

FILE COPY



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE

GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/394
11 mai 1994

FRANCAIS ✓
Original : ANGLAIS

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

PASSATION DES MARCHES

Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux

Note du Secrétariat

1. Lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, la Commission a estimé que des informations de base et des explications, sous la forme d'un guide pour l'incorporation de la Loi dans le droit interne, apporteraient une aide utile aux gouvernements et aux parlements appliquant ladite Loi. En conséquence, la Commission a adopté le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393) à sa vingt-sixième session en même temps que la Loi type elle-même (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, supplément N° 17 (A/48/17, par. 258)).
2. Lorsqu'il a examiné les amendements et ajouts à apporter à la Loi type pour qu'elle englobe les marchés de services, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a noté que l'incorporation de dispositions à cet effet accroîtrait l'importance du Guide, du fait, en particulier, que les services représentaient un domaine dans lequel de nombreux parlements et gouvernements avaient une expérience relativement limitée. Le Groupe de travail a exprimé l'espoir que le Guide révisé serait adopté en même temps que la Loi type modifiée (A/CN.9/392, par. 132). Dans cet esprit, l'annexe de la présente note énonce les amendements qu'il est proposé d'apporter au Guide, sur la base du texte du projet de Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services tel qu'établi par le Groupe de travail au terme de sa dix-septième session et reproduit à l'annexe du rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/392).
3. Compte tenu des directives concernant la limitation de la documentation, il n'a pas été possible de réimprimer l'intégralité du Guide, de sorte que la présente note ne contient que les projets d'amendements et d'ajouts à apporter au Guide pour l'incorporation dans la loi interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393). Dans le cas de changements mineurs, seuls sont indiqués les mots à ajouter ou à modifier. En outre, on notera que dans le texte final des amendements au Guide les mots "biens ou travaux" seront remplacés, lorsqu'il y a lieu, par les mots "biens, travaux ou services". Lorsque les amendements ou ajouts sont importants, le nouveau passage est donné dans son intégralité. Comme cela a été le cas lors de l'adoption du Guide à la vingt-sixième session, la Commission pourrait, après examen et adoption de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services à sa vingt-septième session, laisser au secrétariat le soin d'établir le texte définitif du Guide pour tenir compte des délibérations et des décisions de la Commission.

Annexe

Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux

INTRODUCTION

1. Remplacer le paragraphe 1 par le texte suivant :

"1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine de la passation des marchés. Elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne, qui lui fait pendant, à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993). La Loi type a pour objet de servir de modèle aux Etats pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux figure à l'annexe 1 du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, supplément N° 17 (A/48/17)).

"1 bis. Etant entendu que certains aspects des marchés de services étaient régis par des facteurs différents de ceux qui régissaient les marchés de biens ou de travaux, il avait été décidé de s'en tenir, initialement, à la formulation de dispositions législatives types sur la passation des marchés de biens et de travaux. A sa vingt-sixième session, la Commission, après en avoir terminé sur ce point, a décidé de procéder à l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. Elle a donc, à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), adopté des amendements à la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux afin d'y incorporer les marchés de services et a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type"). Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-septième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément N° 17 (A/49/17)). A la même session, la Commission a aussi adopté le présent Guide, qui fait pendant à la Loi type."

2. Paragraphe 6

Dans l'avant-dernière phrase, après les mots "dans des cas exceptionnels" ajouter les mots, "lorsqu'il s'agit de biens ou de travaux, ou autres que la sollicitation de propositions relatives à des services, lorsqu'il s'agit de services".

I. CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

3. Remplacer le paragraphe 10 par le texte suivant :

"10. Pour tenir compte de certaines différences entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services, la Loi type énonce au chapitre IV bis un ensemble de procédures conçues spécifiquement pour les marchés de services. Les principales différences auxquelles il est fait référence au paragraphe 1 bis tiennent au fait que, contrairement aux marchés de biens et de travaux, les marchés de services supposent généralement la fourniture d'un bien intangible dont la qualité et le contenu exact peuvent être difficiles

à évaluer. La qualité précise des services fournis peut dépendre, dans une large mesure, des compétences et des connaissances spécialisées des fournisseurs ou des entrepreneurs. Ainsi, le prix, qui est le principal critère retenu dans le processus d'évaluation pour les marchés de biens et de travaux, est souvent dans le cas des services jugé moins important, dans le processus d'évaluation et de sélection, que la qualité et la compétence des fournisseurs ou des entrepreneurs. Le chapitre IV bis a pour objet de prévoir des procédures reflétant ces différences".

4. Remplacer le paragraphe 13 par le texte suivant :

"13. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourrait rencontrer. L'Etat adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, pour les marchés de biens ou de travaux, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule. Dans le cas des marchés de services, la Loi type prescrit, dans des circonstances normales, la sollicitation de propositions relatives à des services afin de donner l'importance voulue dans le processus d'évaluation aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible pour les marchés de biens ou de travaux, la Loi type propose d'autres méthodes; elle le fait aussi pour les cas où une sollicitation de propositions n'est pas appropriée ou est impossible pour les marchés de services."

5. Ajouter un paragraphe 14 bis comme suit :

"Sollicitation de propositions relatives à des services

14 bis. La sollicitation de propositions étant la méthode à utiliser en règle générale dans la passation de marchés de services, le chapitre IV bis contient des procédures de nature à promouvoir la concurrence, l'objectivité et la transparence, tout en tenant compte de l'importance fondamentale des qualifications et des connaissances spécialisées des fournisseurs dans le processus d'évaluation. Les principales caractéristiques de la sollicitation de propositions relatives à des services sont par exemple le fait que le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs n'est en règle générale, pas restreint et que les critères d'évaluation des propositions, ainsi que la méthode de sélection retenue, parmi les trois possibles, sont divulgués dans la sollicitation de propositions. Selon la première méthode, qui est énoncée à l'article 41 sexies 12) et qui est apparentée à l'appel d'offres dans la mesure où il n'y pas de négociations, l'entité adjudicatrice met les propositions qui ont obtenu une note technique supérieure à un seuil fixé en concurrence directe au niveau des prix. La deuxième méthode (art. 41 sexies 13)) permet à l'entité adjudicatrice de négocier avec les fournisseurs et les entrepreneurs, après quoi ces derniers soumettent leurs meilleures offres définitives, processus apparenté à la procédure de sollicitation de propositions figurant à l'article 39. Selon la troisième méthode (article 41 sexies 14)), l'entité adjudicatrice engage des négociations uniquement sur le prix avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la note technique la plus élevée."

6. Paragraphe 15

- i) Dans la première phrase, après le mot "lorsque" ajouter les mots ", dans le cas de marchés de biens et de travaux;"

- ii) Après la première phrase, ajouter le texte suivant : "Celles des trois méthodes indiquées à l'article 17 que l'Etat adoptant la Loi type a incorporées dans sa législation peuvent aussi être utilisées pour les marchés de services. Toutefois, pour que puisse être utilisée une de ces méthodes, il faut que soient réunies les conditions voulues".

7. Paragraphe 19

Remplacer les mots "pour les achats de marchandises normalisées" par les mots "pour les marchandises ou services normalisés".

8. Paragraphe 21

Après les mots "procédure d'appel d'offres", ajouter les mots "ou de la sollicitation de propositions relatives à des services".

9. Paragraphe 23

- i) Dans la première phrase, remplacer les mots "l'article 32-4 d) de la Loi type prévoit" par les mots "les articles 32-4 d) et 41 quarter 2) de la Loi type prévoient";

- ii) Dans la troisième phrase, ajouter, à chaque fois qu'apparaît le mot "offre", les mots "ou proposition".

10. Paragraphe 24

Dans la première phrase, après les mots "permet aussi à l'entité adjudicatrice", ajouter les mots "lançant un appel d'offres ou une sollicitation de propositions relatives à des services".

11. Paragraphe 25

Dans la première phrase, après les mots "autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "ou la sollicitation de propositions relatives à des services".

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article 2. Définitions

12. Remplacer le paragraphe 3 par le texte suivant :

"3. Aux alinéas c) et d) bis, il est indiqué entre parenthèses, à la fin des définitions des mots 'biens' et 'services', que l'Etat voudra peut-être mentionner expressément, dans ces définitions, les catégories d'articles qui seront considérés comme des biens ou des services, selon le cas, et dont la qualification risquerait autrement de ne pas être claire. On a voulu par là préciser ce qui doit être considéré comme des 'biens' ou 'services' et le but n'est donc pas de limiter le champ d'application de la Loi type, ce qui peut être fait par le biais de l'article 1-2 b). L'Etat adoptant la loi peut juger souhaitable un tel degré de précision, compte tenu en particulier de la définition non limitative du terme services."

Article 4. Réglementation des marchés

13. Paragraphe 2

Après les mots "méthode autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "ou la sollicitation de propositions relatives à des services".

14. Paragraphe 3

Après la référence à l'article 32-4 d), ajouter une référence à l'article 41 quarter 2).

Article 7. Procédure de présélection

15. Paragraphe 1

Dans la dernière phrase, après le mot "soumission", ajouter les mots "ou proposition", et après le mot "soumissions", ajouter les mots "ou propositions".

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

16. Paragraphe 1

A la fin du paragraphe, ajouter la phrase suivante : "La raison pour laquelle on limite la divulgation des informations requises au titre de l'article 11-1 d) aux informations connues de l'entité adjudicatrice est qu'il peut exister des procédures de passation des marchés dans lesquelles toutes les propositions n'auront pas été complètement élaborées ou mises au point par leurs auteurs, en particulier lorsque toutes n'atteignent pas le stade final de la procédure de passation d'un marché. La référence, dans le présent paragraphe, à un 'mode de détermination du prix' vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les offres, les propositions ou les prix contiennent une formule permettant de déterminer le prix, et non un prix proprement dit."

17. Après les observations sur l'article 11, effectuer les modifications suivantes :

- i) Ajouter le titre "Article 11 bis. Rejet de toutes les offres, propositions ou prix" et le faire suivre des observations relatives à l'article 33 (telles que modifiées par ii) ci-après);
- ii) Chaque fois qu'apparaît le mot "offres", ajouter les mots "propositions ou prix".
- iii) Ajouter le texte suivant :

Article 11 ter. Entrée en vigueur du marché

Un article 11 ter a été ajouté car, pour des raisons de transparence, il est important que les fournisseurs et les entrepreneurs connaissent à l'avance les modalités d'entrée en vigueur du marché. L'article 35 énonce à ce propos dans le contexte de l'appel d'offres, des règles détaillées, auxquelles il est fait référence au paragraphe 1. Mais, aucune règle n'est donnée pour les autres méthodes de passation de marchés, du fait que les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées peuvent varier et que les procédures qui y sont liées sont traitées de façon moins détaillée dans la Loi type. Dans la

plupart des cas, l'entrée en vigueur du marché sera régie, pour ces autres méthodes, par d'autres branches du droit, telles que le droit administratif ou le droit des contrats de l'Etat adoptant la Loi type. Toutefois, afin d'assurer un degré suffisant de transparence, il est stipulé que, dans les autres méthodes, l'entité adjudicatrice divulgue à l'avance aux fournisseurs et aux entrepreneurs les règles qui s'appliquent pour l'entrée en vigueur du marché."

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

18. Remplacer les observations sur l'article 16 par le texte suivant :

"1. L'article 16 établit la règle, déjà examinée au paragraphe 13 de l'Introduction du présent Guide, selon laquelle, pour les biens ou les travaux, la méthode normale de passation des marchés est l'appel d'offres, et pour les services, la sollicitation de propositions de services, telle que présentée au chapitre IV bis. Pour les circonstances exceptionnelles dans lesquels un appel d'offres pour des biens ou des travaux, même s'il est possible, n'est pas la méthode que l'entité adjudicatrice juge la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix, la Loi type prévoit un certain nombre d'autres méthodes de passation de marchés. Dans le cas des services, l'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres, lorsqu'elle peut formuler des spécifications détaillées et que la nature des services permet un appel d'offres; elle peut sinon utiliser l'une des autres méthodes que propose la Loi type si les conditions de cette utilisation sont remplies"

"2. Le paragraphe 4 de l'article 16 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres, dans le cas de biens ou de travaux, ou que la sollicitation de propositions dans le cas de services, doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés exceptionnelle, plutôt qu'à la méthode normalement requise (c'est-à-dire l'appel d'offres pour les biens ou les travaux et la soumission de propositions pour les services) ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement."

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

19. Paragraphe 1

Dans la première phrase, après les mots "autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "ou la soumission de propositions relatives à des services".

20. Paragraphe 2

- i) Après les mots "de formuler des spécifications", ajouter les mots "pour les biens ou les travaux ou, selon le cas, de déterminer les caractéristiques des services."
- ii) Après les mots "autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "ou la soumission de propositions relatives à des services".

21. Du fait de l'addition à la Loi type d'un chapitre IV bis, ajouter le texte suivant :

"CHAPITRE IV bis. SOLLICITATION DE PROPOSITIONS RELATIVES A DES SERVICES

Les articles 41 bis à septies présentent les procédures concernant la sollicitation de propositions relatives à des services, méthode qui doit normalement être utilisée dans le cas des marchés de services. Comme il a été noté au paragraphe 10 de la section I du présent Guide, la principale différence entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services réside dans le processus d'évaluation et de sélection. Les dispositions du chapitre IV bis qui diffèrent le plus de l'appel d'offres se trouvent à l'article 41 sexies relatif aux procédures de sélection. Les autres articles de ce chapitre, comme ceux qui concernent la sollicitation de propositions et la teneur des sollicitations de propositions, font généralement pendant aux dispositions portant sur les points analogues du chapitre III relatif à la procédure d'appel d'offres. Cette correspondance est due au fait que l'appel d'offres et la sollicitation de propositions relatives à des services sont les méthodes à utiliser dans la majeure partie des marchés et sont donc destinées à maximiser l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et à promouvoir les autres objectifs énoncés dans le préambule."

"Article 41 bis. Sollicitation de propositions

1. Conformément à l'objectif de la Loi type qui est de favoriser la concurrence dans la passation des marchés et du fait que la sollicitation de propositions est la principale méthode utilisée pour les marchés de services, l'article 41 bis a pour but de donner au plus grand nombre possible de fournisseurs et d'entrepreneurs le moyen de savoir qu'une procédure de passation de marché a été entamée et d'exprimer leur intérêt. Comme dans la procédure d'appel d'offres, il est prévu à cette fin que l'invitation à participer doit être largement publiée.

2. Cependant, dans certains cas généralement analogues à ceux qui justifient le recours à l'appel d'offres restreint (art. 18), l'appel d'offres général peut être injustifié ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité. Le paragraphe 3 énonce donc les cas où l'entité adjudicatrice n'a pas à utiliser la sollicitation générale. L'Etat adoptant la Loi type peut souhaiter fixer, dans la réglementation des marchés, la valeur en-dessous de laquelle les entités adjudicatrices ne sont pas contraintes, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article, de recourir à l'appel d'offres général. On notera, à cet égard, que cette valeur minimale pourrait être moins élevée pour les services que pour les marchandises et les travaux."

"Article 41 ter. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services

1. L'article 41 ter contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la sollicitation de propositions afin d'aider les fournisseurs et les entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces propositions sur la même base. La méthode la plus souvent utilisée étant la sollicitation de propositions, l'article 41 ter fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions relatives à la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appels d'offres (art. 25).

2. Les paragraphes h) et i) reflètent le fait que, dans de nombreux marchés de services, l'entité adjudicatrice peut ne pas connaître totalement la nature et les caractéristiques des services à fournir. Comme on l'a vu au paragraphe 10 de la section I du présent Guide, le prix des propositions peut n'être pas toujours un critère important dans les marchés de services; les paragraphes k) et l) ne sont donc applicables que si le prix est un critère à retenir dans le processus de sélection."

"Article 41 quater. Critères d'évaluation des propositions

1. L'article 41 quater énonce les critères que l'entité adjudicatrice est autorisée à appliquer pour évaluer les propositions. Pas plus que dans d'autres parties de la Loi type où des critères de ce genre sont énumérés, l'entité adjudicatrice n'est pas nécessairement tenue de les appliquer tous pour chaque marché. Cependant, pour favoriser la transparence, elle doit appliquer les mêmes critères à toutes les propositions et n'est pas autorisée à appliquer des critères qui n'ont pas été divulgués aux fournisseurs et entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

2. Un des critères énoncés au paragraphe 1 a) concerne les qualifications et les compétences du personnel appelé à participer à la fourniture des services, ce qui reflète l'importance accordée aux aptitudes et aux connaissances spécialisées des fournisseurs et des entrepreneurs dans la plupart des marchés de services. Ce critère sera particulièrement important lorsque les services faisant l'objet du marché exigent que les fournisseurs aient des qualifications et des connaissances très poussées, comme dans le cas de services d'ingénierie. En établissant comme un des critères possibles la mesure dans laquelle la proposition soumise permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, le paragraphe 1 b) donne à cette dernière la possibilité d'éliminer une proposition dont les aspects techniques et qualitatifs ont été forcés par rapport à la demande de l'entité adjudicatrice afin d'obtenir une note élevée lors de la sélection, et de tenter ainsi artificiellement de contraindre l'entité adjudicatrice à négocier avec l'auteur de la proposition.

3. Les paragraphes 1 d) et e) et 2 sont analogues aux dispositions applicables à l'appel d'offres à l'article 32 4) c) iii), iv) et d). Les observations formulées dans le présent Guide sur ces dispositions dans le contexte de l'appel d'offres (voir paragraphes 3 à 6 des observations sur l'article 32) valent donc aussi pour l'article 41 quater."

"Article 41 quinquies. Clarification et modification des sollicitations de propositions

L'article 41 quinquies reprend les dispositions de l'article 26 sur la même question dans le cadre de l'appel d'offres et les observations concernant l'article 26 valent donc aussi pour l'article 41 quinquies."

"Article 41 sexies. Procédures de sélection

1. Le paragraphe 1 b) permet le recours, pour la sélection des propositions, à un jury composé d'experts indépendants, procédure qu'utilisent parfois les entités adjudicatrices, notamment dans les concours de projets ou pour les marchés de services ayant une composante artistique ou esthétique importante. Les Etats adoptant la Loi type qui ont recours à un tel jury peuvent souhaiter inclure d'autres règles dans la réglementation des marchés concernant, par exemple, toutes distinctions à établir entre un jury ayant un rôle simplement consultatif, un jury dont le rôle est limité aux aspects esthétiques et artistiques des propositions et un jury habilité à prendre des décisions liant l'entité adjudicatrice.

2. Les paragraphes 2, 3 et 4 énoncent trois méthodes de sélection des propositions de façon à permettre à l'entité adjudicatrice, dans le cadre d'une sollicitation de propositions relatives à des services, d'utiliser la méthode qui correspond le mieux aux besoins et aux circonstances particuliers de chaque marché. Le choix d'une méthode dépend dans une large mesure du type de services à fournir et des principaux facteurs qui seront pris en considération dans la procédure de sélection. Il est important de savoir, notamment, si l'entité adjudicatrice souhaite engager des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs et, dans ce cas, à quel stade de la procédure de sélection. Ainsi, si les services à fournir sont relativement courants et n'exigent pas de compétences et de connaissances poussées, l'entité adjudicatrice peut souhaiter utiliser la méthode prévue au paragraphe 2, qui est davantage axée sur le prix et qui, comme l'appel d'offres, ne comprend pas de négociations. En revanche, pour des services où les compétences et les connaissances du fournisseur ou de l'entrepreneur ont une importance cruciale, l'entité adjudicatrice peut souhaiter recourir à l'une des méthodes prévues aux paragraphes 3 et 4, car elles permettent, comme dans l'appel d'offres, de mettre davantage l'accent sur ces critères et prévoient des négociations.

3. Comme on l'a vu, la méthode prévue au paragraphe 2 peut être plus appropriée dans les marchés de services où la considération dominante est davantage le prix que les compétences et les connaissances spécialisées des fournisseurs et des entrepreneurs et lorsque l'entité adjudicatrice ne souhaite pas négocier. Toutefois, pour veiller à ce que les fournisseurs et les entrepreneurs possèdent des compétences et des connaissances suffisantes, la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer un seuil permettant d'évaluer les aspects des propositions autres que le prix. Si le seuil est fixé à un niveau relativement élevé, tous les fournisseurs et entrepreneurs dont les propositions l'atteignent ou le dépassent ont, selon toutes probabilités, des compétences plus ou moins équivalentes. Forte de cette certitude, l'entité adjudicatrice peut alors choisir la proposition à retenir sur la base du prix uniquement, conformément au paragraphe 2 b) i), sur la base de la meilleure évaluation associant à la fois le prix et des critères autres que le prix, conformément au paragraphe 2 b) ii).

4. Le paragraphe 3 énonce une méthode de sélection apparentée à la procédure d'évaluation pour la sollicitation de propositions prévue à l'article 39. Elle convient donc tout particulièrement dans les cas où l'entité adjudicatrice sollicite diverses propositions offrant la meilleure réponse à ses besoins. En permettant des négociations au stade initial avec tous les fournisseurs et entrepreneurs, elle donne la possibilité à l'entité adjudicatrice de mieux préciser ses besoins et aux fournisseurs et entrepreneurs d'en tenir compte lors de l'établissement de leur "meilleure offre définitive". L'alinéa c) a pour objectif de veiller à ce que l'on ne donne pas au prix de la proposition un poids démesuré dans le processus d'évaluation au détriment des aspects techniques et autres, y compris des compétences de ceux qui participeront à la fourniture des services.

5. Une troisième procédure de sélection, qui prévoit aussi des négociations et qui a toujours été largement utilisée, notamment dans les marchés de services intellectuels, est énoncée au paragraphe 4. Selon cette procédure, l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour la qualité et les aspects techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui ont obtenu une note supérieure au seuil, en s'assurant que les fournisseurs et les entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir les services demandés. Elle engage ensuite des négociations avec chacun de ces fournisseurs et entrepreneurs séparément, en commençant par celui qui a obtenu la note la plus élevée jusqu'à attribution du marché à l'un d'entre eux. Ces négociations visent à faire obtenir à l'entité adjudicatrice un prix juste et raisonnable pour les services demandés. Si l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle les avait terminées, c'est pour

éviter des négociations d'une durée indéfinie qui pourraient conduire à des abus et entraîner des retards inutiles. Toutefois, cette restriction, bien qu'offrant l'avantage d'imposer une certaine discipline dans la passation des marchés, enlève à l'entité adjudicatrice la possibilité de réexaminer une proposition dont la suite de négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs montrerait qu'elle aurait été plus favorable. Cela donne à penser que cette méthode de sélection n'est pas conçue pour établir en matière de prix une concurrence aussi ouverte que pourrait le souhaiter l'entité adjudicatrice."

"Article 41 septies. Confidentialité

La raison d'être de l'article 41 septies est que, pour prévenir les abus dans les procédures de sélection et promouvoir la confiance dans la passation des marchés, il importe que toutes les parties respectent le principe de la confidentialité, en particulier lorsque des négociations sont prévues. Une telle confidentialité est importante notamment pour protéger toute information commerciale ou autre que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient inclure dans leurs propositions et dont ils ne souhaiteraient pas qu'elles soient portées à la connaissance de leurs concurrents."