



Assemblée générale

Distr. générale
5 juin 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-deuxième session
Vienne, 29 juin-17 juillet 2009

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009)*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-6	2
II. Organisation de la session	7-12	3
III. Délibérations et décisions	13	4
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	14-120	5
A. Examen d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée (méthodes de passation reposant sur des négociations)	14-120	5
1. Présentation d'une proposition	14-30	5
2. Examen de la proposition par le Groupe de travail	31-69	9
3. Examen de la proposition révisée par le Groupe de travail	70-120	19
V. Questions diverses	121-123	28
VI. Adoption du rapport du Groupe de travail	124	29

* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session, car la réunion faisant l'objet du rapport a eu lieu après le délai de 10 semaines.



I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l’élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l’échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième sessions (Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l’incorporation. À sa quatorzième session, le Groupe de travail a en outre examiné dans le détail les questions des voies de droit et de l’exécution, ainsi que celle des conflits d’intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du texte révisé de la Loi type, à l’exception du chapitre IV. Il a noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus

approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17, première partie, par. 170 et A/63/17, par. 307). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide pour son incorporation (le "Guide"), tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17, première partie, par. 170). À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa seizième session à New York, du 26 au 29 mai 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Iran (République islamique d'), Italie, Kenya, Madagascar, Maroc, Mexique, Pakistan, Paraguay, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afghanistan, Bangladesh, Belgique, Croatie, Indonésie, Jordanie, Philippines, Saint-Siège, Suède et Turquie.

9. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation mondiale du commerce;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne et Organisation de coopération et de développement économiques;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Commercial Arbitration CIC (FICACIC), International Law Institute et Union internationale des avocats.

10. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON¹ (Suède)

Rapporteuse: M^{me} Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.67);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – historique de certaines dispositions de la Loi type et façon dont sont traitées les questions posées par certaines de ces dispositions dans les instruments internationaux réglementant les marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1);

c) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

13. À sa seizième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Le Groupe de travail est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du texte, tel qu'il est reproduit dans le présent rapport, et a prié le secrétariat d'examiner les dispositions pour les aligner sur le reste de la Loi type. Le secrétariat a également été chargé d'élaborer de nouvelles dispositions pour le chapitre I, concernant notamment les demandes de manifestation d'intérêt et l'annulation de la passation, pour examen à une date ultérieure. Le Groupe de travail l'a par ailleurs prié de modifier certaines dispositions du chapitre I, ayant trait notamment au procès-verbal de la procédure de passation des marchés, à la confidentialité, aux critères d'évaluation et à la publication des avis d'attribution de marché, et les dispositions du chapitre II concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation, à la lumière des dispositions relatives au dialogue compétitif.

¹ Élu à titre personnel.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Examen d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée (méthodes de passation reposant sur des négociations)

1. Présentation d'une proposition

14. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition concernant le chapitre IV de la Loi type révisée soumise par les délégations de l'Autriche, des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni et intitulée "Article 40. Sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence".

15. L'une des délégations à l'origine de la proposition a indiqué, en présentant cette dernière, qu'elle était fondée sur le texte présenté à la dernière session du Groupe de travail, qui fusionnait les articles 48 et 49 de la Loi type de 1994. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé, à cette session, de reporter son examen du chapitre IV à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 209 à 212). Il a été dit que la proposition devait servir de base aux délibérations du Groupe de travail sur les négociations avec appel à la concurrence.

16. Il a été rappelé que la Loi type de 1994 contenait des dispositions relatives à la négociation avec appel à la concurrence (art. 49), mais qu'elles étaient jugées insuffisantes pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des participants. Compte tenu des gains économiques que pouvaient procurer des négociations avec appel à la concurrence dans la passation de marchés de travaux ou de services complexes, les délégations à l'origine de la proposition ont souligné qu'il était nécessaire d'autoriser le recours à cette méthode de passation dans la Loi type. Elles ont reconnu que cette méthode présupposait l'exercice par les entités adjudicatrices d'un large pouvoir d'appréciation dans la prise de décision et comportait par conséquent un risque plus élevé de corruption et d'abus que d'autres procédures moins souples. Toutefois, il a été signalé que cette méthode de passation s'était révélée bénéfique pour l'entité adjudicatrice, en lui permettant de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins, et que son utilisation serait de ce fait avantageuse tant pour les pays développés que pour les pays en développement. Il a également été souligné que, si ce genre de négociations n'était pas permis, le coût d'opportunité en découlant devrait être pris en compte.

17. Il a été souligné que, l'utilisation de cette méthode de passation comportant des risques élevés de corruption et d'abus, il faudrait un cadre réglementaire adéquat, ainsi qu'un cadre institutionnel d'appui approprié comprenant notamment: des dispositions et institutions anticorruption; une fonction d'audit indépendante; une société civile active (y compris l'exercice d'un contrôle par les médias); un système politique qui réagirait en cas d'abus; un système efficace de recours et, partant, de réparation; des réglementations efficaces contre les conflits d'intérêts et des agents de passation hautement qualifiés et professionnalisés. En d'autres termes, a-t-on souligné, il fallait une bonne gouvernance et une administration de qualité.

18. On a souligné qu'il importait de préserver la souplesse et la marge d'appréciation nécessaires à l'entité adjudicatrice dans l'utilisation de cette

méthode, ce qui en augmenterait les avantages. Il a généralement été estimé que, parallèlement, il fallait prévoir des mesures de protection contre les utilisations abusives ou impropres de cette méthode. Ces mesures, a-t-on indiqué, pourraient prendre diverses formes, dont les suivantes: a) exiger que soient publiées les décisions essentielles prises au début, pendant et à la fin de la procédure de passation, telles que la modification des critères ou des spécifications; b) préciser les conditions d'utilisation; c) imposer un nombre minimum de participants aux négociations; d) définir la forme que prendraient les négociations (fallait-il par exemple permettre à la fois les négociations concomitantes et les négociations consécutives? Il a été noté que les délégations à l'origine de la proposition étaient d'avis que les négociations concomitantes garantissaient le résultat le plus avantageux et l'égalité de traitement, et de ce fait étaient préférables); e) réglementer les procédures relatives aux meilleures offres définitives, notamment la question de savoir s'il fallait autoriser la présentation d'une ou de plusieurs séries de meilleures offres définitives; f) définir des règles relatives aux spécifications et aux critères d'évaluation, y compris la portée des modifications autorisées; et g) conserver tous les documents.

19. Il a été mentionné que, s'il était nécessaire de prévoir des mesures de protection minimums pour cette méthode de passation, il fallait également reconnaître que les garanties procédurales ne suffiraient pas à elles seules, à moins qu'elles ne soient appuyées par un cadre institutionnel et réglementaire approprié, tel qu'il était décrit au paragraphe 17 ci-dessus. L'expérience de la Banque mondiale, en tant qu'institution apportant une assistance technique pour la réforme des systèmes de passation, a été décrite dans ce contexte. Il en ressortait que la mise en place du cadre institutionnel et des mesures de protection préalablement requis pour utiliser cette méthode s'était révélée être l'une des réformes les plus difficiles à mettre en œuvre. En réponse, il a été noté que des mesures de protection efficaces contre toute irrégularité dans la passation étaient nécessaires pour toutes les méthodes de passation, et que des réformes importantes avaient été engagées par certains États au cours des dernières années pour introduire les mesures de protection nécessaires.

20. On a fait observer qu'en examinant les aspects de cette procédure de passation, il ne fallait pas perdre de vue le contexte dans lequel s'inscrirait son traitement dans la Loi type: en effet, les négociations avec appel à la concurrence seraient un outil parmi d'autres s'offrant à l'entité adjudicatrice. On a expliqué que, dans la Loi type révisée, l'entité adjudicatrice serait tenue de choisir la méthode de passation la mieux adaptée aux circonstances. Il a également été précisé qu'étant donné qu'elles reposaient généralement sur des procédures lourdes et longues, les négociations avec appel à la concurrence devraient être utilisées uniquement lorsqu'elles convenaient à une situation déterminée, et non pour des articles simples qui étaient habituellement acquis par voie d'appel d'offres. Il a été dit qu'elles conviendraient pour une passation dans laquelle l'entité adjudicatrice avait besoin d'une solution sur mesure (par exemple, un système informatique d'archivage de documents juridiques, qui devait rester accessible à long terme) et dans laquelle l'excellence technique était un élément important.

21. D'un autre côté, a-t-on noté, la proposition à l'étude ne couvrirait pas toutes les situations dans lesquelles il pourrait être nécessaire de recourir à des négociations, par exemple les situations mentionnées à l'article 19-1 d) et 2 de la

Loi type de 1994, en particulier en cas de besoin urgent. Il a aussi été souligné que la Loi type révisée devrait préciser les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation reposant sur des négociations.

22. Il a été noté que la méthode de passation proposée comportait souvent les étapes suivantes: a) publication facultative d'une demande de manifestation d'intérêt; b) publication des conditions de sollicitation, des règles de procédure et, en cas de présélection, des conditions appliquées à cette présélection; c) présélection ou limitation du nombre de participants, en particulier si l'on s'attendait à ce que les candidats manifestant leur intérêt dépassent le nombre optimum prévu; d) envoi de la sollicitation de proposition aux candidats retenus pour les négociations; e) dialogue compétitif mené de manière concomitante; f) fin des négociations avec sollicitation des meilleures offres définitives; et g) attribution.

23. Il a été expliqué que la demande de manifestation d'intérêt était facultatif, afin de déterminer, lorsque cela était nécessaire, de quelle manière le marché pourrait répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Il a également été noté que la demande de manifestation d'intérêt n'obligeait nullement l'entité adjudicatrice à poursuivre la passation et ne conférait aucun droit aux fournisseurs ou aux entrepreneurs ayant répondu. On s'est inquiété de ce que, dans certains pays, le terme "demande de manifestation d'intérêt" (request for expressions of interest) était employé pour décrire une étape obligatoire qui déclenchait l'ouverture de négociations avec appel à la concurrence. Pour éviter toute confusion, il a été suggéré d'employer un terme différent dans la proposition. (Sur le même sujet, voir également par. 38 à 44 ci-après.)

24. Il a ensuite été expliqué que, au stade de la publication des conditions de sollicitation, des règles de procédure et (en cas de présélection) des conditions applicables à cette présélection, les besoins de l'entité adjudicatrice seraient en principe définis en termes généraux (sous la forme d'indicateurs de performance ou de résultats). Il a été noté que ces besoins seraient normalement précisés dans le cadre des négociations mais, dans certains cas, il était possible de les définir avec plus de précision dès le début. Il a été indiqué que les critères d'évaluation et les coefficients de pondération attribués à chacun d'eux, en revanche, devaient être définis et ne pouvaient être modifiés pendant le processus.

25. On a ajouté que le recours à la présélection afin d'évaluer si les fournisseurs ou entrepreneurs avaient les compétences et les qualités pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant le début des négociations, était normalement considéré comme une bonne pratique. À cet égard, il a été noté que la présélection pouvait consister à limiter le nombre des participants, en ce sens que, parmi les candidats présélectionnés, les trois ou cinq fournisseurs les mieux placés étaient admis aux négociations. Il a cependant été souligné que l'entité adjudicatrice devrait se réserver cette possibilité dès le début et communiquer les critères et la procédure qu'elle appliquerait pour limiter le nombre des participants, étant entendu que ces critères et cette procédure devaient être objectifs et non discriminatoires. En ce qui concerne le nombre optimum de participants, on a observé que la négociation avec plus de cinq candidats s'était avérée très lourde et impossible à mettre en œuvre dans la pratique, que ce nombre de cinq serait normalement le maximum et que le minimum souhaitable serait de trois participants. Il a été proposé que le soin soit laissé à l'entité adjudicatrice de déterminer le nombre maximum de fournisseurs avec lesquels elle négocierait.

26. Il a en outre été expliqué que les sollicitations de propositions étaient adressées à tous les fournisseurs admis aux négociations; que ces derniers disposeraient d'un certain temps pour élaborer leurs propositions; et que, une fois les propositions soumises, les négociations se dérouleraient concomitamment avec tous les participants restants. Il a été noté que les négociations étaient tenues en règle générale par un comité composé des mêmes personnes pour chaque fournisseur afin de garantir des résultats cohérents. Le recours à ce type de comités non seulement garantissait l'efficacité mais était également considéré comme une mesure précieuse de lutte contre la corruption. On a souligné l'importance de l'égalité de traitement de tous les participants au stade des négociations. Il a été noté que l'égalité de traitement signifiait en pratique, par exemple, que la même question était examinée avec les participants concomitamment pendant la même durée.

27. Il a été expliqué que les négociations avec appel à la concurrence pourraient comporter plusieurs séries ou phases de négociations à l'issue desquelles les spécifications pourraient être affinées et les participants pourraient avoir une chance de modifier leurs propositions à la lumière des spécifications affinées ainsi que des questions et commentaires formulés par le comité de négociation pendant les négociations. Certains participants pourraient décider de ne pas continuer à participer aux négociations ou ils pourraient être exclus de la poursuite des négociations par l'entité adjudicatrice s'ils n'étaient pas jugés en mesure de répondre aux besoins de cette dernière. Au terme des négociations, les participants restants auraient les mêmes possibilités de présenter la meilleure offre définitive sur la base de leurs propositions.

28. En réponse à une question sur le point de savoir si le prix faisait l'objet de négociations, il a été indiqué qu'un prix préliminaire serait indiqué dans tous les cas dès le début et que le prix final figurait toujours dans la meilleure offre définitive. En général les négociations étaient essentiellement axées sur des aspects techniques, mais dans certains cas il n'était pas possible de séparer le prix des autres critères. Il a été dit que la possibilité de négocier le prix ne devrait pas être exclue, en particulier lorsque les conditions du marché permettaient à l'entité adjudicatrice de l'utiliser comme facteur de négociation et même l'encourageaient à le faire. Cela étant, il a été souligné qu'en aucun cas le prix ni aucune autre information commercialement sensible émanant d'un fournisseur ne devraient être divulgués à l'autre fournisseur.

29. En réponse à une question, les délégations à l'origine de la proposition ont confirmé que le principe de la proposition était compatible avec l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) de l'OMC et l'AMP 2006 provisoire², mais que les dispositions permettant de réduire le nombre de participants seraient examinées dans le détail lorsque le Groupe de travail aborderait les parties pertinentes de la proposition. Il a été noté que certaines exigences de l'AMP actuel ne figuraient pas dans l'AMP 2006 provisoire ce qui indiquait le désir de favoriser le recours aux négociations dans la passation des marchés.

30. En réponse à une autre question, il a été expliqué que la proposition n'avait pas pour objet de remplacer les dispositions de la Loi type relatives aux réparations. Ainsi, a-t-on noté, les réclamations émanant des fournisseurs ou entrepreneurs

² Document GPA/W/297, consultable à la date de publication du présent rapport à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

écartés du processus devaient être traitées conformément aux dispositions applicables de la Loi type.

2. Examen de la proposition par le Groupe de travail

31. Le Groupe de travail a examiné la proposition paragraphe par paragraphe, notant qu'elle avait été établie à partir d'une synthèse de dispositions nationales et non d'un texte international.

Paragraphe 1

32. Le paragraphe 1 de la proposition, qui traitait des conditions d'utilisation de la procédure, était libellé comme suit:

1. [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence si elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché, ou des spécifications qu'il doit posséder, et que:

a) En raison du caractère technique de l'objet du marché, elle doit inviter les vendeurs à faire plusieurs séries de propositions afin de négocier les prix ou des améliorations techniques;

b) La nature ou l'état de développement du secteur auquel appartiennent les fournisseurs ou entrepreneurs est en grande partie inconnu ou tel que l'entité adjudicatrice devrait obtenir une grande quantité d'informations sur ce secteur avant d'être en mesure d'arrêter les spécifications ou la description de l'objet du marché;

c) L'objet du marché ou la méthode de livraison choisi par l'entité adjudicatrice [est complexe et] comporte de nombreux aspects et devra probablement faire l'objet de nombreuses adaptations;

d) Le caractère dynamique [et complexe] de l'objet du marché ainsi que la durée suffisamment longue du contrat font que les spécifications sont susceptibles de changer pendant la durée du contrat [pour tenir compte des avancées technologiques]; ou

e) Le secteur auquel les fournisseurs ou entrepreneurs appartiennent n'a pas d'approche [uniforme] [homogène] de la fixation des prix ou de la livraison de l'objet du marché.

33. S'agissant des conditions d'utilisation de cette procédure:

a) Il a été souligné qu'il était nécessaire de fixer des conditions d'utilisation dans la Loi type (plutôt que dans le Guide pour l'incorporation) car c'était une garantie essentielle pour utiliser la procédure. À cet égard, on a fait observer que les conditions devraient tenir compte des types de marchés pour lesquels la procédure serait appropriée;

b) On a mis en doute la nécessité d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure (indiquée entre crochets dans le chapeau), en se demandant si le rôle de l'autorité devrait s'étendre à la supervision de la procédure. Les délégations à

l'origine de la proposition ont souligné la nécessité d'un organisme indépendant qui pourrait interdire le recours à des négociations avec appel à la concurrence si l'entité adjudicatrice ne possédait pas le cadre institutionnel, les capacités et le niveau d'intégrité voulus, compte tenu des critères énoncés au paragraphe 17 ci-dessus. D'autres délégations se sont demandé si cette exigence d'approbation qui risquait d'être coûteuse et contraignante était justifiée. Elles se sont également demandé si le rôle de l'organisme serait d'évaluer les normes appliquées dans l'État concerné en matière d'administration et de gouvernance ou d'évaluer celles appliquées par l'entité adjudicatrice, ou la justification d'un recours à des négociations avec appel à la concurrence au cas par cas. À cet égard, on s'est inquiété de ce que l'organisme habilité à donner l'approbation devrait en fait s'en remettre aux compétences de l'entité adjudicatrice en ce qui concernait le choix de la procédure, de sorte que la garantie pourrait être illusoire. En revanche, il a été dit que le fait de supprimer cette exigence d'approbation risquait de faire obstacle aux appels d'offres ouverts en tant que principale méthode de passation des marchés, et pourrait ainsi tout simplement décourager d'engager la procédure. Après un échange de vues, il a été convenu d'inclure l'exigence d'approbation entre crochets à titre d'option pour le législateur; le Guide expliquerait l'importance de cette garantie ainsi que la nécessité, en plus, d'assurer un contrôle efficace de la procédure;

c) Il a été demandé s'il faudrait faire référence, dans le chapeau, à une description "détaillée" de l'objet du marché, ainsi qu'à des spécifications "détaillées" (faisant partie de la description). D'une part, on a fait valoir qu'éviter le terme pourrait conduire à recourir de façon excessive à la méthode lorsque cela ne se justifiait pas (en évitant simplement la préparation appropriée du marché); d'autre part, il a été dit que l'entité adjudicatrice aurait besoin d'un certain niveau de détail simplement pour formuler une description fonctionnelle de base, et par conséquent que le qualificatif n'apportait pas vraiment de clarification à la question fondamentale de savoir s'il était "possible" de rédiger une description et des spécifications appropriées. D'autres délégations ont estimé que, si l'on pouvait rédiger des spécifications fonctionnelles plutôt que des spécifications techniques, il ne serait pas nécessaire d'utiliser une méthode qui visait à trouver des solutions à travers la procédure proprement dite. Estimant qu'en tout état de cause la description devrait être suffisamment précise pour susciter des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, mais que l'exigence de spécifications nécessaire pour l'appel d'offres ne serait toujours pas satisfaite, le Groupe de travail a décidé de reporter à plus tard l'examen final de cette question;

d) Concernant les conditions d'utilisation détaillées énoncées aux alinéas a) à e) du texte proposé, on a estimé que ces conditions risquaient de ne pas toutes être compatibles entre elles et avec l'exigence générale du chapeau, et que la liste n'était pas (et ne pouvait pas être) exhaustive. On s'est demandé si: i) l'alinéa a) pourrait en fait autoriser les négociations sur le prix et les améliorations, plutôt que la négociation sur la solution; ii) dans l'alinéa b), la procédure pourrait être une procédure dans laquelle des informations sont fournies à l'entité adjudicatrice pour aider à rédiger les spécifications, sans impliquer de négociations en tant que telles; et iii) la situation décrite à l'alinéa a) du texte proposé pourrait se prêter davantage aux enchères électroniques inversées, à l'alinéa b) à l'appel d'offres en deux étapes, et à l'alinéa d) aux accords-cadres (en ce qui concernait cette disposition, il a en outre été noté que permettre la modification des spécifications pourrait déroger aux principes fondamentaux de la Loi type). Certains ont en outre estimé que le champ

d'application de l'alinéa e) n'était pas clair. On a également émis des doutes sur l'interaction entre les paragraphes 1 et 13 proposés. Compte tenu de ces questions, il a été convenu que le paragraphe serait reformulé pour donner les conditions générales d'utilisation, sur la base de celles énoncées dans l'article 19-1 a) de la Loi type de 1994 (mais prévoyant en outre certaines raisons de nature non technique qui pourraient empêcher une formulation précise de la description). Il a également été convenu que certains ou la totalité des alinéas de la proposition seraient insérés dans le Guide à titre d'exemples de situations se prêtant à la procédure.

34. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition révisée du paragraphe 1, qui se lisait comme suit:

“Conditions d'utilisation

[Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec négociations avec appel à la concurrence si elle est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.”

35. Le texte proposé a bénéficié d'un appui, étant entendu que le Guide expliquerait que ce texte viserait à permettre à l'entité adjudicatrice d'envisager plus d'une solution. Il était également entendu que le Guide appellerait l'attention des États adoptants sur le fait que la méthode de passation proposée ne porterait pas sur le type de négociations visant uniquement à obtenir des améliorations techniques et des réductions de prix.

36. L'observateur de la Banque mondiale a demandé si le Guide préciserait la portée de cette méthode de passation, la question étant de savoir si elle se limiterait à la passation des marchés de certains types de services, et si elle s'appliquerait également à la passation des marchés de biens et de travaux. Il a été confirmé que le Guide donnerait des exemples de types appropriés de biens, de travaux et de services auxquels la méthode s'appliquerait.

37. On s'est inquiété du fait que les conditions d'utilisation de cette méthode de passation se recouperaient avec celles de l'appel d'offres en deux étapes. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question et celle de l'appel d'offres en deux étapes à un stade ultérieur. (Sur le même sujet, voir également par. 50 et 63 à 66 ci-après.)

Paragraphe 2

38. Le paragraphe 2 de la proposition était libellé comme suit:

“2. Une entité adjudicatrice émet une demande de manifestation d'intérêt avant d'adresser une sollicitation de propositions aux fournisseurs et entrepreneurs, afin de déterminer le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle doit faire parvenir une telle sollicitation en conformité avec le paragraphe 3. Un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale.”

39. Il a été demandé si l'émission d'une demande de manifestation d'intérêt devrait être obligatoire ou facultative. Notant que l'objectif pouvait être de se renseigner sur le marché concerné, il a été convenu qu'elle devrait être facultative. Il a par conséquent été convenu de remplacer le mot "émet" dans la première phrase par les mots "peut émettre" et de supprimer le texte venant après la virgule dans cette même phrase. En outre, la deuxième phrase commencerait par "Tout avis". Une proposition visant à remplacer la première phrase par les mots "une entité adjudicatrice peut lancer le processus de négociation avec appel à la concurrence en émettant un avis de manifestation d'intérêt" n'a pas été acceptée. Il a toutefois été suggéré de remplacer les mots "avant d'adresser une sollicitation ..." par les mots "avant d'engager les négociations avec appel à la concurrence".

40. Il a également été convenu, en conséquence, que répondre à un tel avis ne devrait conférer aucun droit aux fournisseurs, ni imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation de donner suite à la sollicitation, et qu'un libellé à cet effet reposant sur l'article 48-2 du texte de 1994 et le projet d'article 6 révisé serait inséré. Concernant le libellé relatif à l'obligation d'avis, on a souligné qu'il fallait assurer la conformité avec les dispositions similaires de la Loi type (y compris la question de savoir si une sollicitation ouverte serait toujours appropriée) et la neutralité technologique.

41. Le Groupe de travail était saisi d'une proposition révisée du paragraphe 2, libellée comme suit:

“[Demande de manifestation d'intérêt

2. Une entité adjudicatrice [peut émettre] émet une demande de manifestation d'intérêt [dans le cadre du processus de planification] avant [d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi] [de lancer une procédure de négociation avec appel à la concurrence]. [L'objectif de cette demande de manifestation d'intérêt peut être...] Tout avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de se faire connaître est publié dans un journal ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriées de grande diffusion internationale. [Ni l'avis ni une réponse ne confèrent de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une proposition soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation.]”

42. Le Groupe de travail a noté que la notion de demande de manifestation d'intérêt, telle qu'elle était proposée, était un nouveau concept dans la Loi type. On a estimé qu'un des objectifs de la demande de manifestation d'intérêt, qui était de se renseigner pour savoir si le marché pourrait répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant d'engager toute procédure de passation, concernerait non seulement la méthode de passation en question mais aussi toutes les méthodes de passation. On a par conséquent soutenu l'idée d'inclure dans la Loi type révisée une disposition à part entière autorisant l'entité adjudicatrice à se renseigner sur les conditions du marché avant d'engager toute procédure de passation. Il a été dit que cette disposition devrait énoncer les objectifs de la demande de manifestation d'intérêt et s'appuyer sur la proposition contenue au paragraphe 41 ci-dessus. Il a en outre été suggéré qu'elle devrait contenir une définition de la demande de manifestation d'intérêt.

43. Il a été souligné que l'emplacement de la disposition dépendrait des objectifs visés: si l'objectif était de recourir à l'aide du marché pour finaliser les spécifications, il convenait alors de la placer dans le chapitre IV. S'il s'agissait par contre d'examiner les conditions du marché en général avant, par exemple, de choisir la méthode de passation adéquate, elle devrait être insérée au chapitre premier, par exemple dans le projet d'article 6 révisé, et s'appliquer à toutes les méthodes de passation. Il a également été suggéré d'inclure la disposition dans le commentaire du Guide accompagnant l'article 6.

44. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur la disposition et sur son emplacement dans la Loi type révisée. Il est néanmoins convenu que celle-ci devrait rester optionnelle, et ne devrait conférer aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs ni imposer aucune obligation à l'entité adjudicatrice (voir également par. 54 et 55, 70 et 73 ci-après).

Paragraphe 3

45. Le Groupe de travail était saisi du paragraphe suivant:

“3. Les sollicitations de propositions doivent être envoyées au plus grand nombre faisable de fournisseurs ou d'entrepreneurs, mais pas à moins de trois.”

46. En présentant le paragraphe, l'une des délégations à l'origine de la proposition a noté que le nombre minimum de fournisseurs auprès desquels l'entité adjudicatrice serait tenue de solliciter des propositions pouvait varier, mais ne devait pas être élevé. Il a été suggéré que le Guide explique les inconvénients et les difficultés liés à la négociation avec un nombre élevé de participants. On s'est déclaré favorable à ce que le chiffre de trois fournisseurs ou entrepreneurs soit considéré comme un minimum approprié. Il a toutefois été demandé quelles possibilités s'offriraient à l'entité adjudicatrice si ce minimum ne pouvait pas être assuré, en conséquence de quoi on a appuyé le rétablissement des dispositions de l'article 48-1 de la Loi type de 1994 qui mentionnaient l'envoi de sollicitations de propositions à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs “si possible”.

47. L'opinion a été exprimée que la publication d'un avis concernant le marché et ses conditions devrait précéder l'étape décrite au paragraphe 3 proposé.

Paragraphes suivants fondés sur le projet d'article 39 reproduit dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4

48. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen des aspects de la méthode de passation proposée, en se fondant sur le projet d'article 39 reproduit dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4. Il est convenu que la méthode décrite dans cet article n'était pas censée remplacer l'article 46 de la Loi type de 1994 relatif à l'appel d'offres en deux étapes, mais les articles 48 et 49 (sur la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence).

49. L'avis a été exprimé que la sollicitation de propositions sans négociation (qui était possible selon l'article 48 de la Loi type de 1994) devait être maintenue dans la Loi type révisée en tant que méthode de passation distincte, car elle était utilisée dans certains pays et s'était révélée utile. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur ce point, et notamment sur la question de savoir si

cette méthode de passation devrait figurer dans le chapitre III, comme solution de remplacement à l'appel d'offres, plutôt que dans le chapitre IV.

50. Il a été noté que la méthode de passation proposée et l'appel d'offres en deux étapes, tout en étant soumis aux mêmes conditions d'utilisation, se distingueraient principalement par la mesure dans laquelle et les modalités suivant lesquelles on pouvait limiter le nombre de participants. S'il pouvait certes être nécessaire de limiter le nombre de fournisseurs en vue d'une procédure négociée, la proposition, a-t-on fait remarquer, prévoyait à cette fin un pouvoir d'appréciation excessif et des critères d'objectivité insuffisants. À l'inverse, les dispositions de 1994 sur l'appel d'offres en deux étapes disposaient que tous les fournisseurs qualifiés dont l'offre n'avait pas été rejetée seraient autorisés à participer. Par conséquent, on a souligné qu'il serait essentiel de comprendre la base sur laquelle la proposition actuelle avait été rédigée (en comparaison avec les dispositions similaires de 1994) pour en assurer la cohérence.

51. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions définissant les conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir par. 34 ci-dessus) devraient être placées au début du projet d'article. Il a également été estimé que l'ordre et la formulation des dispositions qui suivraient les conditions d'utilisation dépendraient du traitement qu'il déciderait d'accorder à la notion de demande de manifestation d'intérêt, examinée aux paragraphes 38 à 44 ci-dessus. Néanmoins, il a été convenu que la chronologie du processus devrait être clairement précisée dans l'article, de la manière suivante: premièrement, la publication d'un avis de marché (qui pourrait prendre la forme d'une invitation à présenter une demande de présélection) contenant certaines informations minimales; deuxièmement, l'envoi d'une sollicitation de propositions aux fournisseurs ou entrepreneurs participants (qui comprendrait des informations plus détaillées); troisièmement, les négociations, et quatrièmement, la sollicitation des meilleures offres définitives.

52. Il a été convenu de supprimer le premier paragraphe du projet d'article 39 et d'en refléter le contenu dans le Guide.

53. L'emplacement du paragraphe 2 du projet d'article 39 a été examiné. Il a été suggéré de faire figurer celui-ci après le paragraphe 3 de cet article, sauf si, d'après les dispositions qui apparaîtraient en début d'article, un autre emplacement était préférable. Une autre proposition, qui a finalement été appuyée, était de supprimer le paragraphe et d'en refléter le contenu plus loin dans le texte. Il a été souligné, en particulier, qu'en cas de présélection (telle que celle-ci était envisagée dans la Loi type ou telle qu'elle était comprise dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé³), la documentation ou le dossier de présélection préciserait quels fournisseurs ou entrepreneurs recevraient la sollicitation de propositions, en d'autres termes comment leur nombre serait limité.

54. Il a été proposé de supprimer la possibilité que le paragraphe 3 du projet d'article 39 offrait à l'entité adjudicatrice (à savoir de décider de ne pas publier d'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter

³ Les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet, accessibles à la date du présent rapport à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

soumettre une proposition de se faire connaître). Compte tenu du sens distinct qu'il avait été décidé d'attribuer à une "demande de manifestation d'intérêt" (voir par. 38 à 44 ci-dessus), et afin d'éviter toute confusion, il a été convenu que le paragraphe 3 exigerait et réglementerait la publication du "premier avis concernant le marché". Le Groupe de travail a examiné les informations minimales qui devraient figurer dans cet avis en se fondant sur la proposition ci-après:

"(...) L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale le premier avis sollicitant la soumission de propositions. Cet avis doit spécifier au moins:

- a) L'objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs potentiels;
- b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues qui se concluront par des négociations avec appel à la concurrence et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet];
- c) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et
- e) La date limite de soumission des réponses."

55. Le Groupe de travail est convenu d'examiner ultérieurement si ce texte pourrait être fusionné avec les dispositions sur la demande de manifestation d'intérêt envisagées pendant la session en cours (voir par. 38 à 44 ci-dessus) et, dans l'affirmative, si l'insertion dans l'article sur les négociations avec appel à la concurrence d'un renvoi auxdites dispositions suffirait. De l'avis du Groupe de travail, le premier avis de marché, quelle qu'en soit la forme, devait être un document public et contenir des informations minimales sur la procédure de passation (y compris la limitation du nombre des participants si celle-ci était envisagée), tous les critères de qualification et d'évaluation applicables et une description de l'objet du marché. Il a également été convenu que la sollicitation de propositions, qui serait envoyée à un stade ultérieur du processus, contiendrait des informations plus détaillées. Il a été proposé que les dispositions relatives à la limitation du nombre de participants prévues dans la Loi type soient alignées sur les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé.

56. Une question a été posée concernant la nature des critères que l'entité adjudicatrice pourrait appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels une sollicitation de propositions serait adressée. On a souligné que ces critères devraient être non discriminatoires.

57. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le paragraphe 4 du projet d'article 39 par le texte suivant:

"L'entité adjudicatrice établit les critères d'évaluation des propositions conformément à l'article 12." (Voir également par. 90 ci-après.)

58. Le Groupe de travail a examiné le libellé suivant à insérer avant le paragraphe 4 du projet d'article 39:

“Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel l'entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d'être admis aux négociations avec appel à la concurrence. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs remplissant les critères pour être admis aux négociations est plus que suffisant, l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de ceux qu'elle entend inviter à participer aux négociations, à condition que le dossier de sollicitation spécifie:

a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et

b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l'entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.”

59. Il a été proposé de remplacer le paragraphe 5 c) du projet d'article 39 par le texte suivant:

“c) Les critères d'évaluation de la proposition conformément à l'article 12, exprimés, dans la mesure du possible, en termes pécuniaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation de la proposition.”

60. Il a été proposé de remplacer les paragraphes 6 à 13 du projet d'article 39 par le texte suivant:

“(…) Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions visés au paragraphe () du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Ces modifications ou clarifications doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée conformément au paragraphe () suffisamment de temps avant la date limite de soumission pour leur permettre d'en tenir compte dans leurs propositions.

(…) Conformément aux dispositions de l'article 21, l'entité adjudicatrice doit préserver la confidentialité de toutes les soumissions, de toutes les informations et de tous les documents que lui communique un fournisseur ou entrepreneur ou qu'elle obtient pendant le processus de passation, à moins que le fournisseur ou entrepreneur consente à leur divulgation, qu'ils relèvent du domaine public ou que la loi exige leur divulgation.

(…) L'entité adjudicatrice négocie avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées.

(…) Les négociations avec appel à la concurrence doivent être menées de façon concomitante (c'est-à-dire séparément mais plus ou moins simultanément avec

chaque fournisseur ou entrepreneur admis à participer aux négociations après l'étape de la présélection).

(...) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.

(...) À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice doit demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle a négocié de soumettre une meilleure offre définitive ayant trait aux solutions ou à la solution dégagée durant le processus de négociation. La demande doit être écrite et préciser la date et l'heure à laquelle les offres doivent être soumises. En se fondant sur les critères d'évaluation, l'entité adjudicatrice doit déterminer [à quel fournisseur ou entrepreneur elle recommandera d'attribuer le] [à quel fournisseur ou entrepreneur elle attribuera le] marché sur la base des meilleures offres définitives.]”

61. Le Groupe de travail est convenu que le texte proposé (qui remplacerait le projet d'article 39) envisageait une méthode qui s'appliquerait à la passation des marchés de biens, de travaux ou de services complexes. Il était également entendu que la méthode proposée ne s'appliquait pas aux cas où des négociations étaient nécessaires pour des raisons d'urgence (c'est-à-dire les conditions d'utilisation prévues à l'article 19-2 de la Loi type de 1994), ou lorsque la concurrence était insuffisante. Il a été suggéré que l'article 49 de la Loi type de 1994, qui contenait des dispositions sur des négociations souples avec appel à la concurrence, soit conservé dans la Loi type révisée pour tenir compte de ces situations. Il a également été souligné que les dispositions relatives aux accords-cadres, qui avaient été ajoutées à la Loi type, tendraient également à couvrir ce genre de situations.

62. On s'est déclaré favorable à ce que la nouvelle méthode de passation proposée soit ajoutée dans la Loi type révisée. Il a été suggéré que, pour éviter toute confusion quant à la terminologie et au choix des méthodes de passation dans les États qui avaient adopté une législation fondée sur la Loi type de 1994, la Loi type révisée emploie un terme distinct pour désigner cette nouvelle méthode et définisse clairement quand elle pouvait être utilisée. Dans la discussion qui a suivi, il a été convenu de désigner la méthode proposée par le terme de “dialogue compétitif”.

63. On s'est inquiété du fait qu'il n'était pas clair dans quelles situations le dialogue compétitif serait utilisé de préférence à l'appel d'offres en deux étapes. En réponse, on a suggéré que la Loi type révisée adopte une approche de type “boîte à outils”, et laisse à l'entité adjudicatrice le soin de choisir, entre les différents outils disponibles, celui qui conviendrait à la situation. Il a été souligné que cette approche ne visait pas à affaiblir la primauté de l'appel d'offres ouvert et ne conviendrait de ce fait que pour les méthodes alternatives à l'appel d'offres (chap. III de la Loi type révisée) ou les méthodes distinctes de l'appel d'offres car faisant appel aux négociations (chap. IV de la Loi type révisée). Le Groupe de travail a également noté que, dans l'appel d'offres en deux étapes, les fournisseurs ou entrepreneurs en fin de compte présentaient leurs offres par rapport à une solution unique, alors que dans le dialogue compétitif, l'entité adjudicatrice évaluerait les meilleures offres définitives soumises par rapport à la proposition de chaque fournisseur. Il a par

conséquent été suggéré que cette distinction – la possibilité de formuler une série unique de spécifications après les négociations – devienne un critère sur lequel le choix entre dialogue compétitif et appel d’offres en deux étapes devrait être fondé.

64. On s’est inquiété du fait que le dialogue compétitif comportait un risque de divulgation d’informations commercialement sensibles, telles que le prix. Il a été rappelé que le Guide devrait souligner que cette procédure ne devait pas être utilisée si la capacité de fournir des garanties adéquates contre ce risque et d’autres risques d’irrégularités inhérents à cette méthode était insuffisante (voir par. 16 à 19 ci-dessus). L’appel d’offres en deux étapes, qui tenait compte du même genre de situations que le dialogue compétitif, a-t-on dit, comportait de meilleures garanties contre les abus car il suivait les principes de l’appel d’offres ouvert en ne s’en écartant que très légèrement. Il a été noté que l’appel d’offres en deux étapes permettrait à l’entité adjudicatrice, grâce à l’examen des propositions techniques et à des négociations facultatives avec tout fournisseur ayant soumis une proposition technique acceptable, de finaliser les spécifications qu’elle n’avait pas été en mesure de formuler de manière adéquate au début de la passation.

65. On s’est par conséquent déclaré favorable à ce que l’appel d’offres en deux étapes soit conservé en tant que méthode de passation distincte dans la Loi type révisée. Il a été dit que la méthode avait fait ses preuves et était utilisée avec succès pour les marchés portant par exemple sur les systèmes informatiques et les infrastructures. On s’est préoccupé du fait que, si cette méthode était supprimée, les États adoptants qui avaient des inquiétudes au sujet de l’intégrité de leurs systèmes de passation et hésiteraient à autoriser le recours au dialogue compétitif n’auraient aucune solution de remplacement.

66. Le Groupe de travail a rappelé que, pour lui, il était entendu que la méthode de passation proposée n’était pas destinée à remplacer l’appel d’offres en deux étapes.

67. L’observateur de la Banque mondiale a expliqué que cette dernière aurait probablement des difficultés à utiliser la méthode de passation proposée pour les services quantifiables (ou non intellectuels) ainsi que les services intellectuels pour lesquels des négociations consécutives et non simultanées seraient plus appropriées. Il a également été souligné que la transparence était une considération primordiale et qu’il serait peut être souhaitable d’établir un seuil pour l’utilisation de cette méthode.

68. Il a été répondu que les conditions d’utilisation du dialogue compétitif pourraient apaiser les craintes concernant un recours inapproprié à cette méthode, en empêchant effectivement son utilisation pour l’achat d’articles qui devraient être acquis par voie d’appel d’offres. Il a également été rappelé que le texte du Guide qui accompagnerait les dispositions de la Loi type sur le dialogue compétitif devrait aussi contenir les explications nécessaires sur les conditions d’utilisation et les règles applicables.

69. Le Groupe de travail a noté les similitudes entre certaines étapes de la procédure d’appel d’offres ouvert et du dialogue compétitif. Les principales différences constatées concernaient l’étape de la communication du dossier de sollicitation (dans le dialogue compétitif, il était permis de limiter le nombre de fournisseurs auxquels était adressée la sollicitation de propositions) et l’étape des négociations. Le Groupe de travail a été invité à examiner les aspects des

propositions – aspects techniques et qualitatifs seulement ou prix également – qui devraient pouvoir être négociés dans le cadre du dialogue compétitif.

3. Examen de la proposition révisée par le Groupe de travail

Paragraphes 1 à 3

70. Le Groupe de travail a ensuite examiné les aspects ci-après de la proposition révisée:

“1. *Conditions d'utilisation.* [Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type peut désigner l'autorité habilitée à donner ladite approbation)], l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions avec dialogue compétitif si elle est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète, afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.

[2. *Demandes de manifestation d'intérêt.* L'entité adjudicatrice peut publier une demande de manifestation d'intérêt dans le cadre du processus de planification avant d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi. Tout avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt doit être publié dans un journal, une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale. Ni l'avis ni une réponse ne confèrent de droits aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une proposition soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à adresser une sollicitation.]

3. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale le premier avis sollicitant la soumission de propositions. Cet avis doit spécifier au moins:

- a) L'objet du marché de façon suffisamment détaillée pour assurer la participation du plus grand nombre possible de fournisseurs potentiels;
- b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues qui se concluront par des négociations avec appel à la concurrence et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet];
- c) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;
- d) Les frais (éventuels) d'obtention du dossier de sollicitation; et
- e) La date limite de soumission des réponses.”

71. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 une référence aux “marchés complexes”. Selon l'avis qui l'a emporté, le paragraphe ne devrait pas contenir une telle référence.

72. Il a été proposé de faire référence dans les paragraphes 2 et 3, et dans d'autres dispositions de la Loi type lorsque le contexte était similaire, au “bulletin des marchés publics”. Selon un autre point de vue, cette référence pourrait figurer dans

le Guide révisé parmi les exemples de publications dans lesquelles paraissaient habituellement les avis en question.

73. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait supprimer le paragraphe 2 des dispositions relatives au dialogue compétitif et l'examiner séparément à un stade ultérieur.

74. Il a été proposé que certains aspects figurant dans la dernière phrase du paragraphe 2 proposé soient reproduits dans le chapeau du paragraphe 3. Il a été noté en particulier que les réponses à la publication du premier avis de sollicitation pourraient montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation ayant fait l'objet de cette publicité. Dans de telles situations, a-t-on dit, l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à annuler la passation. On a fait observer que cette proposition était valable non seulement pour le dialogue compétitif mais également pour toutes les méthodes de passation visées dans la Loi type. Il a donc été proposé que des dispositions soient insérées à cet effet dans le chapitre premier, de préférence aux côtés des dispositions autorisant le rejet de toutes les soumissions (projet d'article 16).

75. Il a en outre été proposé que le paragraphe 3 prévoie la possibilité pour l'entité adjudicatrice de réduire le nombre de participants durant le dialogue compétitif et qu'en conséquence le premier avis de sollicitation avertisse les fournisseurs ou entrepreneurs de cette possibilité. Il a par conséquent été proposé que les dispositions restent inchangées et l'entité adjudicatrice puisse réduire le nombre de participants au processus de passation uniquement en recourant à la présélection.

76. Certains représentants ont reconnu que certaines situations pourraient justifier l'exclusion de fournisseurs ou d'entrepreneurs pendant le dialogue, par exemple au motif qu'ils n'étaient plus qualifiés (en cas notamment de faillite) ou qu'ils ne répondaient pas aux besoins de l'entité adjudicatrice (par exemple lorsqu'ils s'écartaient substantiellement, pendant le dialogue, des éléments essentiels considérés comme non négociables dès le début de la passation).

77. Il a été reconnu dans le même temps que le fait d'autoriser l'entité adjudicatrice à exclure des fournisseurs ou entrepreneurs durant le dialogue sans imposer de conditions risquait d'aboutir à des pratiques abusives. Le Groupe de travail a noté les dispositions figurant dans les instruments internationaux, tels que l'Accord sur les marchés publics et la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)⁴, exigeant que les critères d'exclusion soient communiqués dès le début de la procédure de passation. Il a été convenu que la Loi type devrait imposer une obligation équivalente.

78. Il a été demandé si la fin du dialogue compétitif avec certains fournisseurs ou entrepreneur serait possible sur la base de critères autres que la qualification ou la conformité de leurs propositions aux besoins de l'entité adjudicatrice. Dans ce contexte, il a été fait référence aux dispositions de l'article 44-e) de la Loi type de 1994, qui permettait de mettre fin aux négociations avec un fournisseur s'il apparaissait à l'entité adjudicatrice que de nouvelles négociations n'aboutiraient pas à l'attribution du marché. Le Groupe de travail a pris note des circonstances distinctes dans lesquels l'article 44-e) s'appliquait – négociations consécutives sur

⁴ Résolution 58/4 de l'Assemblée générale.

le prix uniquement – qui permettraient l'exclusion sur une base relativement objective (le prix seulement).

79. Un soutien a été apporté à l'idée d'autoriser l'entité adjudicatrice à mettre fin au dialogue compétitif avec des fournisseurs ou entrepreneurs qui, à son avis, n'auraient pas de chances raisonnables de se voir attribuer le marché. Il a été admis que cette approche permettrait aux deux parties d'éviter de perdre du temps et des ressources. Il a été indiqué que la concurrence pourrait être sensiblement réduite dans de futures procédures de passation analogues si les fournisseurs ou entrepreneurs supportaient les dépenses inutiles, lesquelles pourraient s'avérer très élevées dans ce type de passation.

80. En revanche, on s'est inquiété du fait que cette approche était intrinsèquement subjective et nuirait à la transparence, à l'objectivité et à l'équité dans le processus. Il a été expliqué que le dialogue compétitif impliquerait une modification constante des solutions et qu'il ne serait pas juste d'éliminer un fournisseur au seul motif qu'à un moment donné du dialogue une solution n'apparaîtrait pas acceptable à l'entité adjudicatrice. Il a été rappelé que la façon la plus objective, transparente et équitable de réduire le nombre des participants serait uniquement la présélection, mais que d'autres critères concernant la conformité pourraient être envisagés par la suite.

81. Après un échange de vues, le Groupe de travail est convenu de remplacer dans les dispositions du chapeau du paragraphe 3 les mots "le premier avis sollicitant la soumission de propositions" par les mots "le premier avis sollicitant la participation à la procédure de passation" afin d'étendre l'exigence concernant le contenu minimal de l'avis à la demande de manifestation d'intérêt ou à une invitation à présenter une demande de présélection, le cas échéant. On a fait observer qu'un changement analogue serait nécessaire dans l'ensemble de la Loi type lorsque les mêmes considérations s'appliquaient. Il a également été convenu que le paragraphe 3-b devrait être remplacé par le libellé suivant: "b) Les étapes de la procédure [décrire ici les étapes prévues du dialogue compétitif et, si l'entité adjudicatrice souhaite limiter ou réduire le nombre des personnes autorisées à présenter des offres, insérer une déclaration à cet effet et indiquer les critères que l'entité adjudicatrice entend utiliser]."

Paragraphe 4

82. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

"[4] À titre facultatif, l'entité adjudicatrice peut présélectionner des fournisseurs ou des entrepreneurs avant d'engager des négociations conformément aux articles 10 et 15 relatifs à la présélection."

83. Il a été proposé que ces dispositions apparaissent plus tôt dans le texte, afin de suivre la chronologie de la procédure. Selon une autre proposition, il fallait supprimer ce paragraphe. Il a également été suggéré de déplacer ce paragraphe et d'en remplacer le texte par un libellé qui permettrait à l'entité adjudicatrice d'engager la procédure de passation soit par une demande de manifestation d'intérêt, soit par une invitation à présenter une demande de présélection, soit les deux, soit aucune des deux. Il a été convenu qu'un nouveau projet serait présenté ultérieurement afin d'harmoniser ces dispositions avec d'autres méthodes prévues dans la Loi type.

Paragraphe 5

84. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[5] Le dossier de sollicitation doit décrire le processus par lequel l’entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d’être admis aux négociations avec appel à la concurrence. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d’entrepreneurs remplissant les critères pour être admis aux négociations est plus que suffisant, l’entité adjudicatrice peut limiter le nombre de ceux qu’elle entend inviter à participer aux négociations, à condition que le dossier de sollicitation spécifie:

a) Les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour limiter le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs conformément au présent paragraphe; et

b) Le nombre minimum de fournisseurs ou entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois [si possible,] que l’entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.”

85. Il a été proposé d’ajouter: i) à la fin de la première phrase des dispositions du chapeau, les mots “et, le cas échéant, de passer d’une étape à une autre au cours de la phase de négociations”; et ii) à la fin de l’alinéa b) les mots “au début de cette phase et à chaque étape de celle-ci”. Selon un avis, ces modifications étaient trop détaillées pour que la Loi type puisse les réglementer et il serait plus approprié d’aborder les étapes et phases du dialogue compétitif dans le Guide.

86. Une autre proposition tendait à supprimer certaines dispositions dans le paragraphe proposé de sorte que le paragraphe dans sa totalité serait libellé comme suit: “Le dossier de sollicitation doit spécifier le nombre minimum de fournisseurs ou d’entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, [si possible,] que l’entité adjudicatrice entend inviter à participer aux négociations et, le cas échéant, le nombre maximum.” Cette proposition n’a pas été appuyée car les dispositions dont la suppression était proposée décrivaient des procédures qui n’étaient traitées dans aucune autre disposition de la Loi type. On a par conséquent soutenu l’idée de les maintenir, mais de les aligner sur les dispositions similaires figurant dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d’infrastructures à financement privé concernant la présélection ou la limitation du nombre de participants, et de veiller à ce que tous les moyens de limiter ou de réduire le nombre de participants soient traités.

87. Le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 3 et 5 de la proposition révisée devraient être harmonisés. À cet égard, la différence entre ces deux paragraphes a été soulignée. Alors que le paragraphe 3 traitait du contenu du premier avis de passation du marché qui, par nature, était supposé être bref et ne contenir que les informations minimales essentielles sur la procédure de passation, le paragraphe 5 traitait du contenu de la sollicitation de propositions, laquelle devait contenir toutes les informations requises sur la procédure de passation et notamment développer les informations figurant dans l’avis. Le Groupe de travail a décidé de reporter à plus tard l’examen de la question de savoir si les dispositions de ces deux paragraphes devraient également mentionner l’élimination de solutions.

88. Il a également été convenu de remplacer le terme “négociation avec appel à la concurrence” dans l’ensemble de l’article par le terme “dialogue compétitif” compte tenu de la décision du Groupe de travail d’utiliser ce dernier terme lorsque l’on faisait référence à cette nouvelle méthode de passation de marchés (voir par. 62 ci-dessus).

89. Il a été convenu de remplacer le membre de phrase “le processus par lequel l’entité adjudicatrice déterminera quels fournisseurs ou entrepreneurs rempliront de façon satisfaisante les critères de qualification afin d’être admis aux négociations avec appel à la concurrence” figurant dans le chapeau par les mots suivants: “le processus par lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs passeront à la phase du dialogue compétitif”.

Paragraphe 6

90. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant et est convenu de le supprimer:

“[6] L’entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions conformément à l’article 12.”

Paragraphe 7

91. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[7] La sollicitation de propositions émise par l’entité adjudicatrice comporte, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l’adresse de l’entité adjudicatrice;
- b) La description des besoins que le marché devra satisfaire, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, ainsi que, pour un marché de travaux, l’emplacement des travaux à effectuer et, pour un marché de services, le lieu où les services doivent être fournis;
- c) Les critères d’évaluation de la proposition conformément à l’article 12, exprimés, dans la mesure du possible, en termes monétaires, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour l’évaluation de la proposition; et
- d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions pertinentes, y compris les délais d’exécution éventuels.”

92. Il a été convenu: i) de modifier l’alinéa c) comme suit: “les critères d’évaluation de la proposition”; et ii) de remplacer les mots “la proposition doit être présentée” à l’alinéa d) par les mots “le processus de passation doit être présenté”.

93. On a estimé que les dispositions devraient permettre un examen rationnel des réclamations émanant des fournisseurs lésés; pour ce faire, une notification officielle de la décision de l’entité adjudicatrice de mettre fin aux négociations et des motifs de cette décision devrait être adressée aux fournisseurs.

Paragraphe 8

94. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[8] Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d’évaluation des propositions visés au paragraphe (...) du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure. Ces modifications ou clarifications doivent être communiquées par écrit à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels auxquels une sollicitation de propositions a été envoyée conformément au paragraphe (...) suffisamment de temps avant la date limite de soumission pour leur permettre d’en tenir compte dans leurs propositions.”

95. Il a été proposé d’ajouter le mot “initiales” après le mot “propositions” à la fin du paragraphe et de supprimer le mot “potentiels”. Il a en outre été proposé de reformuler le paragraphe tout entier pour tenir compte des modifications ou clarifications à tous les stades du dialogue compétitif, que ce soit à l’instigation de l’entité adjudicatrice ou du fournisseur. On a appuyé la proposition d’ajouter les mots “simultanément” après le mot “communiquée”.

96. Le Groupe de travail a noté que des dispositions similaires figuraient dans l’article 28 de la Loi type de 1994 et il pourrait examiner ultérieurement comment traiter ces dispositions répétitives d’une manière cohérente dans la Loi type révisée.

97. Il a été souligné que, s’il y avait des modifications des critères d’évaluation ou des modifications entraînant un changement de fond par rapport à ce qui avait été publié au départ, elles ne seraient pas acceptables, à moins d’avoir été notifiées de la même manière que l’avis d’origine. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré d’ajouter les mots “dans la portée indiquée de la passation” dans la disposition, afin de limiter la mesure dans laquelle l’évaluation et d’autres critères essentiels de la passation pouvaient être modifiés. On s’est toutefois inquiété de ce que le libellé proposé ne s’appliquerait qu’à une modification de l’objet du marché, et non des critères d’évaluation.

98. Il a été fait référence aux dispositions existantes de la Loi type de 1994 (art. 48-5), qui étaient reprises dans le texte proposé. Le Groupe de travail a également noté que l’article 28 de la Loi type de 1994 traitait de manière similaire du même sujet. Les deux dispositions portaient du principe que les modifications n’étaient communiquées qu’à ceux à qui le dossier de sollicitation avait été fourni. On s’est demandé s’il convenait de modifier ce principe dans l’ensemble de la Loi type révisée.

99. Une proposition tendant à n’autoriser que les modifications mineures n’a pas été soutenue. Il a été souligné qu’il fallait préserver une plus grande souplesse, mais que la Loi type ne devrait pas autoriser de modifications essentielles dans le dossier de sollicitation. Le Groupe de travail a rappelé qu’il avait décidé à titre préliminaire, à sa dernière session, d’ajouter la définition d’une “modification essentielle” à l’article 2. On s’est déclaré favorable à ce que le paragraphe proposé soit modifié et son contenu aligné sur cette définition, et à ce que le même principe s’applique à toutes les méthodes de passation.

Paragraphe 9

100. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[9] Les négociations entre l’entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l’article [...], une partie aux négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique, aucune information relative au prix ni aucune autre information commerciale concernant les négociations, sans le consentement de l’autre partie.”

101. Il a été noté que les dispositions étaient fondées sur l’article 49-3 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail a rappelé qu’il envisageait un projet d’article 21 qui figurerait au chapitre premier et contiendrait des dispositions sur la confidentialité applicables à toutes les méthodes de passation. Compte tenu du projet d’article 21, on s’est demandé s’il était nécessaire de traiter de la confidentialité dans l’article relatif au dialogue compétitif. Il a été proposé que les dispositions soient supprimées, mais que le projet d’article 21 soit modifié de manière à faire expressément référence au dialogue compétitif. Selon un autre avis, des dispositions sur la confidentialité devaient figurer dans le projet d’article, car elles prenaient une importance particulière dans le contexte du dialogue compétitif.

102. L’avis dominant a été qu’il fallait éviter les répétitions dans la Loi type et qu’un renvoi à l’article 21, tel que modifié, serait donc suffisant. Comme la question de la confidentialité se posait de manière particulièrement aiguë dans le cadre du dialogue compétitif, il a été convenu que le Guide soulignerait l’importance de préserver la confidentialité du dialogue.

Paragraphe 10

103. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[10] L’entité adjudicatrice négocie avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et peut demander ou autoriser une modification de ces propositions, sous réserve que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions qui n’ont pas été rejetées.”

104. Il a été proposé que la Loi type ou le Guide exigent que l’entité adjudicatrice établisse un compte rendu détaillé du dialogue avec chaque fournisseur et en fournisse une copie à la fin de chaque phase du dialogue au fournisseur ou à l’entrepreneur concerné. Il a été suggéré que cette obligation figure dans le projet d’article 22 de la Loi type révisée proposée (relatif au procès-verbal de la procédure de passation des marchés). Selon un autre avis, cet élément devait figurer dans le Guide, qui était un guide des meilleures pratiques, et non dans la Loi type.

105. Il a été proposé de remplacer les mots “qui n’ont pas été rejetées” par le membre de phrase “qui sont passés à la phase du dialogue compétitif conformément aux procédures énoncées dans le dossier de sollicitation”. On a souligné que cette disposition devait refléter le fait que le groupe de fournisseurs entamant le dialogue lors de la première phase pouvait changer tout au long du processus. Il a par conséquent été suggéré que le texte en question soit modifié pour faire référence aux “participants restants”.

Paragraphe 11

106. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[11] Les négociations avec appel à la concurrence doivent être menées de façon concomitante (c’est-à-dire séparément mais simultanément avec chaque fournisseur ou entrepreneur admis à participer aux négociations après l’étape de la présélection).”

107. Le Groupe de travail est convenu que les mots “admis à participer aux négociations après l’étape de la présélection” seraient modifiés à la lumière des délibérations qu’il avait précédemment tenues à ce sujet (voir par. 82 et 83 ci-dessus).

108. Il a été suggéré de remplacer le mot “simultanément” par les mots “en parallèle” ou “pratiquement simultanément”. On a craint que les termes ou variantes proposés n’impliquent que le dialogue était mené en même temps avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui présupposait que divers responsables de la passation ou des comités de négociation composés de divers responsables de la passation mèneraient des dialogues. On a dit qu’une telle position n’était pas souhaitable, car elle se traduirait par l’inégalité de traitement des fournisseurs. Il a été suggéré que le Guide explique la signification du terme “simultané” ou “concomitant”, en précisant les principales caractéristiques de ce type de négociations.

109. Un soutien a été exprimé en faveur du libellé modifié suivant: “Le dialogue compétitif doit être mené de façon concomitante (c’est-à-dire séparément mais en parallèle avec chaque fournisseur ou entrepreneur...)”. Une autre proposition, qui a également été appuyée, consistait à remplacer le texte par: “Le dialogue compétitif doit être mené de façon concomitante”, et à expliquer dans le Guide la signification du terme “concomitante”. À cet égard, il a été suggéré que le Guide fasse la distinction entre les négociations qui devaient se tenir avec tous les fournisseurs et entrepreneurs avant l’attribution du marché, et les négociations consécutives, où le marché pouvait être attribué une fois le dialogue achevé avec n’importe quel fournisseur ou entrepreneur.

110. On s’est déclaré favorable à ce que les dispositions de la Loi type, telles que révisées, soient complétées par l’indication suivante: “Le dialogue compétitif doit être mené par le même responsable de la passation ou par un comité composé des mêmes personnes”. Il a été dit qu’en ajoutant cette indication, on éviterait toute ambiguïté dans les termes “simultané” ou “concomitant”. Selon un autre avis, cet ajout avait trait à des aspects procéduraux qui pourraient être traités de manière plus appropriée dans le Guide.

Paragraphe 12

111. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[12] Une fois les propositions initiales soumises, les critères d’évaluation ne peuvent plus être modifiés. Toute autre modification devra entrer dans la portée indiquée de la passation. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d’information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l’entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur [mais qui ne s’appliquent pas en particulier ou exclusivement à ce fournisseur

ou à cet entrepreneur] sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.”

112. Lors de la présentation du projet de paragraphe 12, il a été expliqué que la portée que l'on souhaitait lui conférer différerait de celle du projet de paragraphe examiné aux paragraphes 94 à 99 ci-dessus. Le Groupe de travail a noté que, alors que ce dernier traitait de la modification de la sollicitation de propositions avant la soumission de propositions, le paragraphe 12 traitait des modifications postérieures à la soumission. L'accent a été mis sur l'importance des dispositions compte tenu de la nature souple du dialogue compétitif. Il a été expliqué que l'objectif était d'assurer que, si des modifications des aspects techniques étaient admissibles dans la portée indiquée de la passation, les critères d'évaluation ne pouvaient plus être modifiés une fois que les propositions avaient été soumises.

113. Le Groupe de travail est convenu que le libellé des deux premières phrases de la proposition serait aligné sur les résultats des délibérations antérieures du Groupe de travail relatives aux écarts admissibles (voir par. 99 ci-dessus).

114. On s'est déclaré favorable à ce que le libellé de la proposition soit modifié comme suit: “Une fois les propositions initiales soumises, toute modification doit entrer dans la portée indiquée de la passation; sous réserve toutefois que les critères de qualification ou d'évaluation ne soient pas modifiés[, ni les critères utilisés pour définir le groupe compétitif].”

115. La proposition tendant à ajouter que seules les modifications justifiées dans le cadre des négociations étaient admissibles n'a pas été appuyée. Il a été expliqué que certaines modifications devraient peut-être être apportées en raison de circonstances non liées aux négociations (par exemple des mesures administratives).

116. On s'est déclaré favorable à l'ajout, dans les dispositions, de règles relatives à la confidentialité, avec une référence à l'article [21] de la Loi type révisée, le cas échéant.

Paragraphe 13

117. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe suivant:

“[13] À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice doit demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle a négocié de soumettre une meilleure offre définitive ayant trait aux solutions ou à la solution dégagée durant le processus de dialogue. La demande doit être écrite et préciser la date et l'heure à laquelle les offres doivent être soumises. L'entité adjudicatrice attribue le marché [, sur la base des meilleures offres définitives,] au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition s'est avérée, sur la base des critères d'évaluation des propositions et des coefficients de pondération ainsi que des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.”

118. On s'est déclaré favorable à l'emploi du terme “offre définitive” plutôt qu'à celui de “meilleure offre définitive”. Il a été estimé que ce dernier terme pouvait prêter à confusion, car c'était l'entité adjudicatrice qui déterminait la meilleure offre après avoir évalué les offres définitives. Selon une autre opinion, ce terme était utilisé dans la Loi type de 1994 et était bien connu dans le contexte de la passation

des marchés publics. Selon l'avis qui a prévalu, les termes "une meilleure offre définitive" et "les meilleures offres définitives" devaient être remplacés par les mots "leurs meilleures offres définitives", ce qui indiquait que les offres étaient meilleures et définitives par rapport à la proposition de chaque fournisseur.

Possibilité d'ajouter un nouveau paragraphe à la fin du projet d'article

119. Il a été suggéré d'ajouter un paragraphe distinct dans le projet d'article, qui ferait référence à la publication de l'avis d'attribution du marché. À cet égard, le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article 20 traitait de la publication des avis d'attribution de marché, et qu'un renvoi à cet article pourrait être suffisant. Il est convenu d'examiner si le projet d'article 20 couvrait de manière adéquate le contenu des informations qui devaient être publiées lorsqu'un marché était attribué dans le cadre d'un dialogue compétitif.

Article dans son intégralité

120. Le secrétariat a été prié d'harmoniser le texte du projet d'article sur le dialogue compétitif avec le reste de la Loi type.

V. Questions diverses

121. Le Groupe de travail a été informé du prochain examen de la Loi type révisée, lors de la quarante-deuxième session de la Commission (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009). Il a été noté que la Commission examinerait le point de l'ordre du jour consacré à la passation de marchés du 2 au 10 juillet. Il était prévu qu'elle examinerait les questions de fond en séance plénière, notamment l'exécution du mandat du Groupe de travail, la portée élargie de la Loi type et le traitement des questions de politique socioéconomique dans la Loi type révisée. Il était également prévu que les dispositions de la Loi type révisée seraient examinées par le Comité plénier.

122. Le Groupe de travail a noté que la Commission serait saisie, pour son examen de ce point, des rapports qu'il avait établis sur les travaux de ses quatorzième à seizième sessions, et de tous les documents que le secrétariat lui avait présentés à la session en cours. Il était également prévu que le secrétariat élabore un document de séance à l'intention de la Commission, qui incorporerait les dispositions révisées liées au chapitre IV de la Loi type.

123. L'observateur de la Banque mondiale a indiqué que celle-ci avait suivi les débats du Groupe de travail avec grand intérêt. Soulignant que la Loi type était un outil très important pour la Banque, qui apportait une assistance technique aux pays en développement en vue de la réforme des systèmes de passation, il a déclaré que la Banque espérait que l'on continuerait à progresser sur la voie de la transparence, de la concurrence ouverte, de la non-discrimination et de la responsabilité. Si sa position relative aux négociations avec appel à la concurrence et leur justification restait inchangée depuis 1994, la Banque examinerait de nouvelles méthodes de passation et d'autres innovations dans le domaine de la passation.

VI. Adoption du rapport du Groupe de travail

124. Le Groupe de travail a adopté le présent rapport sous réserve de la confirmation du libellé exact du projet d'article 40 dans toutes les langues.
