



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/CN.9/444/Add.4
2 mars 1997

FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-et-unième session
New York, 11-12 juin 1998

PROJETS D'INFRASTRUCTURE A FINANCEMENT PRIVE

Projets de chapitres d'un guide juridique pour les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre III. SELECTION DU CONCESSIONNAIRE

	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
Recommandations législatives	-	3
Notes sur les recommandations législatives	1-99	7
Section		
A. Observations générales	1-2	7
B. Procédures de sélection visées par le <i>Guide</i>	3-5	7
C. Objectifs d'ensemble des procédures de sélection	6-14	8
1. Economie et efficacité	7-9	8
2. Intégrité et fiabilité du processus de sélection	10-11	9
3. Transparence des lois et procédures	12-14	9
D. Méthode de sélection appropriée	15-25	10
1. Gamme des soumissionnaires à inviter	19-20	11
2. Importance des prescriptions de résultats	21-22	11

3. Critères d'évaluation	23-24	12
4. Négociations avec les soumissionnaires	25	13
E. Préparatifs pour la procédure de sélection	26-32	13
1. Désignation des membres du comité adjudicateur	27	13
2. Etude de faisabilité et autres	28-29	13
3. Préparation de la documentation	30-32	14
F. Présélection des consortiums de projet	33	14
1. Invitation à participer à la procédure de présélection	34-35	15
2. Critères de présélection	36-38	15
3. Préférences nationales	39-40	16
4. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection ...	41-42	16
5. Procédure de présélection	43-46	17
G. Procédures de sollicitation de propositions	47-93	18
1. Phases de la procédure	47-49	18
2. Sollicitation initiale de propositions	50-52	18
3. Sollicitation définitive de propositions	53-65	19
4. Teneur et soumission des propositions finales	66-69	21
5. Garanties de soumission	70-71	22
6. Critères d'évaluation	72-74	23
7. Ouverture, comparaison et évaluation des propositions	75-77	24
8. Négociations finales	78-79	24
9. Avis d'attribution de projet	80	25
H. Négociations directes	81-93	25
1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes	85-86	26
2. Propositions spontanées	87-93	27
I. Procédures de recours	94	28
J. Procès-verbal de la procédure de sélection	95-99	28

RECOMMANDATIONS LEGISLATIVES

Méthode de sélection appropriée

1) Il est souhaitable, pour procéder à la sélection du concessionnaire, de mettre au point une méthode propre à favoriser la concurrence dans le cadre de procédures officielles structurées. La formule des négociations directes n'est utilisée que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 15 à 18).

Présélection des consortiums de projet

2) Il est recommandé d'utiliser une procédure de présélection pour réduire le nombre de propositions que l'autorité adjudicatrice doit examiner. Les procédures qui nécessitent l'évaluation de plus d'un nombre limité de propositions sont généralement mal adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 19 et 20).

3) Lorsque des consortiums sont constitués en vue de soumettre des propositions, leurs membres ne sont pas autorisés à participer, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium (voir par. 38).

4) Lorsqu'il est envisagé d'accorder des préférences aux candidats nationaux ou aux candidats qui proposent d'acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local, elles sont appliquées sous forme d'une marge de préférence au stade de l'évaluation et sont annoncées dans l'invitation à participer à la procédure de présélection (voir par. 39 et 40).

5) Il est parfois utile de donner à l'autorité adjudicatrice la possibilité d'envisager des mesures pour indemniser les candidats présélectionnés en cas d'impossibilité de procéder à l'exécution du projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour rembourser une partie des frais qu'ils ont encourus (voir par. 41 et 42).

6) Il ne doit pas être possible d'appliquer à la présélection des consortiums de projet des critères, exigences ou procédures qui n'ont pas été énoncés dans la documentation de présélection (voir par. 44).

7) Dès la fin de la phase de présélection, l'autorité adjudicatrice dresse une liste sélective des consortiums de projet sélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Tout changement apporté par la suite à la composition des consortiums sélectionnés nécessite l'approbation de l'autorité adjudicatrice (voir par. 45 et 46).

Sollicitation initiale de propositions

8) A moins que l'autorité adjudicatrice ne juge possible de formuler un descriptif des intrants ou des extrants du projet et des clauses contractuelles de façon suffisamment détaillée et précise pour permettre de formuler des propositions définitives, il est recommandé d'organiser en deux étapes la procédure d'appel de propositions émanant de candidats présélectionnés (voir par. 47 à 49).

9) L'autorité adjudicatrice est autorisée à convoquer une réunion des candidats afin de tirer au clair certains aspects de la sollicitation de propositions et de procéder à des négociations avec tout candidat sur tout aspect de la proposition qu'il a présentée (voir par. 51).

10) A l'issue de ces négociations, l'autorité adjudicatrice examine et au besoin révisé le descriptif initial des intrants ou des extrants. L'autorité adjudicatrice est autorisée à supprimer ou modifier tout élément qui figure dans la sollicitation initiale de propositions quant aux caractéristiques techniques ou qualitatives du projet et à tout critère initialement spécifié dans la documentation pour évaluer et comparer les propositions et pour sélectionner les candidats (voir par. 52).

Dernière sollicitation de propositions

11) Au cours de l'étape finale, l'autorité adjudicatrice invite les candidats à soumettre des propositions définitives avec indication de prix pour les spécifications révisées et les clauses contractuelles (voir par. 53 à 65).

Teneur et soumission des propositions définitives

- 12) Les propositions techniques comportent, au moins :
- a) un descriptif et un calendrier des travaux ;
 - b) des études de faisabilité et autres ;
 - c) une description des services à fournir et des normes de qualité applicables ;
 - d) une description des services et des normes de maintenance (voir par. 66).
- 13) Les propositions financières comprennent, au moins, :
- a) la structure des tarifs ou des prix envisagée ;
 - b) la durée envisagée pour la concession, lorsque cela n'est pas spécifié dans la sollicitation de propositions ;
 - c) le niveau de participation financière exigé du gouvernement pour le projet, y compris, selon le cas, les subventions ou paiements éventuellement attendus des autorités du pays hôte ;
 - d) l'étendue des risques pris par le concessionnaire pendant les étapes de la construction et de l'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, la prise de participation et autres garanties contre de tels risques (voir par. 67).

Critères d'évaluation

14) La faisabilité technique, l'efficacité en termes d'environnement, l'efficacité des méthodes de construction et d'exploitation envisagées, la viabilité des montages financiers proposés, y compris les ressources des candidats, figurent parmi les critères utilisés pour l'évaluation des aspects techniques des propositions, indépendamment des considérations de prix (voir par. 72).

15) Le coût des activités de conception et de construction, les dépenses annuelles d'exploitation, le coût de la maintenance, la valeur actuelle des dépenses d'équipement et de fonctionnement, la valeur actuelle du prix proposé sur toute la période de la concession, enfin le montant de la subvention éventuelle attendue des autorités du pays hôte figurent parmi les critères d'évaluation des propositions relatives au prix (voir par. 73).

Ouverture, comparaison et évaluation des propositions

16) Dès réception des propositions définitives, l'autorité adjudicatrice établit si elles sont conformes à première vue à la sollicitation de propositions. Les propositions incomplètes ou partielles sont éliminées à ce stade (voir par. 75 à 77).

Négociations définitives

17) L'autorité adjudicatrice classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et invite le candidat ayant obtenu la meilleure note à participer à une négociation définitive de l'accord de projet. Ces négociations ne portent pas sur les clauses contractuelles qui ont été jugées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions (voir par. 78).

18) S'il apparaît à l'autorité adjudicatrice que les négociations avec le candidat sélectionné n'aboutiront pas à un accord de projet, elle doit informer ce candidat qu'elle va mettre fin aux négociations avant d'inviter à des négociations les autres candidats en fonction de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes (voir par. 79).

Avis d'attribution du projet

- 19) L'autorité adjudicatrice fait publier un avis d'attribution du projet. Cet avis comporte :
- a) le nom du concessionnaire ;
 - b) la liste des annexes et des documents joints qui font partie de l'accord ;
 - c) une description des travaux et des services que devra fournir le concessionnaire ;
 - d) la durée de la concession ;
 - e) la structure des tarifs ;
 - f) les droits et obligations du concessionnaire et les garanties qu'il prend à sa charge ou qu'il fournit ;
 - g) les droits de contrôle de l'autorité adjudicatrice et les sanctions en cas d'inexécution de l'accord de projet ;
 - h) les obligations des autorités du pays hôte, notamment en matière de paiements, de subventions ou d'indemnisation ;
 - i) toute autre clause essentielle de l'accord de projet, comme prévu dans la sollicitation de propositions (voir par. 80).

Circonstances autorisant le recours à des négociations directes

- 20) Le recours à des négociations directes n'intervient que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 82 à 85). Par circonstances exceptionnelles, on entend notamment :
- a) lorsqu'il existe un besoin urgent de fournir immédiatement un service et qu'il serait donc impossible d'ouvrir une procédure de sélection, à condition que les circonstances qui motivent cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité adjudicatrice et n'aient pas résulté de procédés dilatoires de sa part ;
 - b) lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels les frais de premier établissement escomptés, par ailleurs modestes, ne dépassent pas un montant spécifié (voir par. 86).

21) Il est également possible d'avoir recours à des négociations directes lorsqu'une invitation à une présélection ou une sollicitation de propositions ont été publiées sans résultat, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité adjudicatrice et lorsque, de l'avis de celle-ci, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait sans doute pas à l'attribution d'un projet (voir par. 87).

Propositions spontanées

22) L'autorité adjudicatrice arrête des procédures transparentes pour traiter des propositions spontanées (voir par. 88 à 90).

23) Dès réception d'une proposition spontanée, l'autorité adjudicatrice établit s'il serait dans l'intérêt public de donner suite au projet proposé. L'autorité adjudicatrice étudie la proposition dans des délais raisonnables. Le choix du titre donné à toute la documentation présentée appartient au candidat pendant toute la durée de la procédure. Si la proposition est rejetée, toute la documentation présentée est retournée à l'envoyeur. Aucune proposition n'est sollicitée pendant un certain nombre d'années après le rejet d'un projet sans inviter la société à l'origine de la proposition initiale (voir par. 91 et 92).

24) Si les autorités du pays hôte acceptent la proposition, l'autorité adjudicatrice engage un processus de négociation avec appel à la concurrence (sollicitation de propositions, par exemple), précédé par une phase de

présélection. La société à l'origine de la proposition initiale est invitée à participer à ce processus et peut bénéficier, à titre de récompense pour avoir soumis la proposition, d'une marge de préférence dans l'attribution des notes finales. Lorsqu'une telle marge de préférence est attribuée, toutes les entreprises invitées à présenter des propositions en sont informées de manière appropriée (voir par. 93).

Procès-verbal de la procédure de sélection

25) La loi doit exiger que l'autorité adjudicatrice dresse un procès-verbal approprié des principaux renseignements relatifs à la procédure de sélection (voir par. 94 à 99).

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS LEGISLATIVES

A. Observations générales

1. Le présent chapitre porte sur les méthodes et les procédures recommandées pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Sur les conseils d'organisations internationales telles que la Banque mondiale¹ et l'ONUDI², le *Guide* exprime une nette préférence pour l'emploi de procédures de sélection faisant appel à la concurrence plutôt que de négociations directes avec les consortiums de projet, ainsi qu'il est indiqué de façon plus détaillée aux paragraphes 15 à 17 ci-dessous.

2. Les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre ressemblent à certains égards à la procédure d'appel d'offres prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services³, adaptée en certains points pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé. La procédure qui y est définie est une procédure en deux étapes avec phase de présélection. Elle laisse une certaine marge aux négociations entre l'autorité adjudicatrice et les soumissionnaires dans certaines conditions clairement définies. La description des procédures recommandées pour la sélection du concessionnaire porte essentiellement sur les éléments qui sont propres aux projets d'infrastructure à financement privé ou qui s'appliquent particulièrement dans leur cas. Chaque fois que cela est nécessaire, le présent chapitre renvoie le lecteur aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI, qui peut *mutatis mutandis* compléter la procédure de sélection exposée dans le présent document.

B. Procédures de sélection visées par le Guide

3. L'investissement privé dans des projets d'infrastructure peut revêtir diverses formes qui exigent toutes des méthodes spéciales pour la sélection du concessionnaire. Pour l'étude des méthodes de sélection possibles pour les projets d'infrastructure visés dans le *Guide*, une distinction peut être établie entre trois classes principales d'investissements privés dans l'infrastructure :

a) *Achat d'entreprises de services publics*. Des capitaux privés peuvent être investis dans des ouvrages d'utilité publique par le biais de l'achat d'avoirs matériels ou d'actions dans des entreprises d'utilité publique. Ces transactions se font souvent conformément aux règles applicables à l'attribution de marchés pour la cession de biens appartenant à l'Etat. Les méthodes de cession comportent souvent des procédures faisant appel à la concurrence telles que ventes aux enchères ou invitations à soumissionner dans lesquelles les biens sont attribués au soumissionnaire le plus offrant.

b) *Exécution de services d'utilité publique sans développement des infrastructures*. Dans d'autres types de projets, les fournisseurs de services contrôlent et gèrent tout l'équipement nécessaire et sont parfois en concurrence

¹ Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 a).

² *Directives CET de l'ONUDI*, p. 96.

³ La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type de la CNUDCI") et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne qui l'accompagne, ont été adoptés par la Commission à sa vingt-septième session (New York, 31 mai - 17 juin 1994).

avec d'autres fournisseurs pour la prestation du service considéré. Certaines lois nationales prévoient des procédures spéciales en vertu desquelles l'Etat peut autoriser une entreprise privée à assurer des services publics au moyen de "licences" exclusives ou non exclusives. Ces licences peuvent être publiquement offertes aux parties intéressées qui répondent aux conditions prévues par la loi ou établies par l'autorité qui délivre les licences. Les procédures d'octroi de licences comportent parfois des ventes aux enchères aux parties intéressées admises à soumissionner.

c) *Construction et exploitation d'infrastructures d'utilité publique.* Dans les projets relatifs à la construction et à l'exploitation d'infrastructures d'utilité publique, une entreprise privée est invitée à fournir à la fois les travaux et les services au public. Les procédures applicables à l'attribution de ces marchés ressemblent à bien des égards à celles qui régissent la passation de marchés publics de travaux et de services. Les lois nationales prévoient diverses méthodes de passation des marchés publics qui vont de méthodes structurées faisant appel à la concurrence, comme la procédure d'appel d'offres, à des négociations moins structurées avec des fournisseurs éventuels.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection pouvant être utilisées pour les projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part de l'entreprise sélectionnée, de se charger de travaux matériels de construction, de réparation ou d'expansion dans le secteur d'infrastructure considéré en vue d'une exploitation privée par la suite (c'est-à-dire celle visée à l'alinéa 3 c) ci-dessus). Il ne porte pas précisément sur les méthodes de cession de biens de l'Etat à des fins de privatisation ou sur les procédures applicables à l'octroi de licences aux fournisseurs de services publics.

5. Il convient toutefois de noter que certains projets d'infrastructure peuvent comporter des éléments qui relèvent de plus d'une des catégories énumérées plus haut, fait que les pouvoirs publics souhaiteront peut-être prendre en considération lorsqu'ils choisiront la procédure de sélection. C'est ainsi par exemple que l'achat d'un service d'utilité publique privatisé (compagnie de distribution d'eau, par exemple) peut aller de pair avec l'obligation de procéder à des investissements importants dans de nouveaux ouvrages d'infrastructure (agrandissement du réseau de canalisations par exemple). Dans ce cas, il importe que les pouvoirs publics précisent quel est l'élément prédominant du projet (s'il s'agit par exemple d'une privatisation ou de la construction de nouveaux ouvrages) avant de choisir la procédure de sélection appropriée qu'ils souhaiteront peut-être alors adapter pour tenir compte des principales obligations accessoires que le concessionnaire est supposé assumer. A cette fin, certaines des considérations énoncées dans le présent chapitre peuvent aussi s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la cession de biens de l'Etat ou aux procédures d'octroi de licences pour l'exécution de travaux d'infrastructure.

C. Objectifs d'ensemble des procédures de sélection

6. Pour l'attribution de marchés relatifs à des projets d'infrastructure, les autorités du pays hôte peuvent appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation nationale ou définir des procédures spécialement adaptées à cette fin. Dans un cas comme dans l'autre, il importe de veiller à ce que ces procédures soient généralement de nature à permettre d'atteindre les principaux objectifs et règles applicables à l'attribution de marchés publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

1. Economie et efficacité

7. Lorsqu'il s'agit de projets d'infrastructure, le terme "économie" désigne la sélection d'un concessionnaire capable d'exécuter des travaux et d'offrir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et dans les conditions contractuelles les plus intéressantes. Pour cela, il faut avoir recours à des procédures propres à créer un climat propice à la participation d'entreprises compétentes au processus de sélection en les incitant à offrir les conditions les plus avantageuses.

8. Dans la plupart des cas, les conditions optimales d'économie sont obtenues au moyen de procédures qui favorisent la concurrence entre les consortiums de projet. La concurrence les encourage à offrir les conditions les plus

avantageuses et peut aussi les amener à adopter pour cela des techniques ou des méthodes de production rationnelles ou novatrices. En outre, la participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection peut souvent favoriser l'économie. La participation d'entreprises étrangères ne contribue pas seulement à élargir la base concurrentielle, mais peut aussi conduire l'autorité adjudicatrice et les autorités du pays hôte à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. La participation étrangère à la procédure de sélection est parfois indispensable en l'absence de qualifications locales du type exigé par l'autorité adjudicatrice. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère doit veiller à ce que les lois et les procédures applicables soient propices à une telle participation. Il convient toutefois de noter que la concurrence ne signifie pas nécessairement la participation d'un grand nombre de soumissionnaires à un processus de sélection donné. Pour les grands projets en particulier, l'autorité adjudicatrice peut avoir des raisons pour garder le nombre de participants dans des limites raisonnables (voir par. 19 et 20). A condition que les procédures appropriées existent, l'autorité adjudicatrice peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque la base compétitive est limitée.

9. Le terme "efficacité" désigne la sélection d'un concessionnaire dans un délai raisonnable, moyennant des formalités administratives minimales et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité adjudicatrice que pour les entreprises ou les fournisseurs qui participent à la procédure. A côté des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité adjudicatrice (lenteur du processus de sélection ou dépenses administratives élevées, par exemple), des procédures excessivement coûteuses et contraignantes risquent d'entraîner une majoration du coût total du projet, voire de dissuader des entreprises compétentes de simplement participer à la procédure de sélection.

2. Intégrité et fiabilité du processus de sélection

10. Un autre objectif important des règles applicables à la sélection des concessionnaires consiste à favoriser l'intégrité et la fiabilité du processus. C'est ainsi qu'un système approprié de sélection contient généralement des dispositions destinées à garantir un traitement équitable aux consortiums de projet, à réduire et à décourager l'usage abusif du processus de sélection, de manière accidentelle ou délibérée, par les personnes qui l'appliquent ou par les entreprises qui y participent, et à garantir que la sélection se fait de façon régulière.

11. En encourageant l'intégrité du processus de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent le processus et le secteur public en général. Les consortiums de projet hésitent souvent à consacrer beaucoup de temps et parfois à dépenser les sommes d'argent importantes qu'exige la participation à la procédure de sélection sans avoir la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent à une procédure de sélection dans laquelle ils n'ont pas confiance ont tendance à majorer le coût du projet afin de couvrir un surcroît de risques et le coût de leur participation. En veillant à ce que la procédure de sélection se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cet élément et aboutir à des conditions plus favorables pour l'autorité adjudicatrice.

3. Transparence des lois et procédures

12. La transparence des lois et des procédures qui régissent la sélection du concessionnaire permet d'atteindre divers objectifs d'ensemble qui ont déjà été mentionnés. Des lois transparentes sont celles dans lesquelles les règles et procédures qui seront appliquées par l'autorité adjudicatrice et les consortiums de projet sont entièrement divulguées, en particulier auxdits participants. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux participants de s'assurer que les procédures ont été suivies par l'autorité adjudicatrice qui les a prises comme base de décision.

13. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la responsabilité redditionnelle consiste à prévoir des dispositions en vertu desquelles l'autorité adjudicatrice est tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 95 à 99). Un procès-verbal résumant les principaux aspects de cette procédure facilite pour les consortiums de projet qui s'estiment lésés la possibilité d'exercer leur droit de recours. Cela contribue à son tour à

garantir que les règles applicables à la procédure de sélection sont, dans la mesure du possible, soumises à une discipline interne et que leur application est automatique. En outre, si la loi exige un procès-verbal approprié, cela facilite l'action des organes de l'Etat qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et encourage la responsabilité redditionnelle des autorités adjudicatrices à l'égard du grand public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI contient une prescription générale de consignation de la procédure de passation des marchés.

14. Des lois et des procédures transparentes débouchent sur la prévisibilité, ce qui permet aux consortiums de projet de calculer les coûts et les risques de leur participation à la procédure de sélection et d'offrir ainsi les conditions les plus avantageuses. Cela permet aussi de se prémunir contre des actions ou des décisions arbitraires ou irrégulières de la part de l'autorité adjudicatrice ou de ses fonctionnaires, encourageant ainsi la confiance dans le processus. La transparence des lois et des procédures revêt une importance particulière lorsqu'une participation étrangère est recherchée, étant donné que les compagnies étrangères pourraient mal connaître les pratiques nationales pour l'attribution de projets d'infrastructure.

D. Méthode de sélection appropriée

15. En règle générale, les méthodes qui encouragent la concurrence parmi une gamme d'entrepreneurs et de fournisseurs conformément à des procédures officielles structurées sont les meilleurs garants des principes d'économie et d'efficacité dans l'attribution des marchés. Les procédures de sélection qui font appel à la concurrence, comme par exemple l'adjudication, sont généralement régies par les lois nationales comme étant la règle dans les conditions normales pour la passation des marchés de biens ou de travaux.

16. Dans le processus de sélection avec appel à la concurrence, l'autorité adjudicatrice invite généralement toute une gamme de sociétés à présenter des propositions qui doivent être formulées sur la base des spécifications techniques et des clauses contractuelles indiquées dans la documentation qu'elle a mise à la disposition des soumissionnaires. Les propositions sont examinées, évaluées et comparées et la décision quant à la proposition à retenir est prise conformément aux critères et procédures essentiellement objectifs qui sont énoncés dans les lois sur la passation des marchés et dans le dossier d'appel d'offres. Les procédures de sélection avec appel à la concurrence sont déclarées "ouvertes" lorsque l'autorité adjudicatrice sollicite des propositions au moyen d'une invitation d'appel d'offres largement diffusée à l'intention de toutes les entreprises qui souhaitent participer à la procédure. Les procédures sont dites "restreintes" lorsque l'autorité adjudicatrice ne sollicite de propositions que de certaines sociétés qu'elle a sélectionnées.

17. Les procédures officielles ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec appel à la concurrence créent en général les conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est ainsi que les règles pour la passation de marchés dans le cadre de prêts accordés par la Banque mondiale exigent que, pour les projets financés par des prêts de la Banque mondiale, le concessionnaire soit choisi conformément à des procédures avec appel à la concurrence jugées acceptables par la Banque mondiale ("appels d'offres internationaux", par exemple)⁴. L'application de procédures de sélection faisant appel à la concurrence pour des projets d'infrastructure à financement privé a également été recommandée par l'ONUDI, qui a formulé des

⁴ En vertu du Règlement de la Banque mondiale, un concessionnaire sélectionné conformément à des procédures jugées acceptables par la Banque mondiale est généralement libre d'adopter ses propres procédures pour l'attribution des contrats nécessaires pour l'exécution du projet. Toutefois, lorsque le concessionnaire n'a pas été sélectionné conformément à ces procédures faisant appel à la concurrence, l'attribution de sous-traitants doit se faire conformément à des procédures avec appel à la concurrence jugées acceptables par la Banque mondiale (Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3. 13 a)).

directives pratiques détaillées sur la manière d'organiser ces procédures⁵. Aucun modèle législatif international n'a toutefois été spécifiquement mis au point jusqu'ici pour les procédures de sélection avec appel à la concurrence dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé.

18. Les dispositions législatives nationales sur les procédures avec appel à la concurrence pour la passation de marchés publics de biens, de travaux ou de services risquent de ne pas être entièrement appropriées pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'expérience internationale en matière d'attribution de projets d'infrastructure à financement privé fait apparaître certaines insuffisances dans les formes traditionnelles de procédures de sélection avec appel à la concurrence comme la procédure d'appel d'offres. Compte tenu des problèmes particuliers que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé qui sont brièvement étudiés ci-après, il conviendrait que les autorités du pays hôte envisagent d'adapter ces procédures à la sélection du concessionnaire.

1. Gamme des soumissionnaires à inviter

19. Selon la procédure traditionnelle de passation des marchés publics, une place de premier plan est souvent accordée à l'objectif d'économie en autorisant une concurrence aussi large que possible entre les entrepreneurs et les fournisseurs. Les invitations à soumissionner sont parfois diffusées directement, sans procédure préalable de présélection. Lorsqu'une présélection est exigée, elle se limite parfois à vérifier un certain nombre de prescriptions de forme (qualifications professionnelles ou capacité juridique des entrepreneurs, par exemple).

20. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite généralement à son tour des procédures complexes, longues et coûteuses. En outre, l'ampleur même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de consortiums de projet convenablement qualifiés. En outre, les consortiums de projet qui ont les compétences voulues pourraient hésiter à participer à une procédure de passation des marchés pour des projets importants si la concurrence est trop vaste et s'ils courent le risque d'avoir à entrer en concurrence avec des propositions peu réalistes présentées par des candidats qui ne remplissent pas les conditions requises. En conséquence, les appels d'offres ouverts qui ne s'accompagnent pas d'une phase de présélection ne sont généralement pas à recommander pour l'attribution de projets d'infrastructure.

2. Importance des prescriptions de résultats

21. Dans la passation traditionnelle de marchés publics de travaux, l'Etat joue généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur choisi joue le rôle d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation des marchés appliquées par les pouvoirs publics mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur, autrement dit l'autorité adjudicatrice définit clairement les ouvrages à construire, la manière de les construire et les méthodes à utiliser. Les invitations à présenter une offre pour des travaux de construction s'accompagnent donc souvent de spécifications très détaillées quant à la nature des travaux et des services demandés. Dans ce cas, l'Etat a pour tâche de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'ouvrage d'infrastructure à construire et à ce que cet ouvrage puisse être exploité de manière efficace. Dans certains projets d'infrastructure à financement privé, en particulier ceux qui portent sur des travaux moyennement complexes ou dans lesquels l'infrastructure appartient à l'Etat ou doit finalement être placée sous son contrôle, celui-ci souhaite habituellement élaborer des spécifications précises pour les travaux à exécuter ou pour les aspects techniques des services à fournir (contribution attendue du concessionnaire, par exemple).

22. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé toutefois, les autorités du pays hôte peuvent envisager une manière différente de répartir les responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. L'une des

⁵ Directives CET de l'ONUDI, p. 96.

raisons fondamentales pour lesquelles certains Etats encouragent la participation du secteur privé au développement des infrastructures tient au fait qu'ils souhaitent se libérer de la responsabilité immédiate des fonctions qui peuvent être efficacement assumées par le secteur privé. Au lieu de prendre en charge la responsabilité directe de la gestion du projet, ces Etats pourraient préférer transférer cette responsabilité au concessionnaire. Dans ce cas, après avoir défini un besoin déterminé en matière d'infrastructure, l'Etat pourrait décider de laisser au secteur privé le soin de trouver le meilleur moyen de satisfaire ce besoin. La procédure de sélection utilisée par les autorités du pays hôte pourrait ainsi mettre plus largement l'accent sur les résultats attendus du projet (services ou biens à fournir, par exemple) que sur les aspects techniques des travaux à exécuter ou les moyens à utiliser pour fournir les services demandés. Bien que les autorités du pays hôte demeurent en dernière analyse comptables de la qualité des travaux et des services, c'est le secteur privé qui assume les risques que pourrait entraîner, par exemple, l'insuffisance des solutions techniques utilisées (voir par. 47 à 49).

3. Critères d'évaluation

23. Les pouvoirs publics financent généralement l'achat de biens, de travaux et de services au moyen de fonds dont ils disposent dans le cadre des crédits budgétaires qui ont été approuvés. Disposant de sources de financement habituellement sûres, l'entité adjudicatrice a pour principal objectif de tirer le meilleur parti possible des fonds qu'elle dépense. Par conséquent, dans ce type de marché, le facteur décisif pour choisir entre les offres conformes et techniquement acceptables est souvent le prix global proposé pour les travaux, qui est calculé en fonction du coût des travaux et d'autres coûts à la charge de l'entrepreneur majorés d'une certaine marge de bénéfice.

24. Les projets d'infrastructure à financement privé sont, à leur tour, généralement supposés être financièrement viables dans la mesure où les coûts d'expansion et d'exploitation doivent être remboursés au moyen des recettes d'exploitation du projet. Ce fait, allié à l'importance de la plupart des projets d'infrastructure, rend l'évaluation des propositions beaucoup plus complexe que ce n'est le cas dans les formes traditionnelles de passation des marchés. En conséquence, un certain nombre d'autres facteurs doivent être pris en considération à côté du coût de construction et d'exploitation et du prix à la charge des usagers. C'est ainsi par exemple que l'autorité adjudicatrice doit envisager avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, la validité des dispositions financières proposées par les consortiums de projet et la fiabilité des solutions techniques utilisées. Cela s'applique même en l'absence de garanties ou de paiements du gouvernement, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou dont le coût de maintenance est plus élevé que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique dans le pays hôte. En outre, compte tenu de la durée généralement longue des concessions d'infrastructure, l'autorité adjudicatrice a besoin de s'assurer de la viabilité et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase opérationnelle et doit évaluer avec soin les composantes services des propositions (voir par. 72 à 74).

4. Négociations avec les soumissionnaires

25. Les lois et les règlements qui régissent la procédure d'appel d'offres interdisent souvent toute négociation entre l'autorité adjudicatrice et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure aussi à l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI, tient au fait que les négociations pourraient aboutir à des "enchères", dans lesquelles une proposition faite par un entrepreneur servirait à faire pression sur un autre entrepreneur pour l'amener à offrir un prix inférieur ou une proposition plus avantageuse à d'autres égards. Par suite de cette interdiction absolue, les entrepreneurs choisis pour fournir des biens ou des services conformément à la procédure traditionnelle de passation des marchés sont généralement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de la procédure de passation des marchés. Compte tenu toutefois de la complexité des projets d'infrastructure, il est peu probable que les parties puissent s'entendre sur les conditions d'un projet d'accord sans procéder à des négociations et des ajustements pour en adapter les clauses aux besoins particuliers du projet. Il peut donc être utile de prévoir une marge de négociation entre l'autorité adjudicatrice et le consortium de projet qui a été sélectionné (voir par. 78 et 79).

E. Préparatifs pour la procédure de sélection

26. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé est dans la plupart des cas une opération complexe qui exige d'être planifiée et coordonnée avec soin par les bureaux intéressés. En s'assurant que des structures administratives et des effectifs suffisants sont disponibles pour procéder à la procédure de sélection qu'elles ont retenue, les autorités du gouvernement hôte contribuent de façon décisive à inspirer la confiance dans le processus de sélection.

1. Désignation des membres du comité adjudicateur

27. Une mesure préparatoire importante concerne la nomination des membres du comité qui est chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation d'adjudication à l'autorité adjudicatrice. La nomination au comité de sélection de personnes qualifiées et impartiales n'est pas seulement indispensable pour procéder à une évaluation efficace des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance que les consortiums de projet accordent au processus de sélection.

2. Etude de faisabilité et autres

28. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir "Introduction et renseignements de base concernant les projets d'infrastructure à financement privé", par. 94), l'une des mesures initiales prises par les autorités du pays hôte au sujet d'un projet d'infrastructure envisagé consiste à procéder à une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris des aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus du projet, le coût estimatif et le revenu potentiel attendu de l'exploitation de l'ouvrage d'infrastructure. La possibilité de développer une infrastructure au moyen d'un projet à financement privé exige que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives.

29. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection du concessionnaire éventuel, il est souhaitable que l'autorité adjudicatrice examine et, le cas échéant, développe ces études initiales. Dans certains pays, il est conseillé aux autorités adjudicatrices d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets types comportent généralement à la fois une estimation des investissements de capitaux, des coûts d'exploitation et des frais de maintenance) avant d'inviter le secteur privé à présenter des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure dès que le projet est acceptable sur le plan du coût global d'investissement et du coût pour le public. Ils mettent aussi à la disposition de l'autorité adjudicatrice un instrument utile pour comparer et évaluer les propositions. La confiance des consortiums de projet sera renforcée s'ils ont la preuve que les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout autant que le rôle envisagé pour le secteur privé, ont été examinés avec soin par les autorités du pays hôte.

3. Préparation de la documentation

30. La procédure de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé exige généralement la préparation par l'autorité adjudicatrice d'une documentation abondante, qui comprend notamment le descriptif du projet, la documentation de présélection, la sollicitation de propositions, les instructions pour la préparation des propositions et un projet d'accord. La qualité et la clarté de la documentation diffusée par l'autorité adjudicatrice contribuent de manière décisive à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection. L'autorité adjudicatrice pourrait avoir besoin, à ce stade précoce, d'utiliser les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à définir les critères appropriés de qualification et d'évaluation, à arrêter la définition des extrants (et, au besoin, des intrants) et à préparer la documentation destinée aux consortiums de projet.

31. Dans de nombreux pays, il est d'usage que les pouvoirs publics mettent au point des formulaires types et les conditions générales des contrats utilisés pour les marchés publics. Dans certains pays, il existe parfois des contrats

types assez détaillés pour différents secteurs d'infrastructure. Lorsque des formulaires de contrats types sont mis à la disposition des consortiums de projet lors de la procédure de sélection, l'autorité adjudicatrice peut jouir d'une liberté d'action limitée pour négocier les clauses du projet d'accord avec le groupe des consortiums de projet sélectionnés. Des clauses de contrats types sont parfois utiles pour accélérer la conclusion du projet d'accord en limitant les questions sur lesquelles les parties doivent élaborer des dispositions contractuelles. Elles peuvent aussi contribuer à garantir que les questions communes à la plupart des projets dans un secteur donné soient réglées de façon uniforme.

32. Toutefois, lorsque des clauses de contrats types sont utilisées, il est recommandé de tenir compte de la possibilité qu'un projet particulier soulève des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou que le projet appelle des solutions particulières qui pourraient s'écarter des clauses types. La nécessité d'arriver à un équilibre approprié entre le degré d'uniformité souhaité pour les accords de projet d'un type particulier et la souplesse que pourrait exiger la recherche de solutions adaptées au projet mérite d'être analysée avec soin.

F. Présélection des consortiums de projet

33. Dans la plupart des projets d'infrastructure à financement privé, les autorités du pays hôte pourraient souhaiter réduire le nombre de propositions à soumettre à l'autorité adjudicatrice. Ce résultat peut être atteint au moyen d'une procédure rigoureuse destinée à limiter le nombre des soumissionnaires qui pourraient ultérieurement être invités à soumettre des propositions. En outre, la procédure de présélection pour les projets d'infrastructure à financement privé peut comporter des éléments d'évaluation et de sélection, en particulier lorsque l'autorité adjudicatrice classe par ordre de préférence les consortiums de projet présélectionnés. La présélection des consortiums de projet diffère donc en cela des procédures de présélection traditionnelles, telles que celles qui sont utilisées pour l'achat de biens ou de services, dans lesquelles tous les candidats qui remplissent les critères de présélection sont automatiquement admis à participer à la phase d'appel d'offres.

1. Invitation à participer à la procédure de présélection

34. Afin d'encourager la transparence et la concurrence, il est recommandé que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit publiée de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une concurrence effective. Dans de nombreux pays, la loi spécifie dans quelles publications, généralement le journal officiel ou toute autre publication officielle, l'invitation à la présélection doit être diffusée. Compte tenu de l'objectif de la Loi type de la CNUDCI qui consiste à encourager la participation à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité et à promouvoir la concurrence, l'article 24 2) exige que la publication des invitations à participer à la présélection se fasse dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

35. La documentation de présélection contient suffisamment de renseignements à l'intention des consortiums de projet pour leur permettre de déterminer si les travaux et services visés par le projet correspondent à ceux qu'ils sont en mesure de fournir et, dans l'affirmative, la manière dont ils pourraient participer à la procédure de sélection. A côté des éléments qui doivent généralement figurer dans les documents de présélection conformément aux règles générales sur la passation des marchés publics (par exemple celles visées aux articles 7 3) i), iii), iv) et v) ; 25 1) a) et d), enfin 25 2) a) à d) de la Loi type de la CNUDCI), l'invitation à participer à la procédure de présélection doit préciser quelle est l'infrastructure à mettre en place ou à rénover et fournir des renseignements sur les autres éléments fondamentaux du projet, y compris les services que devra fournir le concessionnaire, les dispositions financières envisagées par l'autorité adjudicatrice (en indiquant par exemple si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être libérés sous forme de paiements directs,

de prêts ou de garanties) et, lorsque ces éléments sont connus, un aperçu des principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection.

2. Critères de présélection

36. En règle générale, les consortiums de projet sont tenus de fournir la preuve qu'ils possèdent les qualifications professionnelles et techniques, les ressources financières et humaines, l'équipement et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité et l'expérience nécessaires pour mener à bien le projet (voir l'article 6 1) b) et i) de la Loi type de la CNUDCI). Les exigences en matière de qualifications doivent porter sur toutes les étapes d'un projet d'infrastructure, y compris au besoin, sur la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance.

37. Il est souhaitable d'éviter d'alourdir la loi avec trop de détails sur les qualifications demandées en laissant de préférence aux règlements ou à l'autorité adjudicatrice le soin de spécifier la nature des renseignements que doivent fournir les consortiums de projet, par exemple indicateurs de qualité des résultats qu'ils ont déjà obtenus en tant que prestataires de services publics ou exploitants d'ouvrages d'infrastructure. Il pourrait s'agir des renseignements ci-après : ampleur et nature de projets antérieurs réalisés par les consortiums de projet, degré d'expérience du personnel clé qui s'occupera du projet, capacités techniques suffisantes, et notamment matériel indispensable requis pour la construction, l'exploitation et l'entretien. Les règlements peuvent énoncer de façon assez détaillée la manière dont les consortiums de projet doivent fournir la preuve qu'ils sont en mesure d'assumer les aspects financiers ainsi que les phases de conception, de construction et d'exploitation du projet. L'autorité adjudicatrice peut à ce stade fixer une prise de participation minimale en pourcentage et exiger que les consortiums de projet fassent part des dispositions financières qu'ils envisagent de prendre.

38. Compte tenu de l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection par le truchement de consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium concernent à la fois le consortium dans son ensemble et ses différents éléments. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité adjudicatrice, il peut être utile de spécifier dans la documentation de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité adjudicatrice. Il est également souhaitable que cette dernière étudie avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il se peut qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium pour soumettre des propositions pour un même projet. Cela ne doit pas être autorisé en raison des risques de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, ce qui porterait atteinte à la crédibilité de la procédure de sélection. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que la même société n'est pas autorisée à faire partie de plus d'un consortium pour participer à une procédure de sélection, que ce soit directement ou par le biais de sociétés subsidiaires. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification des consortiums qui la commettent.

3. Préférences nationales

39. Les lois de certains pays prévoient une forme de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux candidats qui s'engagent à utiliser des biens nationaux ou à employer de la main-d'oeuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial revêt parfois la forme d'une exigence effective (par exemple pourcentage minimal de participation nationale dans le consortium) ou de condition préalable à la participation à la procédure de sélection (nomination par exemple d'un partenaire local à la tête du consortium de projet).

40. Face à de telles préférences, il importe de comparer les avantages attendus à l'inconvénient d'ôter à l'autorité adjudicatrice la possibilité d'obtenir de meilleures options pour répondre aux besoins nationaux d'infrastructure. Il importe également de ne pas permettre que toute concurrence étrangère soit écartée afin de ne pas perpétuer dans

les secteurs visés de l'industrie nationale de faibles niveaux d'économie, d'efficacité et de compétitivité. C'est la raison pour laquelle de nombreux pays qui souhaitent donner des encouragements aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale, n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Des préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les candidats nationaux ou les candidats qui s'engagent à obtenir des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue à l'article 34 4) d) de la Loi type de la CNUDCI, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation de caractère subjectif. En outre, cette marge permet à l'autorité adjudicatrice de donner la préférence à des consortiums de projet locaux qui sont en mesure d'offrir des normes et des prix comparables à ceux offerts sur le marché compétitif international, et à le faire sans simplement exclure la concurrence étrangère. Lorsque des préférences nationales sont envisagées, il est recommandé d'en faire état à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

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

41. Dans certains pays, la documentation de présélection peut être d'un prix élevé alors que dans d'autres pays, ce prix peut ne représenter que le coût de l'impression de la documentation de présélection et de sa diffusion aux intéressés. Une documentation de présélection coûteuse peut être utilisée comme moyen supplémentaire de limiter le nombre des entreprises concurrentes. Parallèlement, toutefois, cela majore encore le coût déjà énorme de la participation à la procédure de présélection. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des ouvrages d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'obtention d'un marché peuvent dissuader certaines sociétés de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures de sélection appliquées dans le pays hôte.

42. Certains pays autorisent donc l'autorité adjudicatrice à envisager des dispositions pour indemniser les candidats présélectionnés lorsqu'il n'est pas donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux frais assumés par eux après la phase de présélection, lorsque cela est justifié en raison de la complexité du projet ou de la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence. Il est recommandé que cette participation ou indemnisation, lorsqu'elle est autorisée, soit annoncée sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. Procédure de présélection

43. L'autorité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un consortium de projet dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'autorité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre aux consortiums de projet de soumettre à temps leur demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres consortiums de projet est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les consortiums de projet auxquels l'autorité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection (voir l'article 7 4) de la Loi type de la CNUDCI).

44. Les mêmes prescriptions en matière de qualifications doivent être appliquées à tous les consortiums de projet. Une autorité adjudicatrice n'applique, concernant les qualifications des consortiums de projet, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus dans la documentation de présélection (voir l'article 6 3) de la Loi type de la CNUDCI). Lors de l'examen des qualifications professionnelles et techniques des consortiums de projet, l'autorité adjudicatrice prend en considération les différentes spécialisations des membres du consortium et évalue si les qualifications d'ensemble des membres du consortium sont à la hauteur des besoins de toutes les phases du projet.

45. Dans certains pays, les autorités adjudicatrices sont encouragées à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible de nature à garantir une concurrence véritable (trois ou quatre par exemple). A cette fin,

ces pays appliquent un système de notation quantitative aux critères techniques, financiers et de gestion en fonction de la nature du projet. Lorsqu'un tel système de notation doit être utilisé, cela est clairement indiqué dans la documentation de présélection.

46. A l'issue de la phase de présélection, l'autorité adjudicatrice dresse généralement une liste restreinte des consortiums de projet présélectionnés qui seront par la suite invités à soumettre des propositions. Les autorités adjudicatrices se heurtent parfois à une difficulté d'ordre pratique lorsque des modifications à la composition du consortium de projet sont proposées pendant la procédure de présélection. Du point de vue de l'autorité adjudicatrice, il est en général recommandé de faire preuve de prudence lorsque le remplacement de différents membres des consortiums de projet est proposé après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent de modifier sensiblement la base sur laquelle les consortiums de projet présélectionnés ont été retenus par l'autorité adjudicatrice, et peuvent amener à se poser des questions sur l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les consortiums de projet présélectionnés sont autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si l'autorité adjudicatrice peut s'assurer qu'un nouveau membre du consortium répond pour l'essentiel aux critères de présélection dans la même mesure que le membre du consortium dont il a pris la place.

G. Procédures de sollicitation de propositions

1. Phases de la procédure

47. Après la présélection des consortiums de projet, il est conseillé que l'autorité adjudicatrice revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière d'extrants et de résultats afin d'envisager si une révision de ces prescriptions s'impose à la lumière des renseignements obtenus au cours de la procédure de présélection. A ce stade, l'autorité adjudicatrice a déjà établi si les consortiums de projet seront invités à formuler des propositions sur la base de spécifications d'intrants ou d'extrants et si d'autres spécifications seront envisagées. Si l'on décide qu'il serait à la fois conseillé et souhaitable que l'autorité adjudicatrice formule des spécifications suffisamment précises ou définitives (fondées sur les intrants ou les extrants attendus), les pouvoirs publics peuvent souhaiter structurer le processus de sélection sous forme de procédure de sélection à un seul niveau et procéder à la diffusion d'une sollicitation finale de propositions (voir par. 53 à 79).

48. Dans certains cas toutefois, l'autorité adjudicatrice peut ne pas avoir la possibilité de formuler des exigences sous forme de spécifications suffisamment détaillées et précises ou de clauses contractuelles qui permettent de formuler, d'évaluer et de comparer uniformément ces propositions sur la base de ces spécifications et de ces clauses. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas fixé la nature des intrants techniques et matériels adaptés au projet en question (type de matériaux de construction à utiliser pour un pont, par exemple) ou la manière exacte de faire face à un besoin particulier et qu'elle recherche donc des propositions quant aux diverses solutions possibles pour obtenir le résultat escompté (nature du paiement et système de contrôle de la circulation pour une route à péage, par exemple).

49. Dans ce cas, on pourrait juger peu souhaitable, s'il s'agit d'obtenir la valeur optimale, que l'autorité adjudicatrice se fonde sur les spécifications qu'elle a fixées en l'absence de discussions ou de négociations avec les consortiums de projet quant aux possibilités exactes et aux variantes éventuelles de ce qui est offert. A cette fin, les autorités du pays hôte souhaiteront peut-être diviser la procédure de sélection en deux étapes et laisser une certaine souplesse aux discussions et aux négociations avec les consortiums de projet. La première étape de cette procédure fournit à l'autorité adjudicatrice l'occasion de solliciter diverses propositions sur la base des caractéristiques techniques, qualitatives ou autres du projet ainsi que des clauses contractuelles. A l'issue de la première étape, l'autorité adjudicatrice finalise les spécifications et, sur cette base, sollicite des consortiums de projet des propositions définitives au cours de la deuxième étape.

2. Sollicitation initiale de propositions

50. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes, la sollicitation initiale de propositions invite généralement les consortiums de projet à soumettre des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles.

51. L'autorité adjudicatrice peut alors organiser une réunion des soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la sollicitation de propositions et la documentation qui l'accompagne. L'autorité adjudicatrice peut, au cours de la première étape, procéder à des négociations avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. L'autorité adjudicatrice fait en sorte que la teneur des propositions ne soit pas divulguée aux consortiums concurrents. Les négociations doivent être confidentielles et toute partie à ces négociations ne doit révéler à quiconque des renseignements techniques, financiers ou autres qui ont trait aux négociations sans le consentement de l'autre partie.

52. A l'issue de ces négociations, l'autorité adjudicatrice examine et, au besoin, révisé les spécifications initiales. Lorsqu'elle formule ces spécifications révisées, l'autorité adjudicatrice est autorisée à supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives du projet initialement énumérées dans la sollicitation de

propositions ainsi que tout critère initialement énoncé dans la documentation pour évaluer et comparer les propositions. Toute suppression, modification ou adjonction ainsi décidée doit être communiquée aux consortiums de projet dans l'invitation à soumettre des propositions définitives qui leur est adressée. Les consortiums de projet qui ne souhaitent pas présenter une proposition définitive ont la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à toute garantie de soumission qu'ils ont pu être invités à fournir.

3. Sollicitation définitive de propositions

53. Au stade final, l'autorité adjudicatrice invite les candidats à soumettre des propositions définitives sur la base des spécifications et des clauses contractuelles révisées.

a) Teneur de la sollicitation de propositions

54. Il peut être souhaitable que les textes législatifs ou réglementaires applicables à la procédure de sélection contiennent une liste des renseignements à faire figurer dans la sollicitation de propositions. Il est utile d'indiquer dans ces lois ou réglementations quelles sont ces prescriptions afin de garantir que la sollicitation de propositions comprend les renseignements de base nécessaires pour permettre aux consortiums de projet de soumettre des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité adjudicatrice et que celle-ci puisse les comparer de manière objective et équitable. Les renseignements à faire figurer dans le dossier de sollicitation pour la passation de marchés de biens et de travaux et dans la sollicitation de propositions de services sont énumérés aux articles 27 et 38 respectivement de la Loi type de la CNUDCI.

55. L'une des catégories de renseignements à faire figurer dans la sollicitation de propositions concerne les instructions pour l'établissement et la soumission de propositions (voir article 27 a) de la Loi type de la CNUDCI). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de limiter la possibilité que des consortiums de projet sélectionnés se trouvent désavantagés, voire rejetés, faute de savoir exactement comment élaborer leurs propositions. Les instructions pour l'établissement des propositions portent généralement, selon qu'il convient, sur des questions telles que la manière ainsi que la ou les monnaies à utiliser pour formuler et exprimer les prix dont traite la proposition (barème envisagé pour les péages, redevances, prix unitaires et autres charges, par exemple) (voir les articles 27 i) et j) et 38 j) et k) de la Loi type de la CNUDCI).

56. La sollicitation de propositions contient une description des travaux et des services à fournir, y compris, selon le cas, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles ; l'emplacement des travaux à exécuter et des services à fournir, le calendrier pour l'exécution des travaux et la prestation des services (voir articles 27 d) et 38 g) de la Loi type de la CNUDCI). Si des variantes sont proposées, notamment en ce qui concerne les éléments non obligatoires de la sollicitation de propositions, l'autorité adjudicatrice indique la manière dont elles seront comparées et évaluées. Les variantes sont rejetées si elles ne sont pas accompagnées d'une proposition totalement conforme.

57. Le degré de précision des spécifications, de même que l'équilibre voulu entre les intrants et les extrants, seront influencés par des considérations de principe telles que la nature et le régime de propriété de l'infrastructure et la répartition des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Pour la construction de nouveaux ouvrages qui deviendront la propriété permanente des pouvoirs publics et qui sont destinés à être généralement ouverts au public (routes, tunnels, ponts, par exemple), l'Etat peut souhaiter exercer un plus large degré de contrôle sur la conception et les spécifications techniques que lorsqu'il s'agit d'installations appartenant à des intérêts privés, généralement fermées au public et dont l'accès est limité au concessionnaire (centrale électrique privée, par exemple). Il est généralement conseillé que l'autorité adjudicatrice tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir des renseignements suffisants pour choisir le consortium de projet offrant les services de la plus haute qualité aux conditions les plus économiques. Dans certains pays, les autorités adjudicatrices ont été encouragées à formuler des spécifications pour les services d'une manière qui

définisse suffisamment clairement les extrants et les résultats attendus sans être trop restrictives quant à la manière d'y parvenir.

58. Dans la mesure où les clauses contractuelles sont déjà connues de l'autorité adjudicatrice, elles doivent figurer dans la sollicitation de propositions, éventuellement sous la forme d'un projet d'accord de projet. La disponibilité de ces renseignements à un stade aussi précoce que possible facilite pour les consortiums de projet la tâche qui consiste à établir la viabilité financière du projet en accord avec les bailleurs de fonds et de capitaux éventuels. Afin de définir clairement la portée des négociations à l'issue de l'évaluation des propositions, la sollicitation finale de propositions doit indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui ne sont pas sujettes à négociation. L'inclusion d'une prescription en vertu de laquelle les propositions définitives présentées par les consortiums de projet doivent fournir la preuve que les bailleurs de fonds privilégiés du consortium de projet sont satisfaits des conditions commerciales et de l'affectation de risques envisagée, telles que définies dans la sollicitation de propositions, pourrait contribuer utilement à résister aux demandes de renégociation des clauses commerciales au stade des négociations finales (voir par. 78). Dans certains pays, les consortiums de projet sont tenus de parapher et de renvoyer à l'autorité adjudicatrice le projet d'accord de projet en même temps que leurs propositions finales pour confirmer qu'ils acceptent toutes les clauses au sujet desquelles ils n'ont pas spécifiquement fait de propositions d'amendement.

59. A côté des questions énumérées plus haut, un certain nombre d'autres questions peuvent présenter un intérêt particulier pour les projets d'infrastructure. Pour les projets construction-exploitation-transfert par exemple, il est conseillé d'inclure des renseignements sur l'actif et les biens qui seront transférés aux autorités du pays hôte à la fin de la concession. Lorsque les autorités du pays hôte choisissent un nouveau concessionnaire pour exploiter une infrastructure existante, la sollicitation de propositions doit aussi comporter une description de l'actif et des biens qui seront mis à la disposition du concessionnaire. Il est aussi souhaitable d'indiquer dans la sollicitation de propositions les autres sources de recettes supplémentaires ou auxiliaires possibles (concession pour l'exploitation de l'infrastructure existante, par exemple), le cas échéant, qui pourraient être mises à la disposition de l'auteur de la proposition retenue.

60. D'autres aspects importants de la sollicitation de propositions concernent en particulier la manière dont les propositions seront évaluées ; leur diffusion est en effet indispensable pour garantir la transparence et l'équité de la procédure de sélection. Il est particulièrement important de connaître les critères qu'appliquera l'autorité adjudicatrice pour décider de la proposition à retenir, et notamment toute marge de préférence et tous critères autres que les critères de prix, ainsi que le poids relatif de ces critères (voir les articles 27 b) et 38 m) de la Loi type de la CNUDCI).

61. D'autres renseignements pertinents concernent le mode, le lieu et la date limite de soumission des propositions (voir les articles 27 n) et 38 c) de la Loi type de la CNUDCI), les modalités selon lesquelles les consortiums de projet peuvent demander des éclaircissements au sujet de la sollicitation de propositions et une mention indiquant si l'autorité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion des consortiums de projet (voir les articles 27 o) et 38 q) de la Loi type de la CNUDCI), la période de validité des propositions (voir l'article 27 o) de la Loi type de la CNUDCI), le lieu, la date et l'heure d'ouverture des propositions, enfin les procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des propositions (voir l'article 27 q) et r) de la Loi type de la CNUDCI).

62. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité adjudicatrice concerne les rapports entre l'attribution d'un projet déterminé et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur correspondant (voir le chapitre II, "Structure et réglementation du secteur"). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les autorités du pays hôte peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur en question ne soit pas sous la domination d'une entreprise (par exemple la même société ne doit pas exploiter plus d'un nombre limité de sociétés locales de téléphone dans les limites d'un territoire donné). Les autorités d'un pays hôte peuvent ainsi souhaiter avoir la possibilité de rejeter une proposition déterminée si elles établissent que l'attribution du projet au consortium qui

soumet la proposition pourrait permettre à une entreprise donnée de dominer le marché en question ou de fausser par tout autre moyen la concurrence dans ce secteur. A des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoit que, lorsque l'autorité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons énumérées ou pour des raisons analogues, ce fait soit indiqué de manière appropriée dans la sollicitation de propositions.

63. Lorsque l'autorité adjudicatrice se réserve en outre le droit de rejeter toutes les propositions sans pour autant engager sa responsabilité à l'égard de leurs auteurs en matière d'indemnisation des frais afférents à l'établissement et à la soumission des propositions, par exemple, cela doit être mentionné dans la sollicitation de propositions (voir les articles 27 x) et 38 d) de la Loi type de la CNUDCI).

b) Eclaircissements et modifications

64. Il convient de définir les procédures qui seront appliquées pour préciser et modifier la sollicitation de propositions d'une manière propre à favoriser une procédure de sélection efficace, équitable et qui puisse aboutir. Il importe que l'autorité adjudicatrice ait le droit de modifier la sollicitation de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est aussi souhaitable de donner à l'autorité adjudicatrice la faculté de modifier la sollicitation de propositions, que ce soit de sa propre initiative ou à la suite d'une demande d'éclaircissements présentée par un consortium de projet, en publiant un additif à un moment quelconque avant l'échéance fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque la sollicitation de propositions est profondément modifiée, l'échéance pour la soumission des propositions devra peut-être être repoussée.

65. En règle générale, les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités, et les modifications doivent être communiqués sans tarder par l'autorité adjudicatrice à tous les consortiums de projet auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions (voir l'article 28 1) de la Loi type de la CNUDCI). Si l'autorité adjudicatrice décide de convoquer une réunion des consortiums de projet, elle doit dresser un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements qui ont été présentées à cette occasion au sujet de la sollicitation de propositions, les réponses qu'elle a fournies, mais sans préciser l'origine des demandes d'éclaircissements, et en communiquer le texte aux consortiums de projet.

4. Teneur et soumission des propositions finales

66. Compte tenu de la complexité des projets d'infrastructure à financement privé et de la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution du marché, les consortiums de projet sont souvent obligés de formuler et de soumettre séparément leurs propositions techniques et financières. Les propositions techniques soumises par les consortiums de projet doivent comporter les éléments ci-après : spécifications et calendrier des travaux, études de faisabilité et autres, description des services à fournir et des normes de qualité applicables, enfin description des services et des normes de maintenance.

67. Les propositions financières doivent comporter les éléments ci-après : structure proposée pour les tarifs ou les prix, durée envisagée pour la concession, lorsque cela n'est pas indiqué dans la sollicitation de propositions, niveau de l'appui financier de l'Etat que nécessite le projet, y compris, le cas échéant, le versement de subventions ou de paiements éventuels attendus de l'autorité adjudicatrice, étendue des risques pris par les consortiums de projet pendant la phase de construction et d'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, les prises de participation et autres garanties contre ces risques.

68. Les études de faisabilité revêtent une importance particulière pour les projets d'infrastructure à financement privé. Ces études doivent confirmer la faisabilité et la viabilité du projet, et porter par exemple sur les aspects ci-après :

a) *Viabilité commerciale* : notamment lorsqu'il s'agit de projets à financement sans garantie ou à garantie limitée, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation pendant la durée de vie opérationnelle du projet, y compris la demande escomptée (circulation attendue sur les routes, par exemple) et la tarification (péages, par exemple).

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle* : les consortiums de projet doivent être invités à faire la preuve que les technologies qu'ils proposent d'utiliser, y compris le matériel et les procédés, conviennent aux conditions nationales, locales et environnementales, que le niveau de performance envisagé sera probablement atteint et que les méthodes et les calendriers de construction sont satisfaisants. Cette étude doit aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures envisagées pour l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage achevé.

c) *Viabilité financière* : les consortiums de projet doivent être invités à faire connaître les sources de financement envisagées pour les étapes de la construction et de l'exploitation, y compris en matière de capitaux empruntés et de prises de participation. Si, dans la plupart des cas, des accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature de l'accord de projet, les consortiums de projet doivent être dans l'obligation de fournir suffisamment de preuves de l'intention des bailleurs de fonds de mettre les moyens de financement spécifiés à la disposition de la société de projet. Cette étude doit aussi indiquer le taux interne de rendement escompté par rapport au coût d'investissement correspondant aux arrangements financiers envisagés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité adjudicatrice d'estimer si les redevances ou les prix envisagés par le concessionnaire sont raisonnables et acceptables et quelles sont les possibilités d'augmentation ultérieure des redevances ou des prix.

d) *Impact sur l'environnement* : cette étude doit passer en revue les effets négatifs ou néfastes pour l'environnement que pourrait avoir le projet et indiquer les mesures correctives à prendre.

69. Dans la procédure officielle de sélection, les propositions sont soumises par écrit, sur un exemplaire signé et sous pli cacheté. Les propositions qui parviennent à l'autorité adjudicatrice après la date limite pour la soumission des propositions ne sont pas ouvertes et sont renvoyées aux consortiums de projet qui les ont présentées (voir l'article 30 6) de la Loi type de la CNUDCI).

5. Garanties de soumission

70. Il peut être souhaitable que les lois ou les règlements applicables au processus de sélection donnent à l'autorité adjudicatrice le pouvoir d'exiger que les consortiums de projet prévoient une garantie de soumission pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du consortium de projet sélectionné de conclure un accord de projet.

71. Il est souhaitable que la sollicitation de propositions indique quelles sont les exigences éventuelles de l'autorité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur de toute garantie de soumission que sont tenus de fournir les consortiums de projet qui soumettent des propositions et quant à la nature, la forme, le montant et autres caractéristiques principales de toute garantie de soumission (voir l'article 27 1) de la Loi type de la CNUDCI). Afin de garantir un traitement équitable à tous les consortiums de projet, les prescriptions qui font directement ou indirectement allusion au comportement du consortium de projet qui soumet la proposition ne portent que sur les faits ci-après : retrait ou modification de la proposition après la date limite fixée pour la soumission des propositions, ou avant cette date limite si la sollicitation de propositions le prévoit ainsi, non-exécution des conditions financières, défaut de signature de l'accord de projet alors que l'autorité adjudicatrice l'exige, enfin défaut de présentation de la garantie de bonne exécution du contrat après l'acceptation de la proposition ou conformément à toute autre condition antérieure à la signature du contrat spécifiée dans la sollicitation de propositions (voir l'article 32 1) f) i) à iii) de la Loi type de la

CNUDCI). Des mesures de sauvegarde doivent être prévues afin que l'exigence d'une garantie de soumission ne puisse être appliquée que dans des conditions équitables et dans le but recherché⁶.

6. Critères d'évaluation

72. Parmi les critères utilisés pour évaluer les aspects techniques des propositions, à l'exception des prix, doivent figurer la faisabilité technique, l'efficacité en termes d'environnement, l'efficacité des procédés de construction et d'exploitation proposés, la viabilité des montages financiers proposés, y compris les ressources des soumissionnaires. Le comité d'évaluation classe les éléments de chaque proposition autres que les prix en fonction des systèmes de notation annoncés à l'avance pour les critères d'évaluation autres que les prix, et indiquer par écrit les raisons de la note donnée. A côté des critères applicables à la qualité de la proposition, l'étendue de la participation des fournisseurs et entrepreneurs locaux, les possibilités de développement économique que comporte la proposition, la promotion de l'emploi, le transfert de technologie, ou encore le développement des compétences scientifiques ou des compétences de gestion et d'exploitation figurent parfois parmi les autres critères indépendants des prix qu'appliquent les autorités adjudicatrices. A des fins d'objectivité et de transparence, les critères de présélection ne sont pas soumis à pondération au stade de l'évaluation.

73. Les critères utilisés pour l'évaluation des propositions financières comprennent les éléments ci-après : coût des activités de conception et de construction, coût annuel d'exploitation et de maintenance, valeur actuelle des dépenses d'investissement et des coûts d'exploitation, valeur actuelle du prix proposé sur la durée de la concession, enfin montant de la subvention éventuelle attendue des autorités du gouvernement hôte. Il est souhaitable que l'autorité adjudicatrice ne se limite pas à une comparaison des prix unitaires proposés pour le résultat escompté, mais envisage plutôt tous les aspects des propositions financières afin d'évaluer leur faisabilité sur le plan financier et la probabilité de majorations ultérieures des prix proposés.

74. Il importe pour l'autorité adjudicatrice de déterminer le poids relatif à accorder à chacun de ces critères et la manière de les appliquer à l'évaluation des propositions. Dans la mesure du possible, les critères autres que les prix qu'utilise l'autorité adjudicatrice doivent être objectifs et quantifiables afin que les propositions puissent être évaluées de manière objective et comparées sur une base commune. Cela limite les risques de décisions discriminatoires ou arbitraires. Les règlements applicables au processus de sélection peuvent spécifier la manière de formuler et d'appliquer ces facteurs.

⁶ L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI prévoit des mesures de sauvegarde importantes, à savoir notamment: impossibilité pour l'autorité adjudicatrice de revendiquer le montant de la garantie de soumission et obligation de retourner, ou de faire retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants : a) l'expiration de la garantie de soumission ; b) l'entrée en vigueur de l'accord de projet et la fourniture d'une garantie de bonne exécution du contrat si la sollicitation de propositions exige une telle garantie ; c) la clôture du processus de sélection sans qu'un accord de projet entre en vigueur ; ou d) le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans la sollicitation de propositions.

7. Ouverture, comparaison et évaluation des propositions

75. A des fins de transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures officielles pour l'ouverture des propositions, généralement à une heure antérieurement spécifiée dans la sollicitation de propositions, et exigent que l'autorité adjudicatrice autorise les consortiums de projet qui ont soumis des propositions, ou leurs représentants, à être présents lors de l'ouverture des propositions (voir l'article 33 de la Loi type de la CNUDCI). Les autorités adjudicatrices qui sélectionnent les consortiums de projet pour des ouvrages d'infrastructure peuvent souhaiter structurer l'évaluation des propositions en deux étapes, comme c'est le cas dans la procédure d'évaluation prévue à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI. Dans une étape initiale, l'autorité adjudicatrice fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques conformément aux critères autres que les prix énoncés dans les propositions, et elle évalue chaque proposition technique en fonction de ces critères, de leur poids relatif et de la manière dont ils doivent être appliqués conformément à la sollicitation de propositions. L'autorité adjudicatrice compare ensuite les propositions financières dont la note est égale ou supérieure à ce seuil.

76. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité adjudicatrice n'ouvre généralement à ce stade que les propositions techniques et s'assure qu'elles sont à première vue conformes à la sollicitation de propositions (autrement dit qu'elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes ou partielles sont éliminées à ce stade. Si l'autorité adjudicatrice peut demander aux consortiums de projet de fournir des éclaircissements au sujet de leur proposition, aucune modification quant au fond, notamment des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade (voir l'article 34 1) a) de la Loi type de la CNUDCI).

77. La proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée en fonction des critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix que ceux indépendants des prix. Le prix proposé pour le produit (tarif de l'eau ou de l'électricité, niveau des péages, par exemple) peut également servir de facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui ont atteint le seuil en ce qui concerne les aspects qualitatifs et techniques. Afin d'encourager la transparence du processus de sélection et d'éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il est conseillé d'exiger que le comité d'attribution fournisse une justification écrite des raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que l'offre du prix unitaire le plus bas pour le produit.

[La Commission souhaitera peut-être envisager l'opportunité d'élaborer plus avant les critères d'évaluation qu'il est recommandé d'appliquer à l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé, notamment en ce qui concerne la notion de "prix" et autres critères utilisés pour évaluer les propositions financières].

8. Négociations finales

78. L'autorité adjudicatrice classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énumérés dans la sollicitation de propositions et invite le consortium de projet qui a obtenu la meilleure notation ou, selon le cas, celui qui a offert le prix le plus bas pour le produit parmi ceux qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects techniques, à une négociation finale de l'accord de projet. Le risque que les négociations avec le consortium de projet le plus qualifié ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou l'attribution des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment des autorités du gouvernement hôte, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités adjudicatrices. Il ne doit pas être possible de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations à ce stade ne peuvent porter sur les dispositions contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions.

79. L'autorité adjudicatrice informe les autres consortiums de projet qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec le consortium de projet ayant obtenu la meilleure notation n'aboutissent pas à un accord de projet. S'il apparaît à l'autorité adjudicatrice que les négociations avec le consortium de projet invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle informe ce consortium de projet qu'elle met fin aux négociations avant d'inviter à des négociations le consortium de projet qui vient ensuite dans la notation jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou qu'elle rejette toutes les propositions restantes. Pour éviter les risques d'abus et de retards superflus, l'autorité adjudicatrice ne doit pas rouvrir les négociations avec tout consortium de projet après y avoir mis fin.

9. Avis d'attribution de projet

80. Les accords de projet comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité adjudicatrice et la société de projet et qui pourraient avoir un intérêt légitime à être informées de certains éléments essentiels du projet. Tel est le cas notamment pour les projets qui comportent la prestation d'un service directement au public. A des fins de transparence, il est parfois souhaitable de définir des procédures pour diffuser les dispositions de l'accord de projet susceptibles d'intéresser le grand public. L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité adjudicatrice publie un avis de l'attribution du projet contenant notamment les renseignements ci-après : a) le nom de la société de projet, b) les annexes et pièces jointes qui font partie de l'accord, c) un descriptif des travaux et des services dont se chargera la société de projet, d) la durée de la concession, e) la structure des tarifs, f) les droits et obligations de la société de projet et les garanties qu'elle devra fournir, g) les droits de suivi de l'autorité adjudicatrice et les sanctions qu'elle appliquera en cas de manquement à l'accord de projet, h) les obligations des autorités du pays hôte, y compris les paiements, subventions ou indemnités qu'elles offriront ; et i) toute autre disposition essentielle de l'accord de projet prévue dans la sollicitation de propositions. Lorsque ce système est utilisé, il importe de veiller à la cohérence entre l'avis d'attribution et l'accord de projet.

H. Négociations directes

81. Dans certains pays, les concessions de services publics sont traditionnellement considérées comme une délégation d'une fonction de l'Etat et, dans ce sens, l'autorité qui délègue cette fonction n'est pas tenue de se conformer aux procédures applicables à l'attribution de marchés publics. Dans ces pays, des concessions peuvent être accordées à l'issue de négociations directes entre l'autorité chargée de déléguer cette fonction et un concessionnaire de son choix. Contrairement aux procédures de sélection avec appel à la concurrence, qui peuvent parfois sembler trop rigides, la sélection par voie de négociations est caractérisée par une grande souplesse en matière de procédures et beaucoup de discrétion de la part de l'autorité adjudicatrice. La seule condition requise pour ces négociations concerne parfois la publication préalable d'un avis aux parties intéressées qui souhaitent être invitées à ces négociations.

82. Dans d'autres pays où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics, les autorités adjudicatrices ont été encouragées à avoir recours à des négociations directes chaque fois que possible pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Dans ces pays, les négociations avec les consortiums de projet sont encouragées en faisant valoir que, ce faisant, les pouvoirs publics ne sont pas tenus par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et disposent donc d'une plus grande marge d'action pour tirer parti de propositions de remplacement ou de propositions novatrices susceptibles d'être présentées par les participants lors de la procédure de sélection, ainsi que pour modifier et adapter leurs propres exigences au cas où des options plus attrayantes pour répondre à leurs besoins d'infrastructure seraient formulées au cours des négociations.

83. Les lois nationales qui traitent de la sélection par négociation définissent généralement un petit nombre de règles et de procédures applicables au processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Les lois de certains pays prévoient toutefois des méthodes de sélection qui réunissent certaines caractéristiques de base à la fois de la méthode d'appel d'offres et de la méthode de négociation. Dans l'une de ces méthodes structurées de

négociations, qui est parfois désignée sous le nom de "processus de négociation avec appel à la concurrence", l'autorité adjudicatrice sollicite des propositions auprès d'un nombre limité de sociétés considérées comme ayant les qualifications et les compétences appropriées. Elle définit également les critères généraux auxquels doivent répondre les propositions (objectifs généraux de performance, spécification du produit, par exemple). L'autorité adjudicatrice sélectionne les propositions qui semblent répondre à ces critères et entame des discussions avec l'auteur de chacune d'entre elles afin de préciser et d'améliorer la proposition jusqu'à ce qu'elle la juge satisfaisante. Le coût de chacune de ces propositions n'entre pas dans le champ de ces discussions. Lorsque les propositions définitives ont été mises au point, l'autorité adjudicatrice invite l'auteur de chacune d'entre elles à soumettre une offre de prix ferme au titre de sa proposition. L'autorité adjudicatrice choisit la proposition de la société qui offre le prix le plus bas ou le prix évalué le plus bas.

84. Les méthodes négociées offrent généralement une grande souplesse, ce que certains pays peuvent juger avantageux pour la sélection du concessionnaire. Les méthodes négociées peuvent toutefois présenter un certain nombre d'inconvénients qui les rendent moins attrayantes comme principale méthode de sélection dans un certain nombre de pays. En raison de la grande souplesse et du haut degré de discrétion dont bénéficie l'autorité adjudicatrice, les méthodes négociées font appel à du personnel hautement qualifié et doté d'une expérience suffisante pour la négociation de projets complexes. Ces méthodes exigent aussi une équipe de négociation bien structurée, une ligne d'autorité clairement définie et un haut degré de coordination et de coopération entre tous les bureaux intéressés. Le recours à des négociations pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé risque par conséquent de ne pas constituer une variante viable pour les pays qui n'utilisent pas traditionnellement ces méthodes pour l'attribution des grands marchés publics. Les méthodes négociées présentent par ailleurs l'inconvénient de ne pas garantir le degré de transparence et d'objectivité que des méthodes plus structurées avec appel à la concurrence permettent d'atteindre. Dans certains pays, on pourrait s'inquiéter que la plus grande discrétion que comportent les méthodes négociées pourraient aller de pair avec un plus grand risque de pratiques abusives ou de manoeuvres corrompues.

1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes

85. Dans les pays où l'application de procédures de sélection avec appel à la concurrence est la règle généralement recommandée pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé, des négociations directes ne sont en général autorisées que dans des cas exceptionnels. A des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des projets, il peut être souhaitable en règle générale que la loi définisse dans quelles circonstances le recours à des négociations directes est autorisé, à savoir notamment :

a) Lorsqu'il existe un besoin urgent d'offrir immédiatement un certain service et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection avec appel à la concurrence, à condition que les circonstances qui ont créé cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité adjudicatrice et n'aient pas été le résultat d'un comportement dilatoire de sa part ;

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

86. Dans certains pays, après la mise en marche d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence, il peut arriver que l'autorité adjudicatrice décide de changer la méthode de sélection en faveur de négociations directes. Cela peut se produire en particulier lorsqu'une invitation à une présélection ou une sollicitation de propositions ont été publiées, mais sans être suivies de demandes de présélection ou de propositions, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité adjudicatrice et lorsque, de l'avis de celle-ci, la diffusion d'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice peut décider d'entamer des négociations avec les candidats qui ont soumis des offres conformes plutôt que d'avoir à rejeter toutes les propositions et à entamer une autre procédure dont l'issue serait incertaine.

2. Propositions spontanées

87. Des propositions spontanées peuvent faire suite à l'identification par le secteur privé d'un besoin auquel pourrait répondre un projet d'infrastructure à financement privé. Ces propositions peuvent aussi comporter des propositions novatrices pour la gestion des infrastructures. Les autorités du gouvernement hôte peuvent donc avoir intérêt à encourager le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement des infrastructures. Parallèlement, toutefois, l'attribution de marchés à la suite de propositions spontanées et sans faire appel à la concurrence d'autres consortiums de projet risque d'exposer les pouvoirs publics à de graves critiques, en particulier lorsqu'il s'agit de concessions exclusives. En outre, en l'absence de concurrence, les autorités du pays hôte risquent de se priver de paramètres objectifs pour comparer les prix, les éléments techniques et l'efficacité d'ensemble du projet.

88. On peut répondre à ces propositions spontanées de deux manières essentiellement : dans certains pays, les pouvoirs publics sont autorisés à négocier les propositions spontanées directement avec leurs auteurs ; dans d'autres pays, les projets résultant de propositions spontanées doivent aussi être attribués conformément aux procédures généralement applicables à l'attribution des marchés.

89. Un moyen de mettre à profit les possibilités d'innovation qui peuvent résulter de propositions spontanées peut consister à définir une procédure transparente pour l'examen de ces propositions, par exemple la procédure exposée dans les paragraphes qui suivent.

a) Soumission de la proposition initiale

90. La société ou le consortium de projet qui font part aux autorités du pays hôte d'une proposition de développement des infrastructures par le secteur privé peuvent être invités à soumettre une proposition initiale qui comporterait les éléments ci-après : description de la ou des sociétés intéressées (références à des projets antérieurs, données financières), descriptif du projet (type de projet, emplacement, impact régional, investissement proposé, coût d'exploitation, évaluation financière, ressources demandées aux autorités du pays hôte ou à des tiers), le lieu d'implantation (régime de propriété, nécessité de recourir à une procédure d'expropriation sur des terres et autres biens), enfin description des services et des travaux.

b) Réaction initiale et propositions officielles

91. A l'issue d'un examen préliminaire, les autorités du pays hôte font savoir à la société, dans un délai suffisamment bref, si le projet semble ou non susciter un intérêt dans le grand public. Lorsque les autorités du pays hôte réagissent positivement au projet, la société est invitée à soumettre une proposition officielle qui, à côté des questions traitées dans la proposition initiale, doit contenir une étude de faisabilité technique et économique (caractéristiques, coûts et avantages notamment) et une étude d'impact sur l'environnement. La société à l'origine de la proposition spontanée garde un titre sur toute la documentation présentée pendant toute la durée de la procédure, documentation qui doit lui être retournée en cas de rejet de la proposition. Afin de ne pas décourager l'envoi de propositions spontanées, il est conseillé de prévoir qu'aucune proposition ne peut être sollicitée pendant un certain nombre d'années pour un projet qui a été rejeté sans inviter la société qui a présenté la proposition initiale.

c) Examen public des propositions

92. Si les autorités du pays hôte acceptent la proposition, l'autorité adjudicatrice ouvre une procédure publique de sélection de la manière exposée ci-dessus aux paragraphes 43 à 80, la société qui a soumis la proposition initiale étant invitée à y participer. Dans cette procédure, une marge de préférence peut être accordée dans la notation finale à l'auteur de la proposition initiale pour le récompenser d'avoir soumis la proposition.

93. Au cours de la procédure qui s'ensuit, l'autorité adjudicatrice peut être amenée à utiliser les dessins, plans et autres documents initialement présentés avec la proposition spontanée. Il importe donc à ce stade de régler les questions que pourraient soulever les droits de propriété intellectuelle liés à ces dessins, plans et documents au cas où les droits de propriété intellectuelle n'ont pas été acquis par l'autorité adjudicatrice. [*La Commission souhaitera peut-être envisager s'il convient de développer cette question*].

I. Procédures de recours

94. L'octroi aux consortiums de projet d'un droit de recours contre les décisions prises par l'autorité adjudicatrice en contradiction avec les règles applicables à la procédure de sélection constitue une importante garantie du respect de ces règles. Les caractéristiques essentielles d'une procédure de recours peuvent être empruntées, *mutatis mutandis*, au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI.

J. Procès-verbal de la procédure de sélection

95. Afin de garantir la transparence et la responsabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des consortiums de projet qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité adjudicatrice, la loi doit exiger que l'autorité adjudicatrice tienne un procès-verbal approprié des éléments essentiels de la procédure de sélection.

96. Le procès-verbal tenu par l'autorité adjudicatrice doit tout d'abord contenir, *mutatis mutandis*, les renseignements de caractère général concernant la procédure de sélection qui doivent normalement être consignés pour la passation des marchés publics (par exemple, les renseignements énumérés à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI), et notamment les renseignements ci-après :

- a) Descriptif du projet pour lequel l'autorité adjudicatrice a sollicité des propositions ;
- b) Noms et adresses des sociétés membres des consortiums de projet qui ont soumis des propositions ainsi que les noms et adresses des membres du consortium de projet avec lequel l'accord de projet a été conclu;
- c) Renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des consortiums de projet et résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence ;
- d) Prix ou base utilisée pour le déterminer, ainsi qu'un résumé des autres clauses principales des propositions et de l'accord de projet ;
- e) Résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou la sollicitation de propositions, réponses qu'elles ont suscitées et aperçu de tous les changements apportés à cette documentation ;
- f) En cas de rejet de toutes les propositions, déclaration à cet effet et raisons qui l'ont motivée.

97. A côté des renseignements ci-dessus, il peut être utile d'exiger que l'autorité adjudicatrice fasse état des renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

- a) Résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires commanditées par l'autorité adjudicatrice et résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les candidats sélectionnés ;
- b) Liste des consortiums de projet présélectionnés ;

c) Si des changements dans la composition des consortiums de projet présélectionnés sont autorisés par la suite, un énoncé des raisons invoquées pour autoriser ces changements et des conclusions quant aux qualifications des nouveaux membres ou des membres admis dans les consortiums considérés ;

d) Si l'autorité adjudicatrice estime plus avantageuse une proposition autre que celle qui offre le prix unitaire le plus bas pour le produit recherché, une justification des raisons qui ont amené le comité d'attribution à cette conclusion ;

e) Si les négociations avec le consortium qui a présenté la proposition la plus avantageuse et les négociations ultérieures avec les autres consortiums conformes n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration dans ce sens et les raisons qui l'ont motivée.

98. Lorsque la procédure de sélection se fait par négociations directes (voir par. 81 à 86), il peut être utile de faire figurer les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

a) Un énoncé des raisons et des circonstances invoquées par l'autorité adjudicatrice pour justifier la procédure de négociations directes ;

b) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés invitées à ces négociations ;

c) Au cas où ces négociations n'aboutiraient pas à un accord de projet, une déclaration dans ce sens et les raisons qui l'ont motivée.

99. Pour la procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 87 à 93), il serait peut-être utile de faire également figurer les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection :

a) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés à l'origine de la proposition spontanée et une brève description de celle-ci ;

b) Une attestation de l'autorité adjudicatrice selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt public.

[La Commission souhaitera peut-être envisager l'utilité d'inclure une discussion de la nature des renseignements qui devraient être mis à la disposition du public et de ceux qui devraient être réservés aux autorités du pays hôte et aux auteurs des propositions].

* * *