



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.4

5 février 1999

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai-4 juin 1999

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation	-	3
Notes sur les recommandations concernant la législation	1 - 141	10
<i>Section</i>		
A. Considérations générales	1 - 38	10
1. Procédures de sélection visées par le <i>Guide</i>	3 - 5	10
2. Objectifs généraux des procédures de sélection	6 - 18	11
3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé	19 - 30	14
4. Préparatifs pour la procédure de sélection	31 - 38	17
B. Présélection des soumissionnaires	39 - 56	18
1. Invitation à participer à la procédure de présélection	40 - 42	18
2. Critères de présélection	43 - 46	19

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
3. Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires	47 - 48	20
4. Présélection et préférences nationales	49 - 50	21
5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection ..	51 - 52	21
6. Procédure de présélection	53 - 56	22
C. Procédures de sollicitation de propositions	57 - 94	22
1. Phases de la procédure	58 - 64	23
2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions	65 - 74	24
3. Éclaircissements et modifications	75 - 76	27
4. Teneur des propositions définitives	77 - 82	27
5. Critères d'évaluation	83 - 86	29
6. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions	87 - 91	31
7. Négociations finales	92 - 93	32
8. Avis d'attribution du projet	94	33
D. Négociations directes	95 - 107	33
1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes	99 - 100	34
2. Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes	101 - 107	35
E. Propositions spontanées	108 - 128	36
1. Considérations de politique générale	110 - 118	37
2. Traitement des propositions spontanées	119 - 128	39
F. Procédures de recours	129 - 133	41
G. Procès-verbal de la procédure de sélection	134 - 141	42

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Considérations générales (voir par. 1 à 30)

1) Le pays hôte peut souhaiter exiger le recours à une procédure faisant appel à la concurrence pour la sélection du concessionnaire, sous réserve des ajustements nécessaires pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé.

Présélection des soumissionnaires (voir par. 39 à 56)

2) Le pays hôte peut souhaiter établir les conditions suivantes:

a) Les soumissionnaires doivent faire 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 toutes les phases du projet et qu'ils satisfont aux autres critères de qualification pouvant être établis en vertu de la législation générale du pays hôte sur la passation des marchés;

b) Les soumissionnaires peuvent constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que leurs membres ne participent pas, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium;

c) Toute marge de préférence accordée aux soumissionnaires nationaux ou à ceux qui proposent d'acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local doit être appliquée au stade de l'évaluation et être annoncée dans l'invitation à participer à la procédure de présélection;

d) L'autorité contractante peut envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires 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;

e) L'autorité contractante doit dresser une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois terminée la phase de présélection.

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes (voir par. 58 à 64)

3) Le pays hôte peut souhaiter stipuler que, une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante doit inviter les soumissionnaires présélectionnés à présenter des propositions définitives avec indication de prix pour les spécifications techniques ou les indicateurs de résultats et les clauses contractuelles.

4) Nonobstant ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter stipuler que l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'elle ne peut pas formuler des spécifications techniques ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

5) En cas de recours à une procédure en deux étapes, le pays hôte peut souhaiter stipuler ce qui suit:

a) L'autorité contractante doit tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des résultats d'ensemble recherchés et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles;

- b) L'autorité contractante peut convoquer une réunion des soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions et de discuter avec un soumissionnaire de tout aspect de la proposition qu'il a présenté;
- c) À l'issue de ces discussions, l'autorité contractante peut examiner et, au besoin, réviser les spécifications initiales avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions (voir par. 65 à 74)

- 6) Le pays hôte peut souhaiter stipuler que la sollicitation définitive de propositions doit inclure les renseignements suivants:
 - a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;
 - b) Spécifications techniques et indicateurs de résultats, selon les besoins;
 - c) Clauses contractuelles envisagées par l'autorité contractante;
 - d) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer à l'évaluation des propositions.

Éclaircissements et modifications (voir par. 75 et 76)

- 7) Le pays hôte peut souhaiter stipuler ce qui suit:
 - a) L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation de propositions en y publiant un additif à tout moment avant la date limite de soumission des propositions;
 - b) L'autorité contractante doit dresser un procès verbal de toute réunion de soumissionnaires qu'elle convoque, dans lequel elle doit indiquer les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet du dossier de sollicitation et les réponses données à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières.

Teneur des propositions définitives (voir par. 77 à 82)

- 8) Le pays hôte peut souhaiter exiger que les propositions définitives contiennent les renseignements demandés dans la sollicitation de propositions, présentés d'une manière qui permette à l'autorité contractante d'évaluer la faisabilité opérationnelle, la rationalité technique et l'impact sur l'environnement du projet, le coût total du projet, y compris le coût d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé ainsi que la structure tarifaire ou l'échéancier proposés, selon le cas.

Critères d'évaluation (voir par. 83 à 86)

- 9) Le pays hôte peut souhaiter prévoir que les critères d'évaluation des propositions techniques devront porter sur l'efficacité avec laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, y compris sur les éléments suivants:
 - a) Pertinence technique;

- b) Faisabilité opérationnelle;
 - c) Viabilité des montages financiers proposés;
 - d) Respect des normes d'environnement.
- 10) Le pays hôte peut souhaiter prévoir que les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières pourront inclure, selon les cas:
- a) Le barème actuel des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de concession, conformément aux normes minima prescrites en matière de conception et d'exécution;
 - b) La valeur actuelle des versements au titre de l'amortissement de l'ouvrage à construire selon le calendrier proposé;
 - c) Le coût des activités de conception et de construction; les dépenses annuelles d'exploitation et de maintenance; la valeur actuelle des dépenses d'équipement et d'exploitation;
 - d) Le montant de la subvention éventuelle attendue de l'État.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions (voir par. 87 à 91)

- 11) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:
- a) À réception des propositions définitives, l'autorité contractante doit établir si elles sont conformes à première vue à la sollicitation de propositions et doit rejeter celles qui sont jugées incomplètes ou partielles;
 - b) L'autorité contractante peut fixer un seuil concernant la qualité et les aspects techniques à prendre en considération dans les propositions techniques, conformément aux critères techniques établis dans les propositions;
 - c) Les propositions qui n'atteignent pas ce seuil doivent être considérées comme non conformes.

Négociations finales (voir par. 92 et 93)

- 12) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:
- a) L'autorité contractante doit classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter le soumissionnaire qui a soumis la proposition la plus avantageuse à une négociation finale de l'accord de projet;
 - b) La proposition la plus avantageuse doit être:
 - i) La proposition offrant le prix le plus bas parmi celles qui ont atteint le seuil fixé pour la qualité et les aspects techniques, lorsque le prix unitaire proposé pour le produit est le facteur décisif; ou
 - ii) La proposition qui obtient la note la plus élevée selon les critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix qu'indépendants de ces derniers. Toutefois, le comité d'attribution doit fournir une justification écrite des raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que celle qui offrait le prix unitaire le plus bas pour le produit.

- c) Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été jugées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions.

Avis d'attribution du projet (voir par. 94)

13) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

- a) L'autorité contractante doit faire publier un avis d'attribution du projet;
- b) L'avis doit comporter le nom du concessionnaire et un résumé des clauses essentielles de l'accord de projet.

Négociations directes (voir par. 95 à 100)

14) Le pays hôte peut souhaiter prévoir que des négociations directes ne seront possibles que dans des circonstances exceptionnelles, à savoir notamment:

- a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec appel à la concurrence, à condition que les circonstances qui entraînent cette urgence n'aient pas été prévisibles par l'autorité contractante et n'aient pas résulté de procédés dilatoires de sa part;
- b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée et lorsque l'investissement initial escompté ne dépasse pas un montant spécifié;
- c) Pour des raisons de défense nationale;
- d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service requis (par exemple en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);
- e) Le manque de personnel expérimenté ou l'absence d'une structure administrative adéquate pour mener une procédure de sélection avec appel à la concurrence;
- f) Lorsqu'une autorité administrative supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons d'intérêt public.

15) Le pays hôte peut souhaiter prévoir la possibilité de négociations directes lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou à une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées par l'autorité contractante et lorsque, de l'avis de celle-ci, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet.

Mesures visant à accroître la transparence dans les négociations directes (voir par. 101 à 107)

16) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

- a) L'autorité contractante doit, pour entreprendre une sélection par négociations, obtenir l'approbation d'une autorité supérieure;

- b) L'autorité contractante doit publier un avis concernant la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées susceptibles de satisfaire les besoins, en fonction des circonstances;
- c) L'autorité contractante doit fixer les critères d'évaluation des propositions et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux et la manière dont ils doivent être appliqués dans l'évaluation des propositions;
- d) L'autorité contractante doit traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;
- e) Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires doivent être confidentielles et une partie aux négociations ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;
- f) À l'issue des négociations, l'autorité contractante doit prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, d'ici une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions;
- g) L'autorité contractante doit attribuer le projet au soumissionnaire dont la proposition s'est révélée, sur la base des critères d'évaluation des propositions énoncés dans l'invitation à négocier, ainsi que des coefficients de pondération et des modalités d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.

Propositions spontanées (voir par. 108 à 118)

17) Le pays hôte peut souhaiter prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles, l'autorité contractante pourra être autorisée à accepter des propositions spontanées, à condition que ces dernières ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection.

Procédure de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées (voir par. 122 à 124)

- 18) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:
- a) L'autorité contractante doit demander aux auteurs d'une proposition spontanée de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour lui permettre de déterminer à première vue si les conditions de traitement des propositions spontanées sont respectées, en particulier si le projet proposé répond à l'intérêt public;
 - b) Après un examen préliminaire, l'autorité contractante doit faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, s'il existe ou non un intérêt public potentiel pour le projet;
 - c) Pour les projets jugés d'un intérêt public, l'autorité contractante doit inviter l'auteur de la proposition à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour lui permettre d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et de déterminer s'ils correspondent aux conditions requises et s'ils sont susceptibles d'être appliqués avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé;
 - d) L'auteur de la proposition doit conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents doivent lui être restitués si la proposition est rejetée.

Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés (voir par. 125 et 126)

19) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

- a) L'autorité contractante doit entamer une procédure de sélection avec appel à la concurrence au titre des recommandations 3 à 22 ci-dessus, s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept techniques sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent;
- b) La société qui a soumis la proposition originale doit être invitée à participer à cette procédure et peut bénéficier d'un avantage du fait de cette soumission.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés (voir par. 127 et 128)

20) Le pays hôte peut souhaiter prévoir ce qui suit:

- a) L'autorité contractante doit recourir à une procédure visant à obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée s'il apparaît que les aspects novateurs de cette proposition sont tels qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs;
- b) L'autorité contractante doit publier un résumé des éléments essentiels de la proposition en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable;
- c) L'autorité contractante peut entamer des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve d'approbation par la même autorité que celle dont l'approbation serait normalement requise pour que l'autorité contractante puisse sélectionner un concessionnaire par négociation directe;
- d) Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante doit inviter tous les soumissionnaires à participer à des négociations avec appel à la concurrence afin de déterminer quelle est la proposition la plus avantageuse pour l'exécution du projet.

Procédures de recours (voir par. 129 à 133)

21) Le pays hôte peut souhaiter établir des procédures permettant à des soumissionnaires, qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'autorité contractante par la loi, d'introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante.

Procès-verbal (voir par. 134 à 141)

22) Le pays hôte peut souhaiter prévoir que l'autorité contractante doit dresser un procès-verbal approprié des principaux renseignements relatifs à la procédure de sélection.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Considérations 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 préférence pour l'emploi de procédures de sélection faisant appel à la concurrence plutôt que de négociations avec les soumissionnaires, tout en reconnaissant que des négociations directes peuvent aussi être utilisées, conformément à la tradition juridique du pays concerné (voir par ailleurs les paragraphes 95 à 98).

2. Les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre ressemblent à certains égards à la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services³, adaptée en certains points pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé. Cette méthode comporte deux étapes avec une phase de présélection. Elle laisse une certaine marge pour des négociations entre l'autorité contractante 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.

1. Procédures de sélection visées par le *Guide*

3. L'investissement privé dans les projets d'infrastructure peut revêtir diverses formes qui exigent toutes des méthodes spéciales pour la sélection du concessionnaire. Aux fins de l'examen des méthodes de sélection possibles pour les projets d'infrastructure visés dans le *Guide*, on peut distinguer trois grandes formes d'investissement privé dans les infrastructures:

a) *Achat d'entreprises de services publics.* Des capitaux privés peuvent être investis dans des ouvrages d'utilité publique par l'achat d'actifs matériels ou de parts d'entreprises de services publics. Ces transactions se font souvent selon les règles qui régissent l'octroi de contrats pour la cession de biens de l'État. Dans de nombreux pays, la vente de parts d'entreprises de services publics est soumise à autorisation législative préalable. Les méthodes de cession comportent souvent l'offre de parts sur les marchés boursiers ou des procédures faisant appel à la concurrence telles que des ventes aux enchères ou des appels d'offres dans lesquels les biens sont attribués au soumissionnaire le plus offrant;

b) *Prestation de services d'utilité publique sans construction d'infrastructures.* Dans d'autres types de projets, les prestataires de services possèdent et gèrent tout l'équipement nécessaire et sont parfois en concurrence avec d'autres prestataires pour la fourniture du service considéré. Certaines lois nationales prévoient des procédures spéciales en vertu desquelles l'État peut autoriser une entité privée à assurer des services publics au moyen de

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

²*Guide de l'ONUDI sur les projets CET.*

³La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés 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).

“licences” exclusives ou non exclusives. Ces licences peuvent être publiquement offertes aux parties intéressées qui répondent aux conditions de qualifications prévues par la loi ou fixées par l’autorité qui délivre les licences. Les procédures d’octroi de licences comportent parfois des ventes aux enchères publiques aux parties intéressées admises à participer;

c) *Construction et exploitation d’infrastructures publiques.* Dans les projets relatifs à la construction et à l’exploitation d’infrastructures publiques, une entité privée est invitée à la fois à exécuter les travaux et fournir les services au public. Les procédures régissant l’octroi de ces contrats ressemblent à certains 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 potentiels.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection adaptées aux projets d’infrastructure qui comportent l’obligation, de la part de l’entité sélectionnée, de se charger des travaux de construction, de réparation ou d’expansion de l’infrastructure considérée en vue d’une exploitation privée ultérieure (c’est-à-dire celles visées au paragraphe 3 c). Il ne porte pas spécifiquement sur les méthodes de cession de biens de l’État à des fins de privatisation ou sur les procédures d’octroi de licences aux prestataires de services publics.

5. Il convient toutefois de noter que certains projets d’infrastructure peuvent comporter des éléments qui entrent dans plusieurs des catégories énumérées ci-dessus. Par exemple, l’achat d’un service public privatisé (compagnie de distribution d’eau par exemple) peut aller de pair avec l’obligation de réaliser des investissements importants dans de nouvelles infrastructures (agrandissement du réseau de canalisations par exemple). En pareil cas, il importe de bien déterminer quel est l’élément prédominant du projet (privatisation ou construction de nouveaux ouvrages par exemple) afin de choisir la procédure de sélection appropriée, qui peut ensuite être adaptée de manière à tenir compte des principales obligations accessoires que le concessionnaire est supposé assumer. À cette fin, certaines des considérations énoncées dans le présent chapitre peuvent aussi s’appliquer, *mutatis mutandis*, à la cession de biens de l’État ou aux procédures d’octroi de licences comportant pour le concessionnaire ou le titulaire de la licence l’obligation d’entreprendre des travaux d’infrastructure.

2. Objectifs généraux des procédures de sélection

6. Pour l’octroi de contrats relatifs à des projets d’infrastructure, l’autorité contractante peut appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation du pays hôte ou établir 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 des règles qui régissent l’octroi des contrats publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

a) Économie et efficacité

7. Dans le cas des projets d’infrastructure, le terme “économie” désigne la sélection d’un concessionnaire capable d’exécuter des travaux et de fournir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et aux 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 incitant ces dernières à offrir les conditions les plus avantageuses.

8. Dans la plupart des cas, la meilleure façon d’atteindre l’objectif d’économie est de recourir à des procédures qui favorisent la concurrence entre les soumissionnaires. 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. Il convient de noter, toutefois, que concurrence ne signifie pas nécessairement participation d’un grand nombre de soumissionnaires à un processus de sélection donné. Pour les grands projets en particulier, l’autorité

contractante peut avoir des raisons de garder le nombre de participants dans des limites raisonnables (voir par. 23 et 24). À condition que des procédures appropriées existent, l'autorité contractante peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque le nombre de concurrents est limité.

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

10. 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 contractante que pour les soumissionnaires participant à la procédure. En plus des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité contractante (lenteur 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 totalement des entreprises compétentes de participer à la procédure de sélection.

b) Promotion de l'intégrité du processus de sélection et de la confiance

11. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du concessionnaire consiste à favoriser l'intégrité du processus et à promouvoir la confiance. C'est pourquoi un système de sélection approprié contiendra généralement des dispositions destinées à assurer un traitement équitable aux soumissionnaires, à réduire et à décourager les abus, intentionnels ou non, de la part des personnes qui administrent le processus de sélection ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions.

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

13. Le pays hôte devrait généralement avoir un système efficace de sanctions, y compris pénales, contre la corruption des fonctionnaires, notamment les agents des autorités contractantes, et des soumissionnaires, système qui s'appliquerait aussi au processus de sélection. Il faudrait aussi éviter les conflits d'intérêt, par exemple en exigeant des représentants de l'autorité contractante, de leurs conjoints, parents et associés qu'ils s'abstiennent de détenir une créance ou des actions dans une société qui participe à une procédure de sélection ou d'accepter un poste de directeur ou d'employé dans une telle société. En outre, la loi régissant les procédures de sélection devrait faire obligation à l'autorité contractante de rejeter les offres ou propositions soumises par une partie qui donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité contractante liés à la procédure de sélection. Ces dispositions peuvent être complétées par d'autres mesures telles que l'obligation pour toutes les entreprises invitées à participer au processus de sélection de s'engager à ne chercher ni à influencer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant au processus de sélection ni à fausser la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (par exemple ce que l'on appelle l'"accord

d'intégrité"). Par ailleurs, dans les pratiques de passation de marchés adoptées par certains pays, les soumissionnaires sont tenus de garantir qu'aucun représentant de l'entité adjudicatrice n'a été ou ne sera autorisé par le soumissionnaire à tirer un avantage direct ou indirect du contrat ou de l'octroi de ce dernier. Une contravention à une telle disposition constitue normalement une contravention à une clause fondamentale du contrat.

14. Un important corollaire des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence est l'existence de procédures administratives et judiciaires permettant un recours contre les décisions prises par les autorités participant à la procédure de sélection (voir par. 129 à 133).

15. On peut aussi renforcer encore la confiance des investisseurs par des dispositions appropriées visant à protéger la confidentialité des informations exclusives qu'ils soumettent pendant la procédure de sélection. Il faudrait à ce titre leur garantir que l'autorité contractante traitera les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents; que toutes les discussions ou négociations seront confidentielles; et que les informations commerciales ou autres que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions ne seront pas communiquées à leurs concurrents.

c) **Transparence des lois et procédures**

16. La transparence des lois et procédures qui régissent la sélection du concessionnaire contribuera à réaliser plusieurs des objectifs d'ensemble déjà mentionnés. Des lois transparentes sont celles dans lesquelles les règles et procédures qui seront appliquées par l'autorité contractante et par les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux soumissionnaires de s'assurer que les procédures ont été suivies par l'autorité contractante qui les a prises comme base de décision.

17. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la responsabilité consiste à prévoir des dispositions en vertu desquelles l'autorité contractante est tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 134 à 141). Un procès-verbal résumant les principaux éléments de cette procédure facilite l'exercice par les soumissionnaires lésés de leur droit de recours, et contribue par conséquent à garantir que les règles qui la régissent sont, dans la mesure du possible, soumises à une discipline interne et que leur application est automatique. Par ailleurs, en exigeant un procès-verbal approprié, la loi facilite l'action des organismes publics qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et encourage la responsabilisation des autorités contractantes à l'égard du public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure.

18. Des lois et des procédures transparentes sont source de prévisibilité, car elles permettent aux soumissionnaires de calculer les coûts et les risques de leur participation à la procédure de sélection et d'offrir ainsi les conditions les plus avantageuses. Elles aident également à se prémunir contre des actions ou des décisions arbitraires ou irrégulières de la part de l'autorité contractante ou de ses agents, encourageant ainsi la confiance dans le processus. La transparence des lois et des procédures revêt une importance particulière lorsqu'une participation étrangère est recherchée, car les sociétés étrangères peuvent ne pas bien connaître les pratiques du pays en ce qui concerne l'attribution de projets d'infrastructure.

3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé

19. En règle générale, les méthodes qui encouragent la concurrence entre plusieurs soumissionnaires dans le cadre de procédures officielles structurées sont les meilleurs garants du principe d'économie dans l'octroi des contrats publics. Les procédures de sélection qui font appel à la concurrence, telles que l'appel d'offres, sont généralement considérées par les lois nationales comme la règle dans les conditions normales pour la passation des marchés de biens ou de travaux.

20. Dans les procédures de sélection avec appel à la concurrence, l'autorité contractante invite généralement diverses entreprises à présenter des propositions qui doivent être formulées sur la base des spécifications techniques et des clauses contractuelles indiquées dans le dossier mis à la disposition des soumissionnaires. Ces propositions sont examinées, évaluées et comparées et la décision de retenir telle ou telle proposition est fondée sur des critères et des 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 dites "ouvertes" lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions au moyen d'un appel d'offres largement diffusé à l'intention de toutes les entreprises qui souhaitent participer à la procédure. Les procédures sont dites "restreintes" lorsque l'autorité contractante ne sollicite des propositions que de certaines entreprises qu'elle a sélectionnées.

21. Les procédures officielles ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec appel à la concurrence créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours aux procédures de sélection avec appel à la concurrence pour les projets d'infrastructure à financement privé a été recommandé par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de structurer ces procédures⁴. Les règles pour la passation de marchés dans le cadre des prêts octroyés par la Banque mondiale préconisent également le recours aux procédures de sélection avec appel à la concurrence et prévoient qu'un concessionnaire sélectionné conformément à des procédures d'appel d'offres jugées acceptables par la Banque mondiale est généralement libre d'adopter ses propres procédures pour l'octroi des contrats nécessaires pour exécuter le projet. Toutefois, lorsque le concessionnaire n'a pas été lui-même sélectionné au moyen de ces procédures, il ne peut octroyer des contrats de sous-traitance qu'en recourant à des procédures avec appel à la concurrence acceptables par la Banque mondiale⁵.

22. Il convient toutefois de noter que l'on n'a pas encore mis au point de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures de sélection avec appel à la concurrence dans les projets d'infrastructure à financement privé. D'autre part, les dispositions législatives nationales sur les procédures avec appel à la concurrence pour la passation de marchés de biens, de travaux ou de services ne sont peut-être pas entièrement adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé. L'expérience internationale en matière d'attribution de projets d'infrastructure à financement privé a d'ailleurs fait apparaître certaines des limites des méthodes traditionnelles de sélection avec appel à la concurrence telles que l'appel d'offres. Compte tenu des problèmes particuliers, brièvement examinés ci-après, que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé, il est souhaitable que l'État envisage d'adapter les procédures pour la sélection du concessionnaire.

a) Gamme des soumissionnaires à inviter

23. Selon la procédure traditionnelle de passation des marchés publics, on accorde souvent une place de premier plan à l'objectif d'économie en prévoyant une concurrence aussi large que possible entre les soumissionnaires. Les appels d'offres sont parfois diffusés directement sans procédure préalable de présélection. Lorsqu'une présélection est exigée, elle se limite parfois à une vérification d'un certain nombre de prescriptions de forme (qualifications professionnelles ou capacité juridique des soumissionnaires, par exemple).

24. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite elle-même généralement des procédures complexes, longues et coûteuses. En outre, l'échelle même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de soumissionnaires ayant les qualifications voulues. Par ailleurs, les soumissionnaires qui ont les compétences recherchées peuvent hésiter à participer à une procédure de

⁴*Guide de l'ONUDI sur les projets CET.*

⁵Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, par. 3.13 a).

passation de marchés pour des projets coûteux si le nombre de soumissionnaires est trop grand et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions peu réalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. 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.

b) Définition des prescriptions relatives au projet

25. Dans la passation traditionnelle des marchés publics de travaux, les pouvoirs publics jouent généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur sélectionné joue celui d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation de marchés mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur; autrement dit l'autorité contractante définit clairement l'ouvrage à construire, la manière de le construire et les méthodes à utiliser. Les appels d'offres pour des travaux de construction s'accompagnent donc couramment de spécifications techniques très détaillées sur la nature des travaux et des services demandés. Dans ce cas, l'autorité contractante est chargée de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'infrastructure à construire et à ce que ladite infrastructure puisse être exploitée de manière efficace. Dans certains projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut souhaiter établir des spécifications précises pour les travaux à exécuter ou pour les aspects techniques des services à fournir (contribution attendue du concessionnaire). C'est la démarche choisie en particulier pour les projets qui impliquent la construction de nouvelles infrastructures qui deviendront la propriété permanente de la collectivité publique et qui sont destinées à être généralement ouvertes au public (par exemple des routes, des tunnels, des ponts). Dans de tels cas, l'autorité contractante peut ressentir le besoin de contrôler davantage la conception et les spécifications techniques qu'elle ne le ferait pour un ouvrage privé auquel seul le concessionnaire a accès à l'exclusion du public (par exemple une centrale électrique privée).

26. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, cependant, l'autorité contractante peut envisager une répartition des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Une des raisons fondamentales qui pousse à encourager la participation du secteur privé à la construction d'infrastructures peut être de libérer l'autorité contractante de la responsabilité immédiate des fonctions qui peuvent être efficacement assumées par le secteur privé. L'autorité contractante peut alors, après avoir établi un besoin particulier en matière d'infrastructure, préférer laisser au secteur privé la responsabilité de proposer la meilleure façon de satisfaire ce besoin, en stipulant cependant certaines exigences (par exemple exigences en matière de réglementation, de résultats ou de sécurité, preuves suffisantes que les solutions techniques proposées ont déjà été essayées et satisfont aux normes de sécurité et autres normes internationalement acceptables). La procédure de sélection choisie par l'autorité contractante peut ainsi mettre l'accent davantage sur les résultats attendus du projet (c'est-à-dire les services ou les biens à fournir) que sur les détails techniques des travaux à exécuter ou sur les moyens à mettre en œuvre pour fournir ces services. Les pouvoirs publics demeurent certes comptables en dernière analyse de la qualité des travaux et des services envers le public mais c'est le secteur privé qui supporte les risques que pourraient entraîner, par exemple, l'inadéquation des solutions techniques appliquées.

c) Critères d'évaluation

27. La collectivité publique finance généralement l'achat de biens, de travaux et de services au moyen des fonds dont elle dispose dans le cadre des crédits budgétaires approuvés. Ayant des sources de financement habituellement sûres, l'entité contractante 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 sur la base du coût de ces travaux et d'autres coûts assumés par l'entrepreneur majorés d'une certaine marge bénéficiaire.

28. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général censés s'autofinancer dans la mesure où les coûts de construction et d'exploitation sont recouverts sur les recettes d'exploitation. Ce fait, allié à l'importance de la plupart des projets d'infrastructure rend l'évaluation des propositions beaucoup plus complexe qu'elle ne l'est

dans les méthodes plus traditionnelles de passation de marchés. En conséquence, il convient de prendre en considération, outre les coûts de construction et d'exploitation et la redevance d'utilisation, un certain nombre d'autres facteurs. C'est ainsi que l'autorité contractante devra examiner avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, la rationalité des arrangements financiers proposés par les soumissionnaires et la fiabilité des solutions techniques appliquées. Cela vaut même en l'absence de garanties ou de paiements de la collectivité publique, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou les frais de maintenance sont plus élevés que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique du pays hôte. En outre, l'autorité contractante aura pour objectif de formuler des critères de qualification et d'évaluation qui donnent l'importance voulue à la nécessité d'assurer la continuité du service public visé et, selon les cas, à un accès universel. Par ailleurs, étant donné la longue durée des concessions d'infrastructures, l'autorité contractante devra s'assurer de la cohérence et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase d'exploitation et évaluera soigneusement les composantes services des propositions (voir par. 83 à 86).

d) Négociations avec les soumissionnaires

29. Les lois et règlements qui régissent la procédure d'appel d'offres interdisent souvent toute négociation entre l'autorité contractante et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure également à l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI, est 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 baisser ses prix ou à faire 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 normalement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de cette procédure.

30. Il en va autrement dans l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Du fait de la complexité et de la durée de ces projets, il est peu probable que l'autorité contractante et le soumissionnaire sélectionné puissent s'accorder sur les clauses d'un projet d'accord sans négociation et sans ajustements pour adapter ces clauses aux besoins particuliers du projet. Cela est particulièrement vrai pour les projets qui comprennent la construction de nouvelles infrastructures où les négociations finales sur les arrangements financiers et sur les garanties ont lieu uniquement après la sélection du concessionnaire. Il est toutefois important de veiller à ce que ces négociations soient menées dans la transparence et ne conduisent pas à modifier les bases de la procédure d'appel d'offres (voir par. 92 et 93).

4. Préparatifs pour la procédure de sélection

31. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé est, dans la plupart des cas, une opération complexe qui doit être soigneusement planifiée et coordonnée entre les services intéressés. En s'assurant que des structures administratives et des effectifs suffisants sont disponibles pour mener à bien la procédure de sélection qu'elle a retenue, l'entité publique contribue de façon décisive à inspirer la confiance dans le processus de sélection.

a) Désignation des membres du comité d'attribution

32. Une mesure préparatoire importante concerne la nomination des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La nomination à ce comité de personnes qualifiées et impartiales non seulement est indispensable pour effectuer une bonne évaluation des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance des soumissionnaires dans le processus de sélection.

33. Une autre mesure préparatoire importante est la nomination de conseillers indépendants qui seront chargés d'aider l'autorité contractante dans la procédure de sélection. L'autorité contractante peut en effet avoir besoin, à

ce stade, de s'assurer les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à établir des critères de qualification et d'évaluation appropriés, à définir les indicateurs de résultat, (et, si nécessaire, les spécifications techniques) et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi aider à évaluer les propositions, rédiger l'accord de projet et le négocier et conclure la transaction. Ils peuvent enfin apporter des connaissances techniques spécialisées dont l'administration du pays hôte ne dispose pas toujours, comme des conseils en ingénierie (par exemple sur l'évaluation technique du projet ou des installations, les clauses techniques du contrat); des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple sur l'évaluation des aspects environnementaux, les spécifications d'exploitation) ou des conseils d'ordre financier (par exemple sur les projections financières, l'examen des sources de financement, la détermination du ratio endettement aux fonds propres, ainsi que la rédaction des documents contenant les informations financières).

b) Étude de faisabilité et autres études

34. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ...), l'une des premières mesures prises par l'entité publique lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimatif et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure. Pour choisir de construire une infrastructure en faisant appel à un financement privé il faut que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives. En outre, l'autorité contractante devrait normalement, dans le cadre des études de faisabilité, évaluer l'impact du projet sur l'environnement. Dans certains pays, il a été jugé utile de prévoir une participation de l'entité publique à l'évaluation préliminaire de l'impact du projet sur l'environnement et des diverses options possibles pour le réduire au minimum.

35. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection d'un concessionnaire éventuel, il est souhaitable que l'autorité contractante examine et, le cas échéant, développe ces études initiales. Dans certains pays, il leur est conseillé d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets 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 soumettre des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure et l'acceptabilité du projet en termes de coût global d'investissement et de coût pour le public. Ils constituent aussi pour l'autorité contractante un instrument utile de comparaison et d'évaluation des propositions. La confiance des soumissionnaires sera renforcée s'ils ont la preuve que l'autorité contractante a examiné avec soin les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout comme le rôle envisagé du secteur privé.

c) Préparation du dossier

36. La procédure de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé exige généralement la préparation d'un dossier exhaustif comprenant un descriptif du projet, la documentation de présélection, la sollicitation de propositions, les instructions pour l'établissement des propositions et un projet d'accord. La qualité et clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection.

37. Dans de nombreux pays, il est d'usage que les pouvoirs publics mettent au point des formulaires types ainsi que les conditions générales des contrats utilisés pour les marchés publics. Dans certains, il existe parfois des contrats types assez détaillés pour différents secteurs d'infrastructure. Une documentation type rédigée en des termes suffisamment précis peut être un élément important qui facilitera les négociations entre les soumissionnaires et les prêteurs et investisseurs potentiels. Elle peut aussi être utile pour traiter de manière cohérente les questions communes à la plupart des projets d'un secteur donné.

38. Toutefois, lorsque l'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait que tel ou tel projet peut soulever des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou qu'il peut appeler des solutions particulières qui pourraient s'écarter des clauses types. Lorsqu'une documentation type est fournie aux soumissionnaires pendant la procédure de sélection, l'autorité contractante peut n'avoir qu'une marge de manœuvre limitée pour négocier les clauses de l'accord de projet avec les soumissionnaires sélectionnés. Il convient donc d'examiner soigneusement 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 à chaque projet.

B. Présélection des soumissionnaires

39. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut souhaiter limiter le nombre des soumissionnaires qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions à ceux qui satisfont à certains critères de qualification. Dans la passation traditionnelle de marchés publics, la procédure de présélection peut consister dans la vérification de certaines conditions de forme telles que des preuves adéquates de la capacité technique ou une expérience antérieure du type de marché visé, de façon à ce que tous les soumissionnaires qui répondent aux critères de présélection soient automatiquement admis à la procédure d'appels d'offres. Pour les projets d'infrastructure à financement privé, la procédure de présélection peut comporter des éléments d'évaluation et de sélection. Aussi n'y trouve-t-on pas la même automaticité que celle qui caractérise la procédure de présélection généralement appliquée pour la passation de marchés de biens ou de services. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante classe par ordre de préférence les soumissionnaires présélectionnés (voir par. 55).

1. Invitation à participer à la procédure de présélection

40. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit publiée de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une véritable concurrence. Dans de nombreux pays, la loi précise dans quelle publication, généralement le journal officiel ou toute autre publication officielle, l'invitation à la présélection doit être diffusée. Pour encourager la participation de sociétés étrangères et favoriser au maximum la concurrence, l'autorité contractante peut exiger que les invitations à participer à la présélection soient publiées dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal à grand tirage international ou dans une publication spécialisée ou encore une revue technique ou professionnelle également de grande diffusion internationale.

41. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements à l'intention des soumissionnaires pour permettre à ces derniers de déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés par le projet et, dans l'affirmative, quelles sont les modalités de participation à la procédure de sélection. L'invitation à la présélection devrait non seulement identifier l'infrastructure à construire ou à rénover, mais également contenir des informations sur d'autres éléments essentiels du projet, tels que les services à fournir par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être dégagés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection.

42. En outre, l'invitation à la procédure de présélection devrait donner des informations générales analogues à celles que contient normalement le dossier de présélection prévu dans les règles générales relatives à la passation des marchés publics (tels que, par exemple, les instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection; toutes pièces ou autres informations exigées des concessionnaires pour prouver leurs qualifications; le mode, le lieu et le délai de soumission des demandes de présélection).

2. Critères de présélection

43. En règle générale, les soumissionnaires devraient être 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. D'autres critères pourraient être particulièrement utiles pour les projets d'infrastructure à financement privé comme la capacité de gérer les aspects financiers du projet et une expérience antérieure de l'exploitation d'une infrastructure publique ou de la fourniture de services sous supervision réglementaire. Les exigences en matière de qualifications devraient porter sur toutes les phases d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance. En outre, les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer qu'ils satisfont aux autres critères de qualification normalement appliqués dans le cadre de la législation générale sur la passation des marchés du pays hôte (par exemple posséder la capacité de contracter; ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou par un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées; s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans l'État; ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché durant un certain nombre d'années précédant l'ouverture de la procédure de sélection, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation).

44. L'autorité contractante devrait déterminer le type de renseignements que doivent fournir les soumissionnaires pour démontrer leur qualification, dont, par exemple, des indicateurs de qualité de leur performance passée en tant que prestataires de services publics ou qu'exploitants d'infrastructures. De tels renseignements peuvent porter sur divers éléments: taille et type de projets déjà réalisés; niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet; moyens organisationnels suffisants, dont le matériel minimum requis pour les travaux de construction, l'exploitation et la maintenance. L'autorité contractante devrait indiquer assez précisément la manière dont les soumissionnaires doivent faire la preuve de leur capacité à assumer les obligations financières associées aux phases des études techniques, de la construction et de l'exploitation du projet. Elle peut demander des renseignements suffisants qui lui permettent de déterminer si un soumissionnaire est en mesure d'investir dans le projet suffisamment de fonds propres et exiger de banques de bonne réputation des preuves suffisantes de sa solidité financière et de l'adéquation de ses ressources.

45. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité contractante concerne la relation entre l'attribution d'un projet donné et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur correspondant (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ...). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les pouvoirs publics peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur visé ne soit pas dominé par une seule entreprise (par exemple la même société ne doit pas exploiter plus d'un certain nombre de compagnies locales de téléphone dans les limites d'un territoire donné). L'autorité contractante peut ainsi souhaiter avoir la possibilité de rejeter une proposition si elle établit que l'attribution du projet à son auteur entraînerait une domination du marché par une entreprise donnée ou fausserait de toute autre manière la concurrence dans le secteur visé. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoie que lorsque l'autorité contractante se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons susmentionnées ou pour des raisons analogues, ce fait soit dûment indiqué dans l'invitation à la procédure de présélection.

46. Les prescriptions en matière de qualification doivent s'appliquer de la même manière à tous les soumissionnaires. Une autorité contractante ne devrait, pour les qualifications des soumissionnaires, appliquer aucun critère, aucune condition ni aucune procédure non énoncés dans le dossier de présélection. Lors de l'examen des qualifications professionnelles et techniques d'un consortium de soumissionnaires, l'autorité contractante devrait

prendre en considération les spécialisations des différents membres du consortium et déterminer si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

3. Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires

47. Compte tenu de l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection par le biais de consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium devraient concerner à la fois le consortium dans son ensemble et ses différents éléments. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité contractante, il peut être utile de spécifier dans le dossier de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité contractante. Il est généralement souhaitable que cette dernière exige des membres du consortium qu'ils soumettent une déclaration sous serment dans laquelle ils s'engagent, si le contrat leur est octroyé, à être liés solidairement pour les obligations assumées au nom du consortium en vertu de l'accord de projet. L'autorité contractante peut sinon se réserver le droit de demander ultérieurement que tous les membres du consortium sélectionné créent une entité juridique indépendante pour mener à bien le projet (voir aussi chap. IV "L'accord de projet", par. ...).

48. Il est également souhaitable que l'autorité contractante examine avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il peut arriver qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à 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 portera 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 qu'aucune société n'est 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 filiales. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification des consortiums qui la commettent.

4. Présélection et préférences nationales

49. Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial revêt parfois la forme d'une exigence effective (pourcentage minimum de participation nationale dans le consortium par exemple) ou de conditions préalables à la participation à la procédure de sélection (nomination d'un partenaire local à la tête du consortium de soumissionnaires par exemple).

50. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Tout d'abord, elles ne sont pas autorisées dans les principes directeurs de certaines institutions financières internationales et peuvent être incompatibles avec des obligations internationales contractées par de nombreux États en vertu d'accords sur l'intégration économique régionale ou la facilitation du commerce. En outre, du point de vue du pays hôte, il importe de comparer les avantages que peuvent présenter les préférences nationales à l'inconvénient d'ôter à l'autorité contractante 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 offrir des incitations aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale, n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Les préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les soumissionnaires nationaux ou les soumissionnaires qui s'engagent à acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue à l'article 34-4 d) de la Loi type de la CNUDCI, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation subjectifs. En outre, cette formule permet à l'autorité

contractante de donner la préférence à des soumissionnaires locaux qui peuvent se rapprocher des normes du marché compétitif international, et à le faire sans exclure complètement la concurrence étrangère. Lorsque l'on envisage d'appliquer des préférences nationales, il est souhaitable d'en faire état à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

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

51. Dans certains pays, le prix demandé pour le dossier de présélection peut être élevé alors que dans d'autres il peut n'englober que les frais d'impression et d'envoi aux soumissionnaires. Un dossier de présélection coûteux peut être un moyen supplémentaire de limiter le nombre des soumissionnaires, mais en même temps il majore le coût déjà considérable de la participation à la procédure de sélection. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des projets d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'octroi d'un contrat peuvent dissuader certaines entreprises de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures de sélection appliquées dans le pays hôte.

52. Certains pays autorisent donc l'autorité contractante à envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux frais assumés par eux après la phase de présélection, lorsque la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. Il est souhaitable 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.

6. Procédure de présélection

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

54. Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible mais suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre par exemple). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative pour les critères techniques, financiers et de gestion en tenant compte de la nature du projet. Les critères de présélection quantitatifs sont jugés plus facilement applicables et plus transparents que les critères qualitatifs qui exigent le recours à des points de valeur. Toutefois, lorsque l'on élabore un système de notation quantitative, il est important d'éviter de limiter inutilement la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour évaluer les qualifications des soumissionnaires. Cette dernière peut aussi être appelée à tenir compte du fait que les principes directeurs en matière de passation de marchés de certaines institutions financières multilatérales interdisent le recours à des procédures de présélection visant à déterminer à l'avance le nombre de soumissionnaires. En tout état de cause, l'application d'un tel système de notation doit être clairement indiquée dans le dossier de présélection.

55. Une fois terminée la phase de présélection, l'autorité contractante établit en général une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Elle peut parfois se heurter à un problème pratique lorsque des modifications de la composition de consortiums de projet sont proposées au cours de la procédure de sélection. Elle doit faire preuve de prudence lorsqu'une telle proposition intervient après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent en effet de modifier sensiblement la base sur laquelle elle s'est fondée pour établir sa liste sélective et peuvent susciter des

doutes quant à l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les soumissionnaires présélectionnés devraient être autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si l'autorité contractante peut s'assurer qu'un nouveau membre du consortium satisfait aux critères de sélection essentiellement dans la même mesure que le membre dont il a pris la place.

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

C. Procédures de sollicitation de propositions

57. La présente section examine les procédures utilisées pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés. Elles sont par certains côtés analogues aux procédures de sollicitation de propositions applicables en vertu de la méthode préférée pour la passation de marché de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes qui attribuent des projets d'infrastructure.

1. Phases de la procédure

58. Il est souhaitable qu'après la présélection des soumissionnaires, l'autorité contractante revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière de résultats et d'exécution et se demande si une révision de ces prescriptions est nécessaire à la lumière des renseignements obtenus pendant la procédure de présélection. À ce stade, elle devrait avoir déjà déterminé si elle recourra à une procédure en une seule étape ou en deux étapes pour solliciter des propositions; si les soumissionnaires seront invités à formuler des propositions sur la base des indicateurs de résultats ou des spécifications techniques; et dans le dernier cas, si d'autres spécifications seront envisagées.

a) Procédure en une étape

59. Le choix entre une procédure en une étape et une procédure en deux étapes pour la sollicitation de propositions dépendra de la nature du contrat, de la précision avec laquelle les spécifications techniques peuvent être définies et de la décision de prendre ou non en considération le produit demandé (ou les indicateurs de résultats) pour la sélection du concessionnaire. Si l'on juge que l'autorité contractante peut et a intérêt à formuler des indicateurs de résultats ou des spécifications techniques suffisamment précis ou définitifs, la sélection peut se faire en une étape, auquel cas, après avoir terminé la présélection, l'autorité contractante passera directement à la sollicitation définitive de propositions (voir par. 65 à 74)

b) Procédure en deux étapes

60. Dans certains cas, cependant, l'autorité contractante peut ne pas être en mesure de donner des spécifications techniques ou des indicateurs de résultats suffisamment détaillés et précis pour permettre une formulation, une évaluation et une comparaison uniformes des propositions sur la base de ces spécifications et indicateurs. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas déterminé le type d'intrants techniques et matériels qui conviendrait pour le projet visé (par exemple le type de matériau de construction à utiliser pour un pont). Il peut alors être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications ou d'indicateurs élaborés en l'absence d'échanges de vues avec les soumissionnaires quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des offres faites. C'est pourquoi l'autorité contractante souhaitera peut-être diviser la procédure de sélection en deux étapes et prévoir une certaine souplesse pour permettre des échanges de vues avec les soumissionnaires.

61. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes, les soumissionnaires sont généralement invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à présenter des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles envisagées. L'appel d'offres permettrait aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre à un besoin particulier en matière d'infrastructure conformément aux normes de service définies. Les propositions soumises à ce stade consisteraient normalement dans des solutions fondées sur un schéma théorique ou sur des indicateurs de résultats sans indication des éléments financiers, tels que la tarification escomptée ou le niveau de rémunération.

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

63. L'autorité contractante peut ensuite réunir les soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la sollicitation de propositions et le dossier qui l'accompagne. Elle peut, au cours de cette première étape, procéder à des échanges de vues avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. Elle devrait traiter les propositions de manière à éviter que leur contenu ne soit dévoilé aux soumissionnaires concurrents. Les échanges de vues doivent être confidentiels et l'une des parties à ces échanges ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques, financières ou autres y ayant trait sans le consentement de l'autre partie.

64. À l'issue de ces échanges de vues, l'autorité contractante devrait examiner et, au besoin, réviser les spécifications initiales. Ce faisant, elle devrait être autorisée à supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives du projet initialement indiquées dans la sollicitation de propositions ainsi que tout critère initialement énoncé dans le dossier pour évaluer et comparer les propositions. Tout ajout, suppression ou modification ainsi décidé devrait être communiqué aux soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives. Les soumissionnaires qui ne souhaitent pas présenter une proposition définitive devraient avoir la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à toute garantie de soumission qui a pu leur être demandée.

2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

65. Au stade final, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions définitives sur la base des indicateurs de résultats (ou des spécifications techniques, selon les cas) et des clauses contractuelles révisés.

66. La sollicitation de propositions devrait généralement inclure toutes les informations nécessaires pouvant servir de base aux soumissionnaires pour présenter des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité contractante et que celle-ci puisse comparer de manière objective et équitable.

a) Informations générales données aux soumissionnaires

67. Les informations générales à communiquer aux soumissionnaires devraient comprendre, selon les besoins, les éléments qui figurent normalement dans le dossier de sollicitation ou les sollicitations de propositions pour la passation de marchés de biens, de travaux et de services (voir, par exemple, les articles 27 et 38 de la Loi type de la CNUDCI). Il s'agit par exemple des éléments suivants:

a) Instructions pour l'établissement et la soumission des propositions, y compris le mode, le lieu et la date limite de soumission ainsi que la période de validité des propositions et toutes exigences concernant les garanties de soumission;

b) Modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et mention indiquant si l'autorité contractante a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de soumissionnaires;

c) Lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen;

d) Manière dont les propositions seront évaluées. Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue, y compris toute marge de préférence et tout critère autre que le prix, et l'importance relative de ces critères (voir par. 83 à 86).

68. Si des variantes, y compris par rapport aux éléments non obligatoires de la sollicitation de propositions, sont autorisées, l'autorité contractante devrait indiquer la manière dont elles seront comparées et évaluées. Les variantes devraient être rejetées si elles ne sont pas accompagnées d'une proposition entièrement conforme. Lorsque l'autorité contractante se réserve en outre le droit de rejeter toutes les propositions, sans encourir aucune responsabilité envers les soumissionnaires, par exemple le remboursement des frais d'établissement et de soumission des propositions, elle devrait l'indiquer dans la sollicitation de propositions.

b) Spécifications techniques et indicateurs de résultats

69. Le degré de précision des spécifications, de même que l'équilibre approprié entre les intrants et le produit, 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 (voir par. 25 et 26). Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir des renseignements suffisants pour sélectionner le soumissionnaire qui offre le meilleur rapport qualité/prix.

70. De manière générale, lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions sur la base d'un ensemble unique de spécifications techniques, cette sollicitation comprend normalement les informations suivantes:

a) Description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles;

b) Lieu où les travaux doivent être effectués et les services fournis;

c) Calendrier pour l'exécution de travaux et la fourniture des services;

d) Exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

71. Lorsque l'autorité contractante sollicite des propositions sur la base d'indicateurs de résultats, il est important qu'elle formule ces derniers d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Les indicateurs de résultats comprennent normalement des éléments tels que ceux qui sont énuméré ci-après:

a) Description du projet et du produit attendu. Si les services exigent des bâtiments particuliers, tels qu'un terminal de transport ou un aéroport, l'autorité contractante peut souhaiter ne fournir que des indications générales de planification pour la division du site en zones d'utilisation, au lieu de donner des plans qui montrent le tracé de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux;

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

c) Exigences concernant l'expansion des services;

d) Qualité de la maintenance des ouvrages;

e) Intérêt porté aux clients;

f) Solidité économique et financière du concessionnaire.

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

c) **Clauses contractuelles**

73. Il est souhaitable que le dossier de soumission donne quelque indication sur la manière dont l'autorité contractante entend répartir les risques du projet. Cela est important pour poser les termes du débat lors des négociations détaillées sur l'accord de projet. Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires chercheront probablement à réduire au minimum ceux qu'ils acceptent, ce qui pourrait aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet. Par ailleurs, la sollicitation de propositions devrait contenir des informations sur les éléments essentiels des arrangements contractuels qu'envisage l'autorité contractante, notamment les suivants:

a) Durée de la concession ou invitation faite aux soumissionnaires à présenter des propositions pour la durée de la concession;

b) Formule et indices des prix à utiliser pour les ajustements aux tarifs;

c) Appui des pouvoirs publics et aides à l'investissement, le cas échéant;

d) Cautionnements;

e) Exigences des organes réglementaires, le cas échéant;

- f) Règles et réglementations monétaires régissant les envois de fonds en devises étrangères;
- g) Arrangements concernant le partage des recettes, le cas échéant;
- h) Indication des catégories d'actifs que le concessionnaire serait tenu de transférer à l'autorité contractante ou de mettre à la disposition du concessionnaire suivant à la fin de la durée du projet;
- i) Lorsqu'un nouveau concessionnaire est sélectionné pour exploiter une infrastructure existante, description des actifs et des biens qui seront mis à sa disposition;
- j) Variante possible, sources de recettes supplémentaires ou accessoires (par exemple des concessions pour l'exploitation d'infrastructures existantes), le cas échéant, pouvant être offertes au soumissionnaire retenu.

74. Afin d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu après l'évaluation des propositions (voir par. 92 et 93), la sollicitation définitive de propositions devrait indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui sont censées être non négociables.

3. Éclaircissements et modifications

75. 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 contractante ait le droit de modifier la sollicitation de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est aussi souhaitable de lui donner 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 soumissionnaire, en publiant un additif à un moment quelconque avant la date limite fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque la sollicitation de propositions est profondément modifiée, la date limite de soumission des propositions devra peut-être être repoussée.

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

4. Teneur des propositions définitives

a) Propositions techniques

77. Les propositions techniques que doivent présenter les soumissionnaires devraient inclure les renseignements suivants:

- a) Faisabilité opérationnelle du projet, avec indication de l'organisation, des méthodes et des procédures d'exploitation et de maintenance envisagées;
- b) Bien-fondé du projet d'ingénierie préliminaire, avec calendrier des travaux proposé;
- c) Évaluation environnementale préliminaire indiquant les effets négatifs potentiels du projet sur l'environnement et les mesures envisagées pour les atténuer;

d) Coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (apport de fonds propres, emprunts par exemple);

e) Garantie de soumission (voir par. 81 et 82).

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

b) Propositions financières

79. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent en général provenir essentiellement des péages, redevances ou droits payés par les clients ou les usagers de l'infrastructure, la proposition financière devrait indiquer la structure tarifaire proposée. Pour les projets dans lesquels le concessionnaire est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou un autre organisme public pour amortir ses investissements, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé. En outre, dans les deux cas, elle devrait comprendre les éléments suivants:

a) Valeur actuelle des charges ou des paiements d'amortissement proposée sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres;

b) Durée proposée de la concession, lorsqu'elle n'a pas été précisée dans la sollicitation de propositions;

c) Importance de l'appui financier requis des pouvoirs publics, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue de l'autorité contractante;

d) Étendue des risques supportés par les soumissionnaires pendant la phase de construction et d'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, l'apport de fonds propres et autres garanties contre ces risques.

c) Études de faisabilité

80. Les études de faisabilité revêtent une importance particulière dans les projets d'infrastructure à financement privé et devraient couvrir, par exemple, les aspects ci-après:

a) *Viabilité commerciale*: notamment dans les projets assortis d'un financement sans droit de recours ou avec un droit de recours limité, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation sur la durée de vie opérationnelle du projet, y compris la demande escomptée (prévision de trafic pour une route, par exemple) et la tarification (péages, par exemple);

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle*: les soumissionnaires devraient être invités à faire la preuve que les technologies qu'ils proposent, y compris le matériel et les procédés, sont adaptées aux conditions nationales, locales et environnementales, que le niveau de performance envisagé sera probablement atteint et que les méthodes de construction et le calendrier des travaux sont satisfaisants. Cette étude devrait aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures envisagées pour l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage achevé;

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

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

d) Garanties de soumission

81. Il est souhaitable que les lois et règlements régissant le processus de sélection donnent à l'autorité contractante le pouvoir d'exiger que les soumissionnaires prévoient une garantie de soumission pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du soumissionnaire retenu de conclure un accord de projet.

82. Il est souhaitable que la sollicitation de propositions indique quelles sont les exigences de l'autorité contractante en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres caractéristiques principales de toute garantie de soumission demandée aux soumissionnaires. Afin d'assurer un traitement équitable de tous les soumissionnaires, les prescriptions qui font directement ou indirectement référence à leur conduite ne devraient porter 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 contractante l'exige; défaut de présentation d'une garantie de bonne exécution du contrat après l'acceptation de la proposition ou non-respect de toute autre condition antérieure à la signature de l'accord de projet spécifiée dans la sollicitation de propositions. Des mesures devraient être prévues pour assurer que l'exigence d'une garantie de soumission est imposée équitablement et uniquement dans le but recherché⁶.

5. Critères d'évaluation

83. Le comité d'attribution devrait noter les éléments techniques et financiers de chaque proposition en appliquant le système de notation annoncé à l'avance pour les critères d'évaluation technique et préciser par écrit les raisons de la note donnée. De manière générale, il importe que l'autorité contractante trouve un équilibre approprié entre les critères d'évaluation relatifs aux investissements matériels (les travaux de construction par exemple), et ceux qui concernent l'exploitation de l'infrastructure et la qualité des services que doit fournir le concessionnaire. Elle devrait aussi accorder une importance suffisante à ses besoins à long terme, en particulier à la nécessité d'assurer la continuité du service au niveau de qualité et de sécurité requis.

⁶L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment: impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer 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 l'entrée en vigueur d'un accord de projet; ou d) le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans la sollicitation de propositions.

84. Les critères d'évaluation technique sont conçus de manière à faciliter l'évaluation de la viabilité technique, opérationnelle, environnementale et financière de la proposition eu égard aux spécifications, aux indicateurs et aux prescriptions énoncés dans le dossier de soumission. Dans la mesure du possible, les critères techniques qu'applique l'autorité contractante devraient être objectifs et quantifiables de manière à ce que les propositions puissent être évaluées avec objectivité et comparées sur une base commune. Cela réduit les risques de décisions discrétionnaires ou arbitraires. La réglementation qui régit le processus de sélection pourrait énoncer les modalités de formulation et d'application de ces facteurs. Les propositions techniques pour les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement évaluées sur la base des critères ci-après:

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

b) *Faisabilité opérationnelle.* L'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé doivent être bien définies, être conformes aux normes de résultats prescrites et il convient de démontrer qu'elles sont applicables. Lorsque cela est possible, il faudrait prévoir le transfert de la technologie utilisée à chaque phase du projet;

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

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

e) *Viabilité financière.* Les propositions techniques devraient démontrer que le plan de financement proposé permet de couvrir les coûts de construction, d'exploitation et de maintenance du projet. L'autorité contractante devrait déterminer si les propositions de financement des soumissionnaires répondent de manière adéquate aux exigences en matière de coûts;

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

85. Outre les critères d'évaluation technique, l'autorité contractante doit définir les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement de péages, redevances ou charges payés par les clients ou les utilisateurs de l'infrastructure, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle des péages, redevances, loyers et autres charges proposés pendant la durée de la concession conformément aux normes minima prescrites concernant la conception et les résultats. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante pour amortir ses investissements, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont généralement basées sur la valeur actuelle des paiements du plan d'amortissement proposé pour l'infrastructure à construire conformément aux normes, plans et spécifications minima prescrits pour la conception et les résultats. Toutefois, l'autorité contractante ne devrait pas limiter l'évaluation des éléments financiers des propositions finales à une comparaison des prix unitaires offerts pour le produit attendu. Pour bien déterminer la faisabilité financière des propositions et la probabilité d'augmentations ultérieures des prix proposés, il peut être nécessaire de prendre

en considération d'autres critères tels que le coût des activités de conception et de construction; les coûts annuels d'exploitation et de maintenance; la valeur actuelle des dépenses d'équipement et des coûts d'exploitation; ainsi que le montant des subventions, le cas échéant, attendus des pouvoirs publics.

86. La forme et la complexité de l'évaluation des propositions financières varient en fonction de la forme de participation du secteur privé qui est souhaitée. Dans certains cas, la proposition financière peut inclure le coût du financement offert par les soumissionnaires; la demande de financement et la manière dont cet élément sera pris en compte dans l'évaluation des propositions devraient alors être définies dans la sollicitation de propositions. Lorsqu'elle établit les critères d'évaluation des propositions financières, il importe que l'autorité contractante examine avec soin l'importance relative du prix unitaire proposé pour le produit attendu comme critère d'évaluation. Le prix unitaire est certes un facteur important pour assurer l'objectivité et la transparence du choix entre des propositions également conformes, mais il convient de noter que pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé la notion de "prix" n'a habituellement pas la même valeur que pour la passation de marchés de biens et de services. En effet, la rémunération du concessionnaire provient souvent à la fois des redevances payées par les usagers, de sources de recettes auxiliaires et de subventions ou de paiements directs versés par l'entité publique qui octroie le contrat. En conséquence, si le prix unitaire du produit attendu demeure un élément important de comparaison des propositions, il peut ne pas être toujours considéré comme le plus important.

6. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

87. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Les offres reçues par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devraient pas être ouvertes et devraient être renvoyées aux soumissionnaires qui les ont présentées.

88. Afin de garantir la transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures officielles pour l'ouverture des propositions, généralement à une date spécifiée dans la sollicitation de propositions et exigent que l'autorité contractante autorise les soumissionnaires, ou leurs représentants, à assister à cette ouverture. Une telle exigence aide à réduire au minimum le risque que les propositions soient modifiées ou faussées d'autres manières et constitue une garantie importante de l'intégrité de la procédure.

89. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé et la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution du projet, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes séparées. Ce système à deux enveloppes est parfois utilisé parce qu'il permet à l'autorité contractante d'évaluer la qualité technique des propositions sans être influencée par leurs volets financiers. Toutefois, la méthode a été critiquée au motif qu'elle allait à l'encontre de l'objectif d'économie dans l'attribution des marchés publics. En particulier, en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante pourrait, dit-on, être tentée, lors de l'ouverture de la première enveloppe, de choisir les propositions offrant des ouvrages techniquement supérieurs et de rejeter celles qui offrent des solutions moins sophistiquées mais qui répondent néanmoins à ses besoins pour un coût globalement inférieur. Les institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale, n'acceptent pas le système à deux enveloppes pour les projets qu'elles financent car elles craignent que ce système ne donne une plus grande latitude de manœuvre dans l'évaluation des propositions et rende plus difficile une comparaison objective.

90. Pour éviter le système à deux enveloppes, les autorités contractantes peuvent exiger que les propositions techniques et financières soient regroupées, mais structurer leur évaluation en deux étapes, comme dans la procédure d'évaluation prévue à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI. Dans un premier temps, l'autorité contractante fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques en application des critères techniques énoncés dans les propositions, puis elle évalue chacune des propositions techniques en fonction de ces critères, de leur importance relative et de leurs modalités d'application tels qu'indiqués

dans la sollicitation de propositions. Elle compare ensuite les propositions financières dont la note est égale ou supérieure au seuil fixé. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité contractante devrait d'abord s'assurer que les propositions techniques sont à première vue conformes à la sollicitation de propositions (en déterminant par exemple si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes ou partielles, ainsi que celles qui s'écartent des sollicitations de propositions devraient être rejetées à ce stade. Si l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires des éclaircissements au sujet de leurs propositions, aucune modification quant au fond, y compris des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade.

91. Il est important, pour l'autorité contractante, non seulement de décider du système qu'elle utilisera (système à deux enveloppes ou procédure d'évaluation en deux étapes) mais également de faire savoir quelle est l'importance relative qui sera accordée à chacun des critères d'évaluation et comment ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Pour bien équilibrer les aspects financiers et techniques des propositions, deux approches sont possibles. On peut, d'une part, considérer que la proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée sur la base des critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix qu'indépendants de ces derniers. Mais on peut aussi décider que le prix proposé pour le produit (tarif de l'eau ou de l'électricité, montant des péages, par exemple) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui sont conformes (c'est-à-dire qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques). En tout état de cause, pour encourager la transparence du processus de sélection et éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il est souhaitable 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.

7. Négociations finales

92. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note 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 sur l'accord de projet. Les négociations finales devraient avoir pour unique objectif de fixer les derniers détails du dossier de transaction et de satisfaire aux demandes raisonnables des prêteurs du soumissionnaire sélectionné. Le risque que les négociations avec le soumissionnaire sélectionné ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou la répartition des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment de la collectivité publique ou des consommateurs, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités contractantes. Il devrait être interdit de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations, à ce stade, ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions. Il serait possible de réduire encore le risque de renégociation des clauses commerciales à ce stade tardif en insistant pour que les prêteurs du soumissionnaire sélectionné indiquent qu'ils sont satisfaits de la répartition des risques envisagée dans la proposition à un stade où il y a encore concurrence entre les soumissionnaires (voir par. 78). Les conseillers financiers de l'autorité contractante pourraient contribuer à ce processus en indiquant si les propositions des soumissionnaires sont réalistes et quel est le niveau des engagements financiers approprié à chaque étape. La conclusion des arrangements financiers peut prendre elle-même beaucoup de temps.

93. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec le soumissionnaire ayant obtenu la meilleure note n'aboutissaient pas à un accord de projet. S'il apparaît effectivement à l'autorité contractante que les négociations n'aboutiront pas, elle devrait informer le soumissionnaire retenu qu'elle y met fin avant d'inviter à des négociations le soumissionnaire qui le suit 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 inutiles, l'autorité contractante ne devrait pas rouvrir les négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin.

8. Avis d'attribution du projet

94. Les accords de projet comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité contractante et le concessionnaire 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. À 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 contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant notamment les renseignements ci-après: a) le nom du concessionnaire; b) les annexes et pièces jointes qui font partie de l'accord; c) un descriptif des travaux et des services dont se chargera 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 devra fournir; g) les droits de suivi de l'autorité contractante et les recours en cas de contravention à l'accord de projet; h) les obligations des pouvoirs publics, y compris, les paiements, subventions, ou indemnisations qu'ils verseront 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.

D. Négociations directes

95. Dans la tradition juridique de certains pays, les projets d'infrastructure à financement privé impliquent la délégation, par l'autorité contractante, du droit et de l'obligation de fournir un service public. En ce sens, ils relèvent d'un régime juridique particulier qui diffère par de nombreux aspects du régime généralement applicable à l'attribution de marchés publics de biens, de travaux et de services.

96. Dans ces systèmes juridiques, une entité publique peut généralement choisir entre plusieurs procédures pour l'attribution d'un marché public de biens ou de services. En règle générale, ces procédures comportent les éléments suivants: obligation de publicité, concurrence et stricte application des critères d'attribution préétablis. La procédure la plus commune est celle de l'appel d'offres, dans laquelle le contrat est octroyé au soumissionnaire qui offre le prix le plus bas. Il existe certes des procédures moins rigides, telles que la sollicitation de propositions, qui permet de prendre en considération des éléments autres que le prix (par exemple le coût d'exploitation, les qualités techniques et les délais d'achèvement proposés), mais il n'est fait recours à des négociations que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, ces pays appliquent des procédures différentes pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé. Étant donné la nature très particulière des services requis (par exemple complexité, montant des investissements et délais d'achèvement), les procédures utilisées mettent l'accent sur la liberté de l'autorité contractante de choisir l'exploitant qui répond le mieux à ses besoins, en termes de qualification professionnelle, de surface financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité de la proposition. Contrairement aux procédures de sélection avec appel à la concurrence, qui peuvent parfois sembler trop rigides, la sélection par négociation directe se caractérise par une grande souplesse et une grande liberté d'appréciation pour l'autorité contractante. Toutefois, liberté de négocier ne signifie pas choix arbitraire et les lois de ces pays prévoient des procédures visant à garantir la transparence et l'équité dans la conduite du processus de sélection.

97. Dans d'autres pays, où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics, les principes directeurs publiés à l'intention des autorités contractantes recommandent le recours aux négociations directes chaque fois que possible pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Celles-ci, en effet, évitent à l'entité publique d'être tenue par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et lui permettent de disposer d'une plus grande marge d'action pour tirer partie 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 ses propres exigences au cas où des options plus intéressantes pour répondre à ses besoins d'infrastructure seraient formulées au cours des négociations.

98. Les méthodes négociées offrent généralement une grande souplesse, ce que certains pays peuvent juger avantageux pour la sélection du concessionnaire. Ces méthodes peuvent toutefois présenter un certain nombre d'inconvénients qui les rendent moins appropriées comme principales méthodes de sélection dans un certain nombre de pays. En raison de cette souplesse et de la grande marge d'action dont bénéficie l'autorité contractante, les méthodes négociées exigent un personnel hautement qualifié et ayant une expérience suffisante pour la négociation de projets complexes. Elles exigent aussi une équipe de négociateurs bien structurée, des rapports hiérarchiques clairement définis et une très bonne coordination et coopération entre tous les services intéressés. Le recours à des négociations pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé risque par conséquent de ne pas constituer une solution 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 craindre que la plus grande latitude que laissent les méthodes négociées aille de pair avec un plus grand risque de pratiques abusives ou de manœuvres corrompues. Compte tenu de ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter prescrire le recours à des procédures de sélection avec appel à la concurrence comme règle pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé et réserver les négociations directes uniquement à des cas exceptionnels.

1. Circonstances autorisant le recours à des négociations directes

99. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des projets, il peut être souhaitable, en règle générale, que la loi détermine les circonstances exceptionnelles qui peuvent autoriser le recours aux négociations directes, à savoir notamment:

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

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

c) Pour des raisons de défense nationale;

d) Lorsqu'il n'existe qu'une seule source capable de fournir le service requis (nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent, par exemple);

e) En raison du manque de personnel expérimenté ou de l'absence de structures administratives adéquates pour mener la procédure de sélection avec appel à la concurrence.

100. En plus de ce qui précède, il peut arriver qu'une fois la procédure de sélection avec appel à la concurrence engagée, l'autorité contractante décide de changer de méthode de sélection et choisisse des négociations directes. Cela peut se produire en particulier lorsqu'une invitation à une procédure de présélection ou une sollicitation de propositions n'aboutit à aucune demande de présélection ou proposition, ou lorsque l'autorité contractante a rejeté

toutes les propositions et estime qu'une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Dans ce cas, elle peut préférer entamer des négociations avec les soumissionnaires qui ont soumis des offres conformes plutôt que d'avoir à rejeter toutes les propositions et entamer une nouvelle procédure dont l'issue serait incertaine.

2. Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes

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

a) Approbation

102. Dans nombre de pays s'applique une condition préalable, à savoir que l'autorité contractante doit obtenir l'approbation d'une autorité de tutelle avant de pouvoir entamer une procédure de sélection par voie négociée. En règle générale, la demande d'approbation doit être formulée par écrit et doit énoncer les motifs qui justifient le recours à la négociation. Les critères d'approbation ont en particulier pour objet de garantir que la sélection par voie négociée n'est utilisée que dans des circonstances appropriées.

b) Sélection des partenaires de la négociation

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

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

105. Dans certains pays, les règles de publicité ne jouent pas lorsque l'autorité contractante recourt à la négociation à la suite d'une procédure d'appel d'offres infructueuse (voir par. 100), si tous les entrepreneurs ou fournisseurs qualifiés ayant soumis des offres sont autorisés à participer aux négociations, ou si aucune offre n'a été reçue.

c) Critères de comparaison et d'évaluation des offres

106. Une autre mesure utile pour améliorer la transparence et l'efficacité des négociations directes consiste à établir des critères généraux auxquels les propositions doivent satisfaire (objectifs généraux de résultat, spécifications concernant le produit), ainsi que des critères de comparaison et d'évaluation des offres faites pendant les négociations et de sélection du concessionnaire qui sera retenu (par exemple la valeur technique d'une offre, les tarifs, les coûts d'exploitation et de maintenance, les incidences des clauses contractuelles sur le concessionnaire ainsi que la rentabilité et les perspectives de développement que peut offrir l'accord de projet). L'autorité contractante devrait recenser les propositions qui semblent satisfaire à ces critères et organiser des entretiens avec l'auteur de chacune d'entre elles afin de les affiner et de les améliorer jusqu'à ce qu'elles lui conviennent. Le prix de chaque proposition n'entre pas en ligne de compte dans ces entretiens. Une fois les propositions finalisées, l'autorité contractante a peut-être intérêt à rechercher la meilleure offre définitive en se basant sur les propositions clarifiées. Il est recommandé que les soumissionnaires incluent dans leur offre définitive des preuves montrant que la répartition des risques qui y est associée rencontrerait l'agrément de leurs prêteurs éventuels. L'autorité contractante peut ensuite choisir l'offre qu'elle retiendra parmi les meilleures offres définitives reçues. Le projet sera alors attribué à la partie dont la proposition est la "plus économique" ou la "plus avantageuse". Il est recommandé que l'autorité contractante indique dans l'invitation à négocier son intention de rechercher ou non la meilleure offre définitive.

d) Procès-verbal de la procédure de sélection

107. L'autorité contractante devrait être tenue d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection. Il devrait comprendre des informations concernant les circonstances qui justifient le recours à la négociation, les entrepreneurs ou fournisseurs invités à négocier, les entrepreneurs ou fournisseurs ayant demandé à participer et les entrepreneurs ou fournisseurs n'ayant pas été autorisés à participer ainsi que les motifs de leur exclusion.

E. Propositions spontanées

108. Des entreprises privées contactent parfois directement des organismes publics pour leur soumettre des propositions de projets pour lesquels aucune procédure de sélection n'a été ouverte. Ces propositions sont généralement appelées "propositions spontanées". Elles peuvent résulter de l'identification par le secteur privé d'un besoin en matière d'infrastructures qui pourrait être satisfait par un projet à financement privé. Il peut également s'agir de propositions novatrices pour la gestion d'une infrastructure offrant la perspective d'un transfert de technologies nouvelles vers le pays hôte.

109. La principale question qui se pose pour les propositions spontanées est celle de savoir s'il est ou non souhaitable d'autoriser l'autorité contractante à négocier de gré à gré avec le soumissionnaire ou s'il convient de recourir, dans ce cas également, aux procédures d'attribution généralement applicables.

1. Considérations de politique générale

110. Une des raisons parfois citées pour déroger à la règle de la procédure de sélection avec appel à la concurrence est la nécessité d'inciter le secteur privé à soumettre des propositions supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante. Étant donné la nature même des procédures de sélection avec appel à la concurrence, aucun soumissionnaire n'a l'assurance de se voir attribuer le projet, sauf s'il sort vainqueur de la compétition. Le coût d'établissement de propositions pour de grands projets d'infrastructure peut décourager les sociétés qui craignent que leurs propositions ne soient pas à la hauteur de celles

soumises par des soumissionnaires concurrents. Par contre, le secteur privé peut voir dans des règles qui permettent à une autorité contractante de négocier de telles propositions directement avec leurs auteurs une incitation à soumettre des propositions spontanées. L'autorité contractante peut, elle aussi, trouver son intérêt dans des négociations directes qui encouragent le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement d'infrastructures.

111. D'un autre côté, cependant, l'attribution de projets faisant suite à des propositions spontanées et sans la concurrence d'autres soumissionnaires peut exposer les pouvoirs publics à de graves critiques, en particulier dans le cas de concessions avec exclusivité. En outre, les prêteurs potentiels, y compris les institutions financières multilatérales et bilatérales, peuvent avoir des difficultés à octroyer des crédits ou donner des garanties pour des projets qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence. Ils peuvent en effet craindre une remise en question ou une annulation par de futurs gouvernements (par exemple, parce qu'il peut être ultérieurement estimé que l'attribution du projet est entachée de favoritisme ou parce que la procédure ne prévoyait pas de paramètres objectifs pour la comparaison des prix, des éléments techniques et de la pertinence générale du projet) ou en raison de contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des tarifs ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure de sélection avec appel à la concurrence.

112. Compte tenu des considérations ci-dessus, il est important que le pays hôte examine la nécessité et l'opportunité de concevoir des procédures spéciales pour les propositions spontanées, qui s'écartent des procédures généralement suivies pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. À cette fin, il peut être utile d'analyser les deux situations les plus couramment mentionnées à propos des propositions spontanées, à savoir: les propositions spontanées qui, selon leurs auteurs, supposent l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante et celles dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante.

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

113. De manière générale, en ce qui concerne les projets d'infrastructure pour lesquels il est nécessaire de recourir à un procédé ou à une méthode industriels, l'autorité contractante aurait intérêt à encourager la soumission de propositions incorporant les procédés, les conceptions, les études ou les concepts techniques les plus modernes et démontrant la capacité du soumissionnaire d'apporter un plus (par exemple en réduisant considérablement les coûts de construction, en accélérant l'exécution du projet, en renforçant la sécurité, en améliorant les résultats du projet, en prolongeant sa vie économique, en réduisant les frais de maintenance et d'exploitation de l'ouvrage ou encore en réduisant l'impact négatif sur l'environnement ou les perturbations soit pendant la construction, soit pendant l'exploitation).

114. L'autorité contractante pourrait également satisfaire ses intérêts légitimes en modifiant comme il convient les procédures de sélection avec appel à la concurrence au lieu d'établir un ensemble de règles spécialement adaptées aux propositions spontanées. Par exemple, si elle recourt à des procédures de sélection qui mettent l'accent sur le produit attendu, sans prescrire les modalités de réalisation (voir par. 71 et 72), les soumissionnaires auront suffisamment de latitude pour offrir leurs propres procédés ou méthodes exclusifs. Une telle exclusivité ne constituerait pas, dans ce cas de figure, un obstacle à la concurrence, à condition que toutes les méthodes proposées permettent techniquement de donner les résultats souhaités par l'autorité contractante.

115. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures de sélection avec appel à la concurrence que concevoir de nouvelles procédures ne faisant pas appel à la concurrence pour traiter plus particulièrement les propositions dont les auteurs affirment apporter des technologies ou des concepts nouveaux. Sauf peut-être dans le cas des concepts ou des technologies brevetés dont l'exclusivité peut être déterminée d'après les droits de propriété

intellectuelle existants, une autorité contractante peut avoir beaucoup de mal à définir ce qui constitue la nouveauté. Pour ce faire, elle devra peut-être recourir aux services d'experts indépendants coûteux, venant éventuellement d'autres pays, afin d'éviter les allégations de partialité. L'argument de la nouveauté peut également être invoqué par d'autres sociétés intéressées affirmant posséder des technologies nouvelles appropriées.

116. La situation peut toutefois être quelque peu différente si l'exclusivité de la proposition ou ses aspects novateurs sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés ont des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur une méthode ou une technologie peut effectivement réduire ou éliminer les possibilités de véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle les lois sur la passation des marchés de la plupart des pays autorisent les entités contractantes à passer des marchés avec une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur donné, ou si un fournisseur ou un entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, travaux ou services et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable (voir la Loi type de la CNUDCI, art. 22).

117. En pareil cas, il conviendrait d'autoriser l'autorité contractante à négocier directement l'exécution d'un projet avec l'auteur de la proposition spontanée. La difficulté serait bien entendu d'établir, avec l'objectivité et la transparence voulues, qu'il n'existe pas de solution de remplacement raisonnable pour la méthode ou la technologie envisagée dans la proposition spontanée. C'est pourquoi il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison.

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

118. La valeur de ce type de propositions spontanées réside dans l'identification d'une possibilité de construction d'une infrastructure non encore envisagée par les autorités du pays hôte. Toutefois, ce cas de figure ne devrait pas normalement constituer en lui-même une justification suffisante pour négocier de gré à gré l'attribution d'un projet dont l'autorité contractante n'a pas l'assurance objective qu'il constitue la réponse la plus avantageuse à ses besoins.

2. Traitement des propositions spontanées

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

a) Restrictions à la recevabilité des propositions spontanées

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

121. Pour être prise en considération, une proposition spontanée doit aussi se rapporter à un projet pour lequel l'autorité contractante n'a entamé ou annoncé aucune procédure de sélection. Ce qui justifie la prise en considération

d'une proposition spontanée sans recours à une procédure de sélection avec appel à la concurrence est la volonté d'inciter le secteur privé à recenser des besoins d'infrastructure nouveaux ou non envisagés ou à formuler des propositions novatrices pour satisfaire ces besoins. Cette justification ne vaut plus si les autorités du pays hôte ont déjà identifié le projet et si le secteur privé se contente de proposer une solution technique différente de celle qu'envisageait l'autorité contractante. En pareil cas, cette dernière pourrait néanmoins tirer parti de solutions novatrices en appliquant une procédure de sélection en deux étapes ou en sollicitant des variantes à l'intérieur de la procédure de sélection originellement prévue (voir par. 60 à 84). Toutefois, l'examen de propositions spontanées en dehors d'une procédure de sélection déjà entamée ou annoncée irait à l'encontre du principe d'équité dans l'attribution des marchés publics.

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

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

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

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

c) Procédures de traitement des propositions spontanées n'impliquant pas de concepts ou de technologies brevetés

125. Si l'autorité contractante, après avoir examiné une proposition spontanée, décide que le projet présente un intérêt public mais que son exécution est possible sans l'utilisation d'un procédé, d'études, d'une méthode ou d'un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, elle devrait être tenue, pour l'attribution du projet, de recourir aux procédures normalement applicables pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé telles les procédures de sélection avec appel à la concurrence décrite dans le présent Guide (voir par. 39 à 94). Toutefois, les procédures de sélection peuvent inclure certains éléments

particuliers permettant d'encourager la soumission de propositions spontanées. Ces incitations peuvent être les suivantes:

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

b) Le soumissionnaire original pourrait se voir accorder un avantage. Dans certains pays, cet avantage prend la forme d'une marge de préférence dans la notation finale (à savoir un certain pourcentage supérieur à la note finale obtenue par l'entreprise à la fois pour l'élément prix et pour les autres éléments. Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence qui décourage la présentation d'offres concurrentielles valables, ce qui entraînerait l'admission d'un projet de valeur moindre en échange de la préférence donnée à l'auteur de la proposition novatrice. Le remboursement, en totalité ou en partie, des frais encourus par le soumissionnaire original pour l'élaboration de la proposition spontanée serait une autre mesure d'incitation. À des fins de transparence, de telles incitations devraient être annoncées dans la sollicitation de propositions.

126. Nonobstant les incitations pouvant lui être offertes, l'auteur de la proposition spontanée devrait de manière générale être tenu de satisfaire pour l'essentiel aux mêmes critères de qualification que les soumissionnaires participant à la procédure de sélection avec appel à la concurrence (voir par. 43 à 46).

d) Procédures de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

127. S'il apparaît que les éléments novateurs de la proposition sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région, il peut être utile que l'autorité contractante confirme cette évaluation préliminaire en appliquant une procédure lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Elle peut notamment publier un résumé des éléments essentiels de la proposition avec invitation faite à d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Ce délai devrait être proportionnel à la complexité du projet et devrait donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Il peut s'agir là d'un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple si les soumissionnaires devaient effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui auraient pris de nombreux mois à l'auteur de la proposition originale, qui ne voudrait pas en divulguer les résultats.

128. L'invitation à soumettre des propositions comparables ou concurrentes devrait être publiée avec une fréquence minimum (par exemple une fois par semaine pendant trois semaines) dans au moins un journal de diffusion générale. Elle devrait indiquer où et quand le dossier d'appel d'offres peut être obtenu et préciser les dates limites d'envoi des propositions. Il est important que l'autorité contractante protège les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition spontanée et garantisse la confidentialité des informations l'accompagnant. Aucune de ces informations ne devrait faire partie du dossier d'appel d'offres. L'auteur de la proposition spontanée comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. 81 et 82). Deux démarches sont ensuite possibles, en fonction des réponses reçues à l'invitation:

a) Si l'autorité contractante ne reçoit aucune proposition, elle peut raisonnablement conclure qu'il n'existe aucune variante ou solution de remplacement raisonnable à la méthode ou à la technologie envisagée dans la proposition spontanée. Elle doit dûment consigner ce résultat et pourrait être autorisée à engager des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale. Il peut être souhaitable d'exiger que la décision de l'autorité

contractante soit examinée et approuvée par l'autorité dont elle devrait normalement obtenir l'approbation pour sélectionner un concessionnaire par négociation directe (voir par. 102);

b) Si l'autorité contractante reçoit d'autres propositions, elle devrait inviter tous les soumissionnaires à des négociations afin de déterminer quelle est la plus avantageuse pour exécuter le projet (voir par. 103 à 105). Si elle reçoit un nombre suffisamment important de solutions de remplacement qui paraissent, à première vue, répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, elle peut envisager une procédure de sélection avec appel à la concurrence à part entière, sous réserve des incitations qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. 125 b)).

F. Procédures de recours

129. Une importante garantie du respect des règles régissant la procédure de sélection est le droit donné aux soumissionnaires d'intenter un recours contre les actes de l'autorité contractante qui enfreignent ces règles. Différents systèmes juridiques et administratifs prévoient divers recours et procédures, qui sont étroitement liés à la question du recours contre les actes des autorités publiques. Quelle que soit la forme exacte des procédures de recours, il est fondamental de prévoir une possibilité adéquate et des procédures efficaces de recours. Des éléments d'un système adéquat de recours figurent au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI.

130. Des procédures de recours appropriées devraient établir en premier lieu que les fournisseurs et les entrepreneurs ont le droit d'intenter un recours. En première instance, ce recours peut être porté devant l'autorité contractante elle-même, en particulier si le projet n'a pas encore été attribué. Cette démarche peut favoriser l'économie et l'efficacité car dans de nombreux cas, en particulier avant l'attribution d'un projet, l'autorité contractante peut être tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. Il peut aussi être utile de prévoir qu'un recours peut être porté devant des instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec le système constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la plupart des régimes nationaux de passation de marchés reconnaissent le droit à un recours judiciaire, qui devrait être aussi généralement applicable à l'attribution des projets d'infrastructure.

131. Afin de maintenir un équilibre viable entre, d'une part, la nécessité de protéger les droits des soumissionnaires et garantir l'intégrité de la procédure de sélection et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, les lois nationales assujettissent souvent les procédures de recours qu'elles établissent à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux soumissionnaires du droit de recours; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris toute suspension de la procédure de sélection pouvant intervenir au niveau du recours administratif; l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'autorité contractante et qui ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux soumissionnaires.

132. Il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains États, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres États de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans le contexte des lois générales

sur la passation des marchés, par exemple, certains États prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'État (par exemple une commission centrale des marchés); dans d'autres États, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Dans certains États, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système judiciaire.

133. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes, un recours judiciaire est prévu en sus du recours administratif, alors que dans d'autres seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient au contraire qu'un recours administratif. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont prévus, le recours judiciaire n'est possible qu'après épuisement des moyens de recours administratif; dans d'autres, il est possible d'opter pour l'un ou pour l'autre.

G. Procès-verbal de la procédure de sélection

134. Afin de garantir la transparence et la responsabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité contractante, cette dernière devrait avoir l'obligation de tenir un procès-verbal approprié des éléments essentiels de la procédure de sélection.

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

- a) Descriptif du projet pour lequel l'autorité contractante a sollicité des propositions;
- b) Noms et adresses des sociétés membres des consortiums de soumissionnaires et noms et adresses des soumissionnaires avec lesquels l'accord de projet est conclu;
- c) Renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires 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 le dossier 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 motivée à cet effet.

136. En plus des renseignements ci-dessus, il peut être utile d'exiger que l'autorité contractante inclue les renseignements ci-après dans le procès-verbal de la procédure de sélection:

- a) Résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires demandées par l'autorité contractante et résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires sélectionnés;
- b) Liste des soumissionnaires présélectionnés;

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

d) Si l'autorité contractante 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 motivée dans ce sens.

137. Lorsque la procédure de sélection se fait par négociations directes (voir par. 95 à 107), 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 contractante 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 motivée dans ce sens.

138. Pour la procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 108 à 128), 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 contractante selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt public et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux.

139. Il est souhaitable que les règles régissant le procès-verbal spécifient dans quelle mesure ce dernier peut être communiqué et quels doivent en être les destinataires. Pour établir les critères en la matière, il faut tenir compte de divers facteurs, parfois divergents: intérêt général, du point de vue de la responsabilité des entités adjudicatrices, d'une large divulgation; nécessité de fournir aux soumissionnaires les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats dans la procédure et déterminer les cas dans lesquels ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger les informations commerciales confidentielles des soumissionnaires. Compte tenu de ces considérations, il peut être souhaitable de prévoir deux niveaux de communication, comme à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant la responsabilité de l'autorité contractante envers le public. Toutefois, il est aussi souhaitable de prévoir la divulgation, au profit des soumissionnaires, d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure de sélection, dans la mesure où les soumissionnaires ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de sélection et pour contrôler la manière dont l'autorité contractante applique les dispositions des lois et réglementations applicables.

140. En outre, des mesures appropriées devraient être prises pour éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des propositions, car une divulgation excessive risque de porter préjudice

aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. En règle générale, l'autorité contractante ne devrait pas divulguer d'informations plus détaillées concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions et des prix proposés, sauf lorsqu'elle en est priée par un tribunal compétent.

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

* * * * *