ou évaluer dans une certaine mesure toutes les propositions. Il a en outre été noté que c'était précisément du fait de ces considérations que les services professionnels faisaient traditionnellement l'objet d'une procédure limitée de sollicitation. A ce propos, on a fait observer que le champ des services qui seraient régis par la Loi type ne se limiterait pas aux services professionnels. En réponse à cette observation, il a été avancé que la majorité des autres services pourrait, de toute façon, faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres.

125. Selon une troisième approche, se situant en quelque sorte à mi-chemin entre les deux avis mentionnés ci-dessus, il fallait d'une manière ou d'une autre s'efforcer de déterminer l'ampleur de la procédure de sollicitation en fonction de la valeur du marché. Ainsi, on éviterait d'imposer des procédures de passation des marchés trop compliquées pour des marchés de services routiniers et de faible valeur, ne justifiant pas le recours à de telles procédures. A cette fin, on pourrait indiquer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que les marchés de services de faible valeur pourraient être exclus par l'Etat adoptant la Loi type, par le biais du paragraphe 2 de l'article premier. Il a été avancé que l'on pourrait obtenir le même résultat par une méthode plus précise, sans nécessairement exclure la Loi type dans son ensemble, en ajoutant une disposition excluant expressément les procédures de sollicitation les plus larges dans le cas des marchés de services de faible valeur.

126. Confronté à ces avis très divers, le Groupe de travail a estimé qu'il serait souhaitable d'examiner plus avant, lors de la session suivante, la question de l'ampleur des procédures de sollicitation de propositions. Aussi a-t-il prié le Secrétariat d'élaborer pour cette session des variantes fondées sur les différents avis qui avaient été présentés. Outre ces avis sur la question fondamentale de l'ampleur des procédures de sollicitation, le Groupe de travail a noté que plusieurs observations avaient été faites, dont certaines pourraient être prises en compte dans une version future. Il s'agissait notamment des observations suivantes : la procédure publique de sollicitation ne devrait pas interdire à l'entité adjudicatrice de procéder en outre à une sollicitation directe; il faudrait envisager de disposer que la procédure de sollicitation ne confère à personne le droit de faire évaluer sa proposition; il faudrait inclure dans la Loi type, ou du moins mentionner dans

le Guide pour l'incorporation de la Loi type, des mécanismes qui permettraient d'alléger, le cas échéant, la charge imposée à l'entité adjudicatrice; par exemple, il pourrait être bon de prévoir une procédure d'évaluation en trois étapes, dont la première consisterait à vérifier rapidement si les propositions répondent à certains critères impératifs; les dispositions énoncées à l'alinéa 3 a) devraient reprendre plus étroitement la stricte règle correspondante énoncée pour l'appel d'offres restreint, selon laquelle "tous" les fournisseurs du service en question devraient être sollicités dans les cas visés. Selon une variante de cette dernière proposition, il fallait solliciter dans ces cas "tous les fournisseurs ou entrepreneurs connus", de manière à éviter à l'entité adjudicatrice d'avoir à effectuer trop de recherches, bien que l'on ait douté que cette proposition, de même que celle tendant à ajouter simplement le mot "tous", puisse être appliquée dans la pratique.

#### Paragraphes 4 et 5

127. On a proposé de changer l'ordre des paragraphes de l'article 39 bis de façon à faire mieux apparaître la chronologie des diverses procédures. Ainsi, l'actuel paragraphe 5, relatif au contenu de la sollicitation de propositions, devrait faire suite au paragraphe 3 sur les procédures de sollicitation. Il a été convenu que cette question serait examinée au stade de la rédaction.

128. On a fait observer que dans le cas de la plupart des services professionnels se posait la question de savoir si le fournisseur ou l'entrepreneur étaient habilités à fournir les services compte tenu des obligations pouvant découler de licences. On a fait valoir toutefois que, s'il pouvait être important d'inclure cette question à l'alinéa a) du paragraphe 4, il fallait néanmoins la distinguer de la question de l'octroi de licences qui relevait davantage des qualifications et qui était traitée à l'article 6. De l'avis général, il fallait stipuler au paragraphe 5 que toutes conditions d'admissibilité devraient être indiquées dans la sollicitation de propositions.

129. Il a été proposé d'ajouter à la fin de la dernière phrase du chapeau du paragraphe 4 le mot "seulement", cela, a-t-on expliqué, afin que l'entité adjudicatrice applique uniquement les critères énoncés dans ce paragraphe. A l'encontre de cet argument, on a fait valoir que les critères figurant au paragraphe 4 pourraient ne pas être exhaustifs, que l'entité adjudicatrice pourrait souhaiter en appliquer d'autres, et qu'elle devrait y être autorisée à condition que ces autres critères ne soient pas discriminatoires. Il a été convenu que l'obligation essentielle à cet égard était que, conformément au paragraphe 5, l'entité adjudicatrice avise préalablement tous les fournisseurs et entrepreneurs des critères qu'elle appliquerait ainsi que de la méthode qu'elle utiliserait pour la sélection d'une proposition.

130. D'autres propositions portant sur la forme ont été formulées, dont les suivantes : il faudrait, à l'alinéa 4 a), ajouter le mot "responsabilité" et supprimer le mot "relatives"; à l'alinéa 4 b) (dans le texte anglais) les mots "effectiveness of the proposal" ne rendaient peut-être pas correctement la condition que la proposition était censée remplir; enfin, à l'alinéa 4 e) (toujours dans le texte anglais) le mot "reflected" devrait être remplacé par le mot "included". Il a été noté par ailleurs que les termes employés à

l'alinéa 5 b) concernant le lieu où les services devaient être fournis, devaient être alignés sur ceux qui avaient été retenus pour les autres dispositions analogues (voir les paragraphes 105 à 107).

#### Paragraphes 6 à 10

131. On a fait observer qu'il faudrait préciser aux paragraphes 8 et 9 que l'entité adjudicatrice, pour évaluer les propositions et déterminer celle qui était à retenir, devrait appliquer uniquement les critères et la méthode de sélection indiqués aux fournisseurs et entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

132. A propos du paragraphe 9, on a fait observer qu'il faisait référence aux méthodes appliquées pour déterminer la proposition à retenir qui étaient énoncées aux paragraphes 10, 11 et 12; or, ce dernier n'était pas présenté comme une méthode distincte, mais seulement comme un ensemble de règles pour une négociation conformément à la méthode prévue à l'alinéa 11 b). Il a donc été convenu que cet alinéa devrait être placé au paragraphe 12.

133. Selon une opinion, il faudrait prévoir une disposition générale permettant des négociations avant l'évaluation, même dans les cas où l'entité adjudicatrice entendait déterminer la proposition à retenir en recourant à la méthode prévue au paragraphe 10. Il a été déclaré que ces négociations seraient utiles en ce qu'elles permettraient aux fournisseurs et entrepreneurs et à l'entité adjudicatrice de vérifier que les besoins de cette dernière étaient bien compris. On a fait observer cependant, qu'il ne serait peut-être pas approprié de permettre des négociations avant l'évaluation, car cette procédure pourrait donner lieu à des abus. Il a été convenu qu'il vaudrait mieux stipuler à l'article 39 bis que l'entité adjudicatrice pouvait convoquer une réunion analogue à celle prévue au paragraphe 3 de l'article 26, où des éclaircissements pourraient être donnés sur la sollicitation de propositions.

134. Selon une opinion, le seuil fixé à l'alinéa 10 a) ne s'appliquait pas lorsque l'entité adjudicatrice sélectionnait une offre sur la base d'une évaluation combinée du prix et des aspects techniques de la proposition conformément au sous-alinéa 10 b) ii). On a fait toutefois observer que, même dans ce cas, le seuil serait utile à l'entité adjudicatrice car il limiterait le risque de retenir une proposition dont le prix était intéressant, mais dont la valeur technique était très faible.

135. On a fait observer qu'il était courant dans l'évaluation des services de recourir à un système de double enveloppe, de façon à bien séparer les aspects techniques des propositions et le prix et de ne révéler les prix qu'une fois terminée l'évaluation technique. Il s'agissait là d'un système important car il permettait d'éviter que le prix n'influe sur l'évaluation technique et, bien qu'il soit fait allusion à cette séparation à l'alinéa 10 a), il importait d'être plus clair à ce sujet.

#### Paragraphes 11 et 12

136. Le Groupe de travail s'est montré favorable à l'inclusion dans la Loi type des diverses procédures de négociation et d'évaluation exposées aux paragraphes 11 et 12. La disposition antérieure prévoyait la sélection de la proposition offrant le prix le plus bas, ou de la meilleure proposition sur la

base d'une évaluation combinée du prix et des capacités techniques, alors que le paragraphe 12 prévoyait la sélection d'une proposition après négociation avec le fournisseur ou l'entrepreneur ayant reçu la meilleure note technique. Selon une opinion, il convenait de préciser que les paragraphes 11 et 12 offraient à l'entité adjudicatrice deux possibilités. On a aussi beaucoup insisté sur le fait que l'entité adjudicatrice devait indiquer, dans la sollicitation de propositions, la méthode d'évaluation et de sélection à laquelle elle entendait recourir.

137. Dans des observations de caractère général, le Groupe de travail a été instamment prié de voir si l'ensemble des méthodes d'évaluation et de sélection présentées serait suffisant pour faire du nouvel article spécial la seule méthode de passation de marchés de services autres que ceux qui pouvaient être obtenus par le biais d'un appel d'offres, d'une sollicitation de prix ou d'une sollicitation d'une source unique. Selon une opinion, une telle approche serait plus spécifique et plus simple à appliquer pour l'entité adjudicatrice que l'approche actuellement retenue au paragraphe 3 de l'article 16. Le nouvel article contiendrait, a-t-on déclaré, les caractéristiques essentielles, notamment de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, ce qui éviterait, à l'alinéa 3 b) de l'article 16, d'avoir à présenter à l'entité adjudicatrice un éventail de méthodes de passation de marchés compliqué ou déconcertant. Le Groupe de travail a toutefois convenu que le nouvel article ne devrait pas remplacer l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ou la négociation avec appel à la concurrence.

138. S'agissant de la teneur du paragraphe 11, le Groupe de travail a déclaré qu'il préférerait éviter à l'alinéa a) la méthode du renvoi à la sollicitation de propositions pour incorporer les procédures de négociation, notamment la méthode de la meilleure offre définitive. On a estimé qu'il serait possible d'établir une distinction plus nette entre le nouvel article spécial sur les services et les dispositions sur la sollicitation de propositions pour les biens et les travaux en énonçant de nouveau les procédures de négociation dans le nouvel article. On a fait valoir que le renvoi au paragraphe 9 de l'article 38 était inapproprié dans la mesure où la nouvelle disposition prévoyait des critères d'évaluation légèrement différents. Selon une autre proposition, l'alinéa b) devrait être incorporé au paragraphe 12 au lieu de faire partie du paragraphe 11. Il a aussi été suggéré, qu'étant donné la longueur du nouvel article proposé, on envisage de présenter dans un article distinct le paragraphe 12 qui, a-t-on fait remarquer en passant, devait être renuméroté pour suivre la forme adoptée dans la Loi type. On a enfin fait observer qu'il faudrait, à l'alinéa 12 3 b), parler de négociations sur un prix "raisonnable".

139. Au cours de délibérations sur les paragraphes 11 et 12, plusieurs orateurs ont fait allusion à l'absence de disposition - analogue à celle énoncée à l'article 33 pour la procédure d'appel d'offres - prévoyant expressément le rejet par l'entité adjudicatrice de toutes les propositions. Il a été convenu que le droit de rejeter toutes les propositions était un droit important qui devrait être prévu pour toutes les méthodes de passation de marchés. Le secrétariat a donc été prié de présenter au Groupe de travail, à sa prochaine session, un projet de disposition sur la question, qui serait incluse au chapitre premier. Le Groupe de travail craignait en effet que la mention, dans le nouvel article, du droit de rejeter toutes les offres ne

donne à penser, à tort, que ce droit n'existait que pour les méthodes dans lesquelles il était expressément mentionné. En même temps, il a souligné, qu'au stade actuel, il fallait limiter au minimum les amendements apportés à la Loi type et que seuls devaient être envisagés ceux qui résultaient de l'extension de cette Loi aux services et qui amélioreraient la forme sans changer les principes.

140. Diverses suggestions ont été faites quant au contenu d'une disposition générale sur le rejet de toutes les propositions. Selon une opinion, il fallait bien distinguer entre le rejet de toutes les propositions motivé par une évaluation qualitative et le rejet de toutes les propositions résultant d'un changement de politique ou attribuable à un manque de ressources budgétaires. Selon une autre opinion, il serait préférable de ne pas faire de distinction de ce genre, mais de stipuler que toutes les propositions pouvaient être rejetées "s'il est de l'intérêt public de le faire". Une autre opinion encore, allant davantage dans le sens de la précédente, a été qu'il faudrait conserver le libellé actuel de l'article 33 lors de l'élaboration de la nouvelle disposition générale. Il a également été rappelé au Groupe de travail qu'il faudrait peut-être d'une façon ou d'une autre faire une distinction entre la période pendant laquelle le rejet de toutes les propositions serait acceptable et le moment où l'entité adjudicatrice serait tenue de conclure un marché. Enfin, il y a eu un large accord sur deux points, à savoir le fait que le droit de rejeter toutes les propositions devrait être indiqué au préalable dans le dossier de sollicitation ou des documents analogues, et le fait que l'exercice de ce droit ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un recours au titre de l'article 42, comme c'est actuellement le cas avec l'article 33.

141. Lors de l'examen des paragraphes 11 et 12, on s'est aussi demandé dans quelle mesure il y avait lieu d'inclure des dispositions en particulier sur la formation du contrat qui résulterait des négociations ou d'une autre méthode de sélection employée dans la cadre de la nouvelle procédure. De l'avis général, il fallait être plus explicite qu'on ne l'était actuellement au sujet du contrat, compte tenu du fait que la nouvelle procédure était destinée à être la principale méthode de passation des marchés de services. Il a été convenu que les règles énoncées à l'article 35 pour la procédure d'appel d'offres devraient généralement être applicables aux nouvelles procédures relatives aux services, ce à quoi il était possible de parvenir au moyen d'un renvoi. Le Groupe de travail a également été instamment prié d'inclure une disposition prévoyant que, dans le cas des services, la sollicitation de propositions devrait comporter obligatoirement une copie du contrat à signer. On a fait valoir que cela contribuerait à protéger les intérêts de l'acheteur public puisque le fournisseur ou l'entrepreneur n'avait naturellement pas pour principal souci, lors de la rédaction des contrats, les intérêts de l'acheteur public. Cette suggestion a recueilli des suffrages, encore que l'on se soit demandé s'il ne serait pas préférable d'adopter une approche plus souple consistant à mentionner que la procédure était optionnelle.

142. Selon certains, il serait peut-être approprié, compte tenu de l'addition des nouvelles procédures, d'essayer d'inclure au chapitre premier une disposition relative à la formation du contrat applicable à diverses méthodes de passation de marchés. La proposition d'inclure une disposition générale sur la formation du contrat a suscité des doutes. On a rappelé que la décision d'inclure une disposition relative à la formation du contrat

uniquement pour la procédure d'appel d'offres avait été une décision consciente, la question étant ainsi, pour les autres méthodes de passation de marchés, régie par le droit des contrats applicable. On a fait observer que, du fait de la diversité des situations et du caractère moins formel des procédures, dans certaines de ces autres méthodes, il serait peut-être difficile de rédiger une règle générale valable. Le Groupe de travail a néanmoins décidé d'examiner la question en s'appuyant sur une évaluation par le Secrétariat de la possibilité d'une disposition générale, qui serait présentée à la prochaine session.

143. Après délibération, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les nouvelles procédures, en tenant compte de ses délibérations et décisions. Il a également pris note de l'avis exprimé par certaines délégations selon lequel il serait préférable d'essayer de réintégrer les procédures spéciales relatives aux services dans l'article 38.

#### IV. AUTRES QUESTIONS

144. Il a été suggéré que soit la Loi type, soit le Guide abordent la question des méthodes ou usages à appliquer pour noter les offres ou les propositions, afin d'éviter une application inappropriée ou incorrecte. Selon une autre suggestion, l'article 39 bis devrait comporter une disposition donnant quelques indications à l'entité adjudicatrice sur le mécanisme administratif approprié pour déterminer la proposition à retenir, notamment sur la façon d'attribuer des notes. On a toutefois rappelé qu'une proposition similaire avait été faite lors des délibérations de la Commission sur la Loi type et qu'elle avait été rejetée au motif qu'elle allait trop loin en dictant aux Etats adoptant la Loi type comment organiser leurs mécanismes administratifs internes.

145. Le Groupe de travail a également examiné une proposition visant à stipuler à l'article 39 bis que la proposition à retenir pouvait être choisie par le biais d'un concours de projets. On a souligné que cette méthode était couramment utilisée pour évaluer des propositions ayant un contenu esthétique. On a déclaré qu'une telle disposition pourrait aborder des questions telles que la composition et l'impartialité du jury ou du groupe de sélection, et qu'un tel processus de sélection devrait s'en tenir à la composante esthétique de la proposition. Il a été souligné aussi qu'une telle disposition ne serait appropriée que dans le cas où le jury rendait un jugement ou prenait une décision contraignants pour l'entité adjudicatrice. Il a été convenu qu'un projet de disposition serait soumis pour examen au Groupe de travail à sa prochaine session. On a toutefois indiqué que son libellé ne devrait pas donner à penser que l'organisation de concours de projets était limitée à la passation de marchés de services. On a également suggéré d'éviter l'emploi des mots "jury" ou "jurés", en raison des différentes connotations qu'ils pouvaient recouvrir.

146. On a indiqué que, en définissant la passation d'un marché comme l'"acquisition par un moyen quelconque", la question risquait de se poser de savoir si la Loi type était censée porter sur les services fournis à des entités publiques à titre gracieux. Le Groupe de travail a été d'avis que, indépendamment du problème des groupes de pression et des consultants payés par des tiers et indépendamment de la possibilité d'une fourniture gratuite de

services à des gouvernements à des fins altruistes, la question concernait le cadre législatif qui régissait l'éthique de l'Etat et allait au-delà des dispositions de l'article 13 de la Loi type sur les incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs. Le Groupe de travail a convenu qu'il suffirait, pour régler le problème, d'indiquer clairement que la Loi type régissait l'acquisition à titre onéreux. Selon un avis, on pourrait par exemple employer une expression telle que "acquisition moyennant rémunération".

147. Une question a également été soulevée à propos de la définition du mot "biens" sur laquelle le Groupe de travail s'était précédemment mis d'accord. On a fait observer que cette définition prenait uniquement comme exemples des objets pouvant être considérés comme des biens et donnait à l'Etat adoptant la Loi type l'option d'ajouter d'autres exemples à la liste. Il a été indiqué que, du fait que les "services" désignaient tout ce qui n'était ni biens ni travaux, il serait préférable d'avoir une définition définitive du mot "biens", de façon à éviter deux définitions non exhaustives. On a donc proposé la définition suivante :

Le mot "biens" désigne des objets de toute nature tels que matières premières, produits et équipement, et des objets sous forme solide ou gazeuse, et l'électricité et inclut les services connexes à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes.

148. Le Groupe de travail a décidé d'examiner plus avant cette proposition à sa prochaine session.

149. On a de nouveau fait valoir que, du fait que dans sa formulation actuelle l'article 39 bis énonçait diverses méthodes comportant des négociations, y compris les négociations prévues à l'article 38, il devrait être possible de limiter la procédure de passation de marchés de services soit à l'appel d'offres, soit aux méthodes prévues à l'article 39 bis. On a souligné que cela aurait l'avantage de simplifier la Loi type en empêchant la possibilité de recourir à toutes les autres méthodes ainsi qu'à l'article 39 bis pour la passation de marchés de services. Selon un avis, le Groupe de travail aurait l'occasion de revenir sur cette question à sa prochaine session.

150. Il a également été suggéré que le Secrétariat examine où le nouvel article devrait être inséré, puisque c'est dans cet article que serait désormais énoncée la méthode privilégiée de passation des marchés de services.

151. Selon un avis, le Guide devrait mentionner que, pour incorporer la Loi type, certains Etats pourraient envisager de n'énoncer dans leur législation que le principe général, les règles détaillées étant alors décrites dans la réglementation des marchés.

#### V. TRAVAUX FUTURS

152. On a fait valoir avec force qu'il sera nécessaire de tenir une réunion supplémentaire du Groupe de travail pour examiner les questions en suspens avant de présenter un projet de texte définitif à la Commission à sa vingt-septième session. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail devait se tenir à New York du 14 au 25 mars 1994. On a indiqué qu'il serait impossible en effet de présenter un rapport à la Commission sur la base des travaux de la présente session.

153. On a aussi indiqué qu'il faudrait réfléchir à la façon dont la Loi type devrait être présentée dans sa forme définitive. A cet égard, certains se sont déclarés favorables à un texte regroupant à la fois la Loi type et le Guide pour l'incorporation de la Loi type et où les articles de la Loi type seraient suivis par les sections du Guide dans lesquelles ils sont examinés. Il a également été noté qu'une liste des amendements apportés à la Loi type pour qu'elle s'applique aux services serait utile pour les Etats qui avaient déjà adopté une loi inspirée de la Loi type. On a toutefois fait observer que la forme sous laquelle serait présenté le texte définitif de la Loi type dépendait des ressources financières disponibles.