



# Assemblée générale

Distr. générale  
18 décembre 2009  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-troisième session  
New York, 21 juin-9 juillet 2010

## **Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009)**

### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	1-8	2
II. Organisation de la session . . . . .	9-14	3
III. Délibérations et décisions. . . . .	15	5
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 . . . . .	16-210	5
A. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8 à 10, 24, 25, 28, 30, 31 et 32 a), d) et e), et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et 2) . . . . .	17-106	5
B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 9 et 11 à 14, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2) . . . . .	107-131	19
C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.3) . . . . .	132-158	23
D. Chapitre IV. Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 15 à 20 et 28, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4) . . . . .	159-181	27
E. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5) . . . . .	182-210	31



## 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 commencé à élaborer des 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 les 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, notamment l’échange de communications par voie électronique et le recours aux moyens électroniques pour la soumission et l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de cette 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, notamment la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode autonome, 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, notamment 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 (Vienne, 8-12 septembre 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat. 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 révisée, 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 la question 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 projet de Loi type révisée et, même si un certain

nombre de points restaient en suspens, dont le chapitre IV dans son intégralité, il s'est mis d'accord sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009), le Groupe de travail a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du projet de texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste du projet de Loi type révisée. Le Secrétariat a également été chargé de revoir les projets de dispositions pour le chapitre premier.

7. De 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 révisée 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 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle 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 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses délibérations à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640 et A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement 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).

8. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de Loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées, même si quelques questions restaient en suspens. Elle a noté que le projet de loi type révisée n'était pas prêt pour qu'elle puisse l'adopter à cette session. Elle a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions d'ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail puisse les examiner. À cette session, on a souligné qu'il importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

## II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à Vienne, du 7 au 11 décembre 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Arménie, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération

de Russie, France, Iran (République islamique d'), Liban, Maroc, Mexique, Namibie, Ouganda, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

10. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Albanie, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Côte d'Ivoire, Croatie, Iraq, Koweït, Libye, Oman, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, Qatar, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Suède, Turquie et Uruguay.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Organisation de coopération et de développement économiques/ Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion (SIGMA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA) et Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

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

*Président*: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)<sup>1</sup>;

*Rapporteur*: M. Duncan MUHUMUZA LAKI (Ouganda).

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.70);

b) 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.71 et Add.1 à 8).

14. 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.

<sup>1</sup> Élu à titre personnel.

### III. Délibérations et décisions

15. À sa dix-septième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type.

### 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

16. Le Groupe de travail est convenu que, sauf s'ils faisaient l'objet de commentaires, les passages entre crochets du projet de loi type révisée contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 à 8 (ci-après "le projet de loi type révisée"), seraient conservés tels que proposés dans le projet de loi type révisée et les crochets supprimés.

#### A. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8 à 10, 24, 25, 28, 30, 31 et 32 a), d) et e), et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et 2)

*Titre et préambule (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 32 a))*

17. Il a été proposé de clarifier le problème d'incohérence entre le titre (qui parlait de "passation des marchés publics") et le reste du projet de loi type révisée (qui se référait à la "passation de marché"). Le Secrétariat a été prié de modifier en conséquence l'article premier ou l'article 2 k) (article 2 f) dans la version anglaise), selon le cas.

*Article premier. Champ d'application (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 30 et 31)*

18. L'article n'a suscité aucun commentaire.

*Article 2. Définitions (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8, 24, 25 et 32 d) et e))*

19. Le Groupe de travail a pris note des changements qu'il était proposé d'apporter au projet d'article, en particulier de l'ajout de plusieurs définitions nouvelles et de la présentation des définitions dans l'ordre alphabétique. Il a été convenu que les définitions ne devraient pas comporter de dispositions de fond.

20. Il a été convenu de remplacer le verbe "juge" par "établit" dans la définition du terme "passation de marché national". Il a été convenu par la suite que la question de fond évoquée après le renvoi à l'article 8 serait déplacée pour être insérée dans ce même article 8, étant entendu que celui-ci serait modifié en conséquence pour couvrir toutes les situations justifiant le recours à la passation de marchés nationaux, y compris le cas des marchés de faible valeur (voir plus loin paragraphe 42).

21. Il a été proposé de remplacer les mots "devenir partie ultérieurement", dans la définition du terme "accord-cadre fermé", par les mots "entre en compétition pour

obtenir le marché au titre de l'accord-cadre". Cette proposition a suscité des réserves, car l'objectif était de définir les parties à l'accord-cadre et parce que la deuxième étape de la procédure ne comporterait pas nécessairement de mise en concurrence. Selon une autre proposition, le texte suggéré, du fait qu'il soulevait une question de fond, devrait figurer dans les dispositions régissant les accords-cadres ou dans le Guide, mais non dans la définition. Il a été convenu de n'aborder ce point qu'après examen des dispositions sur les accords-cadres.

22. Il a été convenu de remplacer, dans la définition du terme "modification substantielle", le verbe "inclut" par "peut inclure", ainsi que les mots "et qui" par "ou qui". Il a été dit que la deuxième phrase de la définition ne se voulait pas exhaustive mais visait à préciser la première, et devrait peut-être indiquer qu'elle contenait une liste illustrative. L'autre proposition, qui a finalement prévalu, était de déplacer la deuxième phrase pour l'insérer dans le Guide. Il a également été convenu d'ajouter après "en ce qui concerne leur qualification" les mots "ou le classement de leurs soumissions". Selon le Groupe de travail, puisque les mots "conditions de la passation" n'étaient pas définis dans la Loi type, ils devraient être expliqués dans le Guide, s'agissant notamment des sources – par exemple, le dossier de sollicitation – où pouvaient figurer ces conditions.

23. Il a été convenu que la définition des "enchères électroniques inversées" serait conservée.

24. Il a été proposé de remplacer le mot "désigne" par "inclut" dans la définition du terme "facteurs socioéconomiques". Cette proposition a suscité des doutes. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver le verbe "désigne", jugé plus exact du fait que la définition parlait des considérations "autres". Il a également été convenu d'ajouter après "de la comparaison des soumissions" les mots "de l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou de l'accord-cadre".

25. Il a été demandé si la définition des "facteurs socioéconomiques" visait à définir l'adjectif "socioéconomique" plutôt que le terme même de "facteurs socioéconomiques", étant donné que le projet de loi type révisée employait fréquemment l'expression connexe "politiques socioéconomiques". Il a été convenu de supprimer l'adjectif "socioéconomiques" après "politiques".

26. En ce qui concerne la note 6 (note 13 dans la version anglaise), l'idée de fournir dans le Guide une liste illustrative d'exemples de "facteurs socioéconomiques" a été appuyée pour permettre une certaine souplesse dans leur définition au niveau national.

27. Il a été convenu de remplacer les mots "sollicitation d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs", dans la définition du terme "sollicitation directe", par "sollicitation d'un seul fournisseur ou entrepreneur ou d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs".

28. Il a été convenu que le Secrétariat devrait envisager de reformuler la notion d'"intention" dans la définition du terme "délai d'attente".

29. On a émis des doutes sur la nécessité d'une définition du terme "soumission à retenir". La question n'a pas été tranchée.

*Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]*

30. L'article n'a suscité aucun commentaire.

*Article 4. Règlements en matière de passation des marchés*

Paragraphe 2

31. Le Groupe de travail a été invité à examiner s'il convenait de traiter les questions touchant au code de conduite des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans l'article consacré aux règlements en matière de passation des marchés. Il a été noté que, dans certains États, ces questions relevaient de la législation.

32. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de reformuler les dispositions de manière à bien tenir compte des différentes approches suivies d'un État à l'autre pour édicter des règles sur ces questions.

Paragraphe 3

33. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 était nouveau et que le Secrétariat proposait de l'ajouter compte tenu de la nouvelle définition du terme "facteurs socioéconomiques" à l'article 2.

34. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe étant entendu que la définition des "facteurs socioéconomiques" était suffisante à elle seule.

*Article 5. Publication des textes juridiques*

35. L'article n'a suscité aucun commentaire.

*Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir*

36. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite aux délibérations de la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 80 à 87).

37. Il a été proposé d'écourter l'article en supprimant les paragraphes 1 et 2, dont le contenu serait reflété au paragraphe 3. Cette proposition a suscité des réserves car l'article s'en trouverait affaibli dans son ensemble. Il a été convenu de conserver les dispositions, étant entendu que le Guide expliquerait où ce type d'informations était habituellement publié.

*Article 7. Communications dans la passation des marchés*

38. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 121 à 143).

39. On s'est inquiété de l'emploi du terme "classified information" (informations classifiées) dans cet article et dans d'autres dispositions du projet, compte tenu de la difficulté de traduire ce terme dans d'autres langues de l'ONU (voir plus loin paragraphe 74). Cet article n'a suscité aucun autre commentaire.

*Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 24 et 25)*

40. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé à la suite des consultations menées avec des experts, de manière à permettre à l'entité adjudicatrice de limiter la participation à une procédure de passation de marché sur la base de la nationalité pour des motifs socioéconomiques, et pour d'autres raisons, par exemple pour appliquer des programmes réservés aux minorités, aux petites et moyennes entreprises ou aux groupes autochtones.

41. Il a été convenu qu'il fallait assurer la cohérence entre les paragraphes 1 et 4, que les paragraphes 4 et 5 seraient fusionnés et que les dispositions résultant de cette fusion indiqueraient où les informations mentionnées seraient publiées (ou seraient accompagnées d'un commentaire à cet effet dans le Guide). Il a également été proposé d'exiger dans la Loi type que l'entité adjudicatrice communique promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs, sur leur demande, les raisons justifiant sa décision de passer un marché national, de manière à permettre des recours efficaces contre cette décision.

42. Compte tenu des modifications qu'il a été convenu d'apporter à la définition de la "passation de marché national" (voir par. 20 ci-dessus), le Secrétariat a été prié de modifier l'article 8 pour qu'il mentionne la faible valeur d'un marché comme un motif justifiant le recours à la passation d'un marché national.

*Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs*

43. On s'est inquiété de l'emploi du verbe "posséder" à l'alinéa i) du paragraphe 2 pour parler des "normes éthiques" et du personnel, et le Secrétariat a été prié de reformuler ce critère.

44. Il a été ajouté que cet alinéa, ou le commentaire correspondant du Guide, devrait préciser que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs avaient toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité, si nécessaire. Le Secrétariat a été chargé de rédiger des dispositions appropriées.

45. S'agissant du même alinéa toujours, il a aussi été noté qu'en exigeant que les fournisseurs ou entrepreneurs possèdent "les équipements et autres moyens matériels [...] nécessaires", les dispositions risquaient de limiter, sans le vouloir, la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Il a été noté que, souvent, ces entreprises ne possédaient pas elles-mêmes les équipements et autres moyens matériels nécessaires, mais s'assuraient, par l'intermédiaire de leurs sous-traitants, que ceux-ci étaient disponibles aux fins de l'exécution du marché. Il a été convenu au sein du Groupe de travail que le Guide expliquerait qu'une telle limitation n'était pas voulue.

46. On a exprimé la crainte que, en exigeant des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils présentent des références, les dispositions ne limitent l'accès à la passation, car les nouveaux venus n'étaient peut-être pas en mesure de fournir de telles références. Il a aussi été noté que les dispositions étaient subjectives. On a donc proposé de supprimer le mot "références". À cela, on a répondu que le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger des références était essentiel et devait être préservé, et que seules des références justifiables objectivement et proportionnelles à l'objet du

marché étaient autorisées selon le paragraphe 6 de l'article. Pour souligner ce dernier point, il a été suggéré de modifier comme suit les dispositions du chapeau du paragraphe 2: "appropriés et pertinents".

47. Il a été rappelé que le mot "références" avait remplacé le mot "réputation" employé précédemment dans ce contexte. Il a été dit qu'en cas de suppression de ce mot, le Guide ou la Loi type elle-même devrait faire en sorte qu'une déclaration des propres fournisseurs ou entrepreneurs concernant leurs expériences positives passées ne soit pas suffisante et que ceux-ci soient tenus de fournir des preuves satisfaisant l'entité adjudicatrice. À cet égard, une distinction a été faite entre les termes "réputation" et "références" en relation avec la participation de tiers. Il a aussi été noté que le terme "références" serait compris différemment d'un État à l'autre, et qu'il était habituel, dans le secteur de la construction, d'avoir recours aux références pour démontrer des qualifications. Une préférence a été exprimée pour le maintien de ce terme, pour autant qu'il renvoie à la vérification de la "crédibilité" des fournisseurs ou entrepreneurs.

48. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait supprimer le mot "références" à l'alinéa i) du paragraphe 2 compte tenu du paragraphe 3 de cet article, qui permettait à l'entité adjudicatrice d'exiger des pièces pour vérifier que les fournisseurs répondaient aux critères de qualification. Il a été convenu que le commentaire du Guide relatif au paragraphe 3 expliquerait l'interaction entre ces paragraphes.

49. En réponse aux craintes concernant l'absence de référence explicite aux considérations environnementales dans les dispositions, il a été expliqué que ces dernières envisageaient en fait la possibilité de tenir compte des aspects environnementaux dans la vérification des qualifications. Dans ce contexte, on a mentionné la définition des "facteurs socioéconomiques", l'article 8 et le renvoi à cet article figurant au paragraphe 6 de l'article 9. Le Secrétariat a été chargé de reformuler les dispositions pour qu'elles fassent référence aux critères environnementaux de manière plus explicite.

50. Il a été proposé que le commentaire du Guide accompagnant l'alinéa v) du paragraphe 2 mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d'exclusion. Il a aussi été proposé que, compte tenu de l'emploi répété du terme "documentation de préqualification", ce terme soit défini à l'article 2 de la façon suivante: "Le terme 'documentation de préqualification' désigne l'ensemble des documents servant à la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le dossier de sollicitation sera envoyé".

*Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre*

51. Il a été proposé de reformuler le paragraphe 3 de l'article 10 en remplaçant les mots "peut comprendre" par "comprend au minimum" et en ne mentionnant dans ce dernier contexte que les éléments qui devraient toujours figurer dans la description de l'objet du marché, par opposition à ceux qui seraient inclus en fonction du marché. Il a également été proposé que cet article réglemente de façon plus explicite la manière dont les facteurs socioéconomiques devaient être pris en compte dans l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou de l'accord-cadre.

52. Selon un autre avis, ces questions étaient difficiles à régler dans une loi et auraient peut-être davantage leur place dans le Guide.

*Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation  
(voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 24 et 25)*

53. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 149 à 174) et à la lumière des consultations informelles du Secrétariat avec les experts et de la nouvelle définition du terme "facteurs socioéconomiques" dans le projet d'article 2.

54. Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, que le début de l'alinéa a) du paragraphe 1 soit reformulé pour mentionner toutes les exceptions prévues au paragraphe 2.

55. S'agissant du chapeau de l'alinéa b) du paragraphe 1, on s'est demandé s'il fallait dire "comprennent uniquement", "peuvent comprendre uniquement", "comprennent" ou "peuvent comprendre". Une préférence a été exprimée en faveur des deux dernières formules au motif qu'il serait vain d'essayer de dresser une liste exhaustive des critères d'évaluation, même si cette liste renfermait des références génériques. Un soutien a été apporté à l'emploi du verbe "comprennent" car il donnait à entendre que les critères d'évaluation énumérés dans l'alinéa pouvaient être complétés par des critères supplémentaires conformes aux dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1. Au cours de la discussion qui a suivi, un soutien a été exprimé en faveur des mots "peuvent comprendre" afin d'éviter toute ambiguïté. Il a été estimé que la disposition générale énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 1, selon laquelle les critères d'évaluation devaient avoir un lien avec l'objet du marché, offrait des garanties suffisantes contre tout abus.

56. Le Groupe de travail a été invité à examiner si "les performances en matière de protection de l'environnement" à l'alinéa b) iv) du paragraphe 1 devraient être retenues en tant que critère d'évaluation distinct ou s'il suffisait de traiter les aspects environnementaux dans le cadre des facteurs socioéconomiques visés à l'alinéa a) du paragraphe 2 du projet d'article. Il a été noté dans ce contexte que la définition des "facteurs socioéconomiques", figurant dans le projet d'article 2, faisait déjà référence aux considérations environnementales. Il a été expliqué que le fait de ne pas mentionner ces considérations dans la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 aurait des incidences sur leur prise en compte aux articles 8 (en relation par exemple avec les projets réservés à certains groupes/qualifications) et 10 (en relation avec l'évaluation de la conformité des soumissions). Il a également été noté que, si "les performances en matière de protection de l'environnement" étaient maintenues en tant que critère d'évaluation distinct, cela voudrait dire qu'elles auraient toujours un lien avec l'objet du marché. Il a en outre été noté que, si la question des considérations environnementales était traitée uniquement dans le paragraphe 2 (à savoir au nombre des facteurs socioéconomiques), ces considérations ne pourraient être prises en compte dans l'évaluation des soumissions que si les conditions du chapeau du paragraphe 2 étaient remplies (c'est-à-dire être autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et appliquées sous réserve d'approbation par un organe désigné).

57. Compte tenu des développements observés dans le domaine de la protection de l'environnement, notamment à l'échelle internationale, et de l'évolution en faveur des achats écoresponsables dans le monde, selon l'avis qui a prévalu, l'entité adjudicatrice devait pouvoir prendre en compte les facteurs environnementaux dans l'évaluation des soumissions, même si ces facteurs n'avaient pas été autorisés par les règlements en matière de passation des marchés ou approuvés par un organe désigné. Il a donc été proposé soit de conserver en l'état le sous-alinéa iv) de l'alinéa b) du paragraphe 1, soit d'en refléter la substance d'une autre manière à l'alinéa b) de ce paragraphe. Il a été expliqué que le fait de ne mentionner les considérations environnementales qu'au paragraphe 2 dans le contexte de la définition des "facteurs socioéconomiques" laisserait penser que la prise en compte de ces considérations était une mesure exceptionnelle, alors qu'en réalité il s'agissait d'une mesure de plus en plus répandue dans la pratique. Par la suite, il a été convenu de supprimer le sous-alinéa iv) et de mentionner les caractéristiques environnementales plutôt au sous-alinéa ii) de l'alinéa b) du paragraphe 1.

58. Cela étant, il a été reconnu que les considérations environnementales ne devraient pas nécessairement être toujours prises en compte lors de l'évaluation des soumissions. On a noté que les modifications qu'il avait été proposé d'apporter au chapeau de l'alinéa b) du paragraphe 1 (voir par. 55 ci-dessus) offriraient une souplesse suffisante à cet égard.

59. Il a également été reconnu que les considérations environnementales ne seraient pas toutes liées à l'objet du marché. Il a été dit que, lorsqu'elles étaient sans lien avec l'objet du marché, elles pourraient quand même être prises en compte mais sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article en tant qu'autres facteurs socioéconomiques. En ce qui concerne les conditions imposées par le paragraphe 2, on a dit préférer que le libellé soit modifié comme suit: "Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent ou [...] (l'État adoptant désigne un organe habilité à donner ladite approbation)".

60. On a souligné que, du fait que le paragraphe 2 renvoyait aux politiques générales de l'État, l'entité adjudicatrice n'aurait peut-être aucune latitude pour décider de tenir compte ou non des facteurs énumérés dans ce paragraphe. Il a donc été proposé et convenu que le chapeau du paragraphe 2 soit reformulé pour prévoir la prise en compte non seulement discrétionnaire mais aussi obligatoire de ces facteurs.

61. Le Groupe de travail a été invité à examiner si la référence aux "considérations de défense et de sécurité nationales" à l'alinéa c) du paragraphe 2 était encore appropriée. La préférence a été exprimée en faveur de la suppression de cet alinéa ou de son remplacement par les principes généraux appropriés. À ce propos, on a rappelé que le Groupe de travail avait décidé de formuler les dispositions d'une loi type révisée non pas en fonction de l'objet du marché ou du secteur visé par le marché, mais en fonction de la complexité du marché. On s'est également inquiété de ce que le libellé actuel ne mentionnait pas la passation des marchés sensibles en général et partant qu'il ne tenait pas compte notamment des considérations de sécurité publique. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 2 étant entendu que le projet de loi type révisée prévoyait déjà d'autres mesures qui permettaient de tenir compte "des considérations de défense et de sécurité nationales", notamment par le choix d'une méthode de passation adaptée.

62. La nécessité d'un lien entre les dispositions des articles 10 et 11 a été mise en avant. On a proposé d'insérer à la fin de l'article 11 une référence à l'article 10, en particulier à l'exigence de respecter les conditions du marché ou de l'accord-cadre.

*Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché*

63. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article était nouveau et qu'il avait été proposé par le Secrétariat à l'issue de ses consultations avec les experts. On a rappelé que les dispositions du projet d'article se fondaient sur les dispositions équivalentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006). On a expliqué que ces dispositions étaient utiles dans le contexte des marchés de faible valeur et des seuils envisagés dans le projet de loi type révisée en vue de recourir à la passation de marchés nationaux, à l'appel d'offres restreint ou à la demande de prix.

64. Concernant le paragraphe 1, on a proposé d'ajouter à la fin de ce paragraphe les mots "ou de se soustraire par d'autres moyens aux obligations énoncées dans la présente Loi" et de remplacer les mots "dans l'intention de" par "avec pour résultat de [ou avec pour effet de]". Des doutes ont été émis à propos de cette dernière suggestion.

65. Une proposition tendant à se référer, dans le paragraphe 2, à la possibilité de renouveler ou de prolonger des marchés n'a pas été appuyée, car elle sortait du champ d'application de la Loi type (et relevait de l'exécution des marchés). On a proposé en revanche d'insérer dans le Guide le passage ci-après tiré de l'AMP de l'OMC qui traitait de cette question: "dans les cas où le marché prévoira la possibilité d'options, la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options".

66. En réponse à la question de savoir si ces dispositions étaient utiles dans la mesure où la Loi type, par rapport à d'autres instruments, prévoyait relativement peu de seuils, on a dit préférer conserver les dispositions telles que libellées pour éviter les pratiques anticoncurrentielles, que ce soit en réduisant ou augmentant artificiellement le volume des marchés.

*Article 13. Règles concernant la langue des documents*

67. L'article n'a suscité aucun commentaire

*Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation*

68. Le Groupe de travail a noté que l'article proposé avait été déplacé du chapitre sur l'appel d'offres dans la Loi type de 1994. Il a été invité à envisager de limiter l'étendue des modifications permises par le paragraphe 2 de l'article, en s'appuyant par exemple sur la notion de "modification substantielle", telle que celle-ci était définie à l'article 2 du projet de loi type révisée. L'avis a été exprimé qu'aucune limite ne devrait être établie compte tenu des autres dispositions de la Loi type qui prévoyaient déjà des garanties suffisantes contre les abus.

69. Il a été proposé que le commentaire du Guide accompagnant le paragraphe 2 de l'article renvoie aux dispositions de l'article 34 du projet de loi type révisée

concernant la nécessité de reporter la date limite de présentation des soumissions en cas de modification du dossier de sollicitation.

70. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 3, les mots “à la réunion” par “à la réunion ou avant la réunion”. Le libellé proposé a suscité des inquiétudes car il modifierait la portée de l’article. Il a donc été suggéré que la teneur de la proposition soit reflétée dans le Guide ou ailleurs dans le texte.

*Article 15. Garanties de soumission*

71. L’ article n’a suscité aucun commentaire.

*Article 16. Procédure de préqualification*

72. Le Groupe de travail a été invité à reconsidérer la décision qu’il avait prise antérieurement de remplacer le mot “lieu” par le terme techniquement neutre “modalités”. Il a noté la crainte des experts – dont lui a fait part le Secrétariat – que ce nouveau terme ne rende le texte plus difficile à comprendre. Déclarant partager cette crainte, il est convenu de rétablir le terme initial “lieu” dans les dispositions de cet article et dans les autres dispositions concernées.

73. Des doutes ont été émis, à la lumière des dispositions de l’article 23-4, sur la nécessité d’insérer le libellé supplémentaire proposé au paragraphe 9 et dans d’autres dispositions similaires pour tenir compte des procédures de passation mettant en jeu des informations classifiées. On a exprimé la crainte que les dispositions ne permettent à l’entité adjudicatrice de ne pas appliquer une décision judiciaire ordonnant la divulgation d’informations au public conformément à l’article 23-4. Il a toutefois été convenu qu’une telle conséquence n’était pas voulue. En réponse, on a souligné l’utilité des dispositions proposées au paragraphe 9 et ailleurs, car elles donneraient aux États adoptants des indications sur les dispositions de la Loi type révisée pour lesquelles une exception à l’obligation d’information du public serait nécessaire. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de revoir le libellé proposé en tenant compte des observations formulées.

74. Le Groupe de travail a rappelé que des inquiétudes avaient été exprimées à propos de la difficulté de traduire dans toutes les langues de l’ONU le terme “classified information” (voir par. 39 plus haut), dont la signification n’était peut-être pas évidente dans les autres langues. Il a donc été proposé que la Loi type révisée s’inspire de toute définition utilisée à l’ONU ou dans les directives de l’Union européenne. On a insisté sur la nécessité d’employer le terme de manière cohérente d’un bout à l’autre de la Loi type et dans toutes les langues.

75. En ce qui concerne le paragraphe 4, et en réponse à la question de savoir si les modifications apportées au texte de 1994 ne risquaient pas de laisser entendre que l’entité pourrait facturer des frais plus élevés que ceux permis précédemment, il a été convenu de préciser dans le Guide que l’entité ne pouvait pas recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité) par le biais de cette disposition. Il a été précisé que le prix demandé devait se limiter aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant).

76. Il a été convenu de supprimer les mots “qui en font la demande” au paragraphe 10.

*Article 17. Abandon de la passation de marché*

77. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 183 à 208). Il a également pris note d'un certain nombre de questions soulevées à propos des dispositions par les experts que le Secrétariat avait consultés, par exemple la question de savoir s'il fallait ajouter les mots ci-après au paragraphe 1: "[, à condition que les circonstances à l'origine de l'abandon [n'aient pu être prévues par] [ne résultent pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de la part de] l'entité adjudicatrice]". On a expliqué qu'il avait également été indiqué lors des consultations que, même dans de telles circonstances, l'intérêt général serait probablement mieux servi si la passation était abandonnée, pour autant qu'une telle décision produise des conséquences (telles que le remboursement du coût de présentation des soumissions). Le Groupe de travail a donc été invité à examiner si le libellé proposé devrait être inséré au paragraphe 1 ou au paragraphe 3 en rapport avec la question de la responsabilité. Il a en outre été invité à examiner si l'abandon de la passation pourrait faire naître une responsabilité uniquement envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions avaient été ouvertes. Il a été noté à cet égard que, selon les experts consultés par le Secrétariat, il était admis depuis toujours que les fournisseurs ou entrepreneurs présentaient leurs soumissions à leurs risques et périls et assumaient les dépenses y afférentes, mais que cette situation changeait une fois que les soumissions avaient été ouvertes.

78. Il a été convenu que le paragraphe 1 serait conservé en l'état; que les mots "qui en fait la demande" seraient supprimés du paragraphe 2; que le contenu de la note 14 serait reflété dans la Loi type sans donner l'impression toutefois que le droit d'invoquer le paragraphe 1 était soumis à une quelconque condition préalable, explicite ou implicite; et que le contenu de la note 16 serait reflété dans le Guide. En outre, il a été convenu que l'article n'aborderait pas les questions de réparation et des autres voies de droit. Il a cependant été admis que l'article, tel que révisé, aurait des conséquences pour les dispositions de la Loi type relatives aux recours.

79. En ce qui concerne le paragraphe 3, trois questions ont été dégagées: si l'entité devrait avoir la possibilité d'abandonner la passation avant et après l'ouverture des soumissions (question à laquelle il a été répondu affirmativement); si l'abandon à l'une ou l'autre de ces étapes devrait être justifié et, dans ce cas, quelles justifications seraient requises; et quelle responsabilité pourrait naître en vertu du droit des contrats ou de tout autre droit. L'avis a été exprimé que les questions de responsabilité sortaient du champ d'application de la Loi type et qu'en conséquence elles ne devraient pas être traitées dans l'article. On a jugé préférable d'expliquer dans le Guide que l'entité adjudicatrice encourait une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit.

80. Après discussion, il a été proposé, au paragraphe 3, que le texte entre crochets soit supprimé et que les mots "à moins que l'abandon de la passation ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part" soient insérés au début du paragraphe. Il a été noté que le libellé proposé concernait aussi les événements imprévisibles et qu'une responsabilité naîtrait dans des circonstances exceptionnelles.

81. L'article avait pour objet, a-t-on estimé, de trouver le juste équilibre entre la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure à tout stade du

processus de passation régi par la Loi type et la nécessité d'accorder une protection appropriée aux fournisseurs et entrepreneurs contre les actes irresponsables des entités adjudicatrices. Il a été noté que certaines entités abusaient en fait de cette possibilité d'abandonner la passation pour étudier le marché. Il a été convenu que le commentaire du Guide relatif à l'article traiterait ces questions.

*Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses*

82. L'article n'a suscité aucun commentaire.

*Article 19. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts*

83. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 de cet article avait été révisé à l'issue de son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 214 à 222).

84. Il a été proposé de supprimer, de l'alinéa a) du paragraphe 1, les mots "as an inducement" dans la version anglaise, afin de prendre en compte les pots-de-vin et avantages financiers, tels que ces termes étaient interprétés dans certains États, et pour assurer la cohérence avec l'article 8 de la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>2</sup> (qui visait généralement tous les actes de corruption). Un certain appui a été exprimé en faveur de cette suppression, mais l'on s'est inquiété de ce que la modification proposée, d'une part, n'ait l'effet inverse, à savoir exclure les pots-de-vin du champ d'application des dispositions en cause et, d'autre part, ne permette de rejeter une soumission en raison d'un avantage financier d'une valeur insignifiante, qui ne pourrait pas influencer le comportement de l'entité adjudicatrice.

85. En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir que les dispositions de cet article devraient être subordonnées à d'autres branches du droit qui régissaient les questions d'anticorruption et que ce point devrait être évoqué dans le Guide. À cet égard, on a souligné l'utilité de l'article 3. On a estimé que le fait de régler les questions visées dans l'article 19 sans renvoi à d'autres branches appropriées du droit risquait d'engendrer une confusion inutile, des incohérences et une mauvaise interprétation des politiques anticorruption de l'État adoptant. On a toutefois attiré l'attention sur le fait qu'un tel renvoi ne devrait pas, involontairement, faire croire à tort qu'une condamnation pénale serait une condition préalable au rejet d'une soumission.

86. On a dit préférer le libellé des versions espagnole et française, pour rendre compte de "l'influence" que l'avantage financier exerçait sur le comportement de l'entité adjudicatrice. Selon une autre proposition, il convenait d'employer le terme "improper inducement" ("incitation irrégulière").

87. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait remplacer, dans la version anglaise, les mots "as an inducement with respect to" par les mots "so as to influence" ("pour influencer").

<sup>2</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

88. Il a été proposé que l'alinéa b) du paragraphe 1 parle d'avantage concurrentiel injuste "avéré" pour éviter d'exclure les fournisseurs ou les entrepreneurs faisant encore l'objet d'une enquête. On a toutefois estimé que cette considération s'appliquait à tous les cas énumérés dans le paragraphe et était implicite dans toutes les situations visées par l'article.

89. En réponse à une question posée au sujet de la teneur de la note de bas de page 19, il a été convenu que le Guide traiterait la question du rejet injustifié et de l'instauration d'un mécanisme prévoyant un dialogue sur les conflits d'intérêt potentiels, qui s'inspirerait des dispositions de l'article 18 régissant l'examen des soumissions anormalement basses.

90. Il a été proposé que le commentaire correspondant du Guide aborde par exemple les questions suivantes: i) les règles applicables (par exemple les consultants associés à la rédaction du dossier de sollicitation ne devraient pas être autorisés à participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier était utilisé); ii) les difficultés à établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique; iii) l'association des dispositions relatives aux conflits d'intérêt (qui concernaient une situation) et des dispositions sur la corruption (qui était un acte illicite) risquait d'être source de confusion et devrait être évitée; et iv) comment la situation d'une filiale devrait être traitée.

*Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 28)*

91. Il a été noté qu'on pourrait assurer une plus grande simplification et uniformisation en fusionnant en un seul article toutes les dispositions sur les restrictions à la divulgation d'informations, telles que celles énoncées à l'alinéa b) du paragraphe 2 (voir également le paragraphe 102 ci-dessous). Pour parvenir à cette même fin, toutes les dispositions renvoyant aux informations à consigner dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché, comme celles visées au paragraphe 3, ne devraient être mentionnées qu'à l'article 23 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché, étant entendu que le commentaire du Guide accompagnant les dispositions en question renverrait à cet article.

92. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa c) du paragraphe 2 avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 230 et 237). Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, que le paragraphe soit de nouveau reformulé de manière à mentionner un délai d'attente d'une durée raisonnable tenant compte des conditions du marché considéré, sans fixer de durée spécifique.

93. Le Groupe de travail a examiné la question du retour d'information d'une manière générale dans le cadre du projet de loi type révisée et en particulier dans le contexte du paragraphe 2 et de la note de bas de page 25. On a rappelé et renouvelé la proposition, formulée à la quarante-deuxième session de la Commission, selon laquelle il serait utile d'aborder les questions concernant le retour d'information aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'avait pas été retenue dans le Guide plutôt que dans les dispositions de la Loi type (A/64/17, par. 240). Il a été expliqué que les méthodes régissant le retour d'information variaient sensiblement

non seulement d'un État à l'autre, mais aussi d'un marché à l'autre et que les dispositions en la matière n'étaient pas facilement applicables. Le Groupe de travail est convenu que seul le Guide devrait aborder la question du retour d'information.

94. Face à l'inquiétude suscitée par le fait que l'article laissait entendre qu'en toutes circonstances une seule soumission serait retenue, il a été dit que cette question serait abordée dans la définition de la soumission à retenir (comme cela avait été fait pour le terme "marché").

95. Dans le contexte des paragraphes 3 et 11 et de la note de bas de page 31, le Groupe de travail s'est demandé si l'article dans son ensemble ou seules certaines de ses dispositions devraient s'appliquer aux accords-cadres et, dans l'affirmative, à quel type d'accord-cadre et à quel stade. Il a noté qu'à la quarante-deuxième session de la Commission l'examen des paragraphes 3 et 11 de l'article dans le contexte des accords-cadres avait été remis à plus tard (A/64/17, par. 242, 243 et 247). Il a rappelé que les avis avaient jusque-là divergé sur le point de savoir s'il était souhaitable de prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre (A/CN.9/668, par. 141 à 144). Il a été invité à examiner la possibilité de prévoir un bref délai d'attente, qui pourrait apaiser les craintes exprimées au sujet de la rapidité requise pour attribuer des marchés au titre d'un accord-cadre et qui, compte tenu des difficultés plus limitées que pourrait poser l'attribution de tels marchés, laisserait aussi suffisamment de temps aux fournisseurs. Il a été noté que, dans les accords-cadres électroniques, ce délai pourrait être extrêmement bref et que, dans les accords-cadres ouverts, aucun délai d'attente ne serait nécessaire.

96. Après discussion, il a été convenu que les étapes de la procédure d'accord-cadre comportant une mise en concurrence, à savoir l'attribution des accords-cadres fermés et l'attribution de marchés consécutive à une mise en concurrence lors de la deuxième étape de tous les accords-cadres, feraient l'objet d'un délai d'attente approprié. Lorsque la deuxième étape ne comportait pas une réelle mise en concurrence mais consistait plutôt à opérer la sélection en fonction du meilleur prix à partir de la liste des offres, les dispositions relatives au délai ne s'appliqueraient pas et une référence appropriée serait insérée dans le Guide.

97. Il a également été proposé que les dispositions relatives au délai d'attente dans le contexte des accords-cadres soient traitées au chapitre VII, de manière à tenir compte des différents types d'accord-cadre. Le Groupe de travail a estimé que ces questions devraient être de nouveau examinées dans le détail lorsque les dispositions relatives aux accords-cadres seraient abordées.

98. Le Secrétariat a été prié d'expliquer pourquoi le paragraphe 6 faisait référence au ministère compétent et de supprimer cette référence si rien dans l'historique des dispositions ne la justifiait.

#### *Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre*

99. Le Groupe de travail a noté que cet article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 265) et aux consultations du Secrétariat avec les experts.

100. Une préférence a été exprimée en faveur du maintien du mot "périodiques" au paragraphe 3, car il offrait plus de souplesse aux États adoptants, et de la

suppression de la référence aux avis trimestriels, à condition de souligner dans le Guide que le mot “périodiques” ne devrait pas être interprété comme autorisant la publication à intervalles trop longs. On a proposé d’indiquer dans le Guide que les avis d’attribution des marchés visés à l’alinéa a) du paragraphe 2 devraient être publiés au moins une fois par an.

*Article 22. Confidentialité*

101. Le Groupe de travail a noté que cet article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 248 à 266) et aux consultations du Secrétariat avec les experts. Il a également noté que les mots “l’instance de recours ou un tribunal compétent” devraient être examinés conjointement avec l’article 23-4, où cette même question était en suspens.

102. Le Groupe de travail a rappelé la proposition formulée plus tôt dans le cours de la session, selon laquelle toutes les dispositions concernant la divulgation d’informations, y compris les restrictions à la divulgation d’informations classifiées, devraient être fusionnées pour former un seul et même article (voir par. 91 ci-dessus). Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail a confié au Secrétariat le soin de rédiger cet article.

103. Concernant les mots “l’instance de recours ou un tribunal compétent”, on a fait remarquer que toutes les dispositions où se posait la question devraient invariablement faire référence au tribunal compétent ainsi qu’à toute autre instance compétente désignée par l’État adoptant. On a proposé que le Guide indique quelles pouvaient être ces autres instances, notamment celles mentionnées au chapitre VIII du projet de loi type révisée. Selon un autre point de vue, il faudrait énumérer les options parmi lesquelles les États adoptants pourraient choisir dans la Loi type et non dans le Guide.

*Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché*

104. Il a été convenu d’employer les mots “qui inclut” au lieu de “qui comporte, au minimum,” dans le chapeau du paragraphe 1. Des réserves ont été émises à propos de la suppression des mots “au minimum”, car elle ôterait toute souplesse et exigerait que les dispositions soient exhaustives. En réponse, on a fait observer que le libellé proposé ne laissait pas entendre que les dispositions seraient exhaustives.

105. Il a été convenu de remplacer, dans l’alinéa r) du paragraphe 1 du texte anglais, le mot “claim” par “complaint” (tous deux traduits par “réclamation” dans le texte français), étant donné que c’était le terme utilisé dans le chapitre VIII.

106. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 5 proposé était nouveau, qu’il avait été ajouté conformément à une proposition des experts consultés par le Secrétariat, et qu’il s’inspirait des dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies contre la corruption. On a proposé que le Guide explique, en ce qui concerne cet article, la nécessité de conserver les documents et renvoie aux règles applicables à leur enregistrement et archivage. Il a en outre été noté que, si l’État adoptant estimait que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec les dossiers de la passation d’un marché particulier, il pourrait inclure une disposition à cet effet dans les règlements.

**B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 9 et 11 à 14, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2)**

*Article 24. Méthodes de passation des marchés*

107. On a rappelé que le Groupe de travail avait décidé de prévoir dans la Loi type révisée plusieurs méthodes de passation au choix afin de tenir compte des différents types de marchés passés. On a admis que, face à la diversité des types de marchés dans la pratique, la liste des méthodes de passation possibles était longue. La proposition de raccourcir la liste en supprimant certaines méthodes ou en les regroupant comme dans l'AMP n'a pas été appuyée.

108. On s'est inquiété de ce que le projet de loi type révisée introduisait des concepts qui ne figuraient pas dans la Loi type de 1994, tels que l'appel d'offres ouvert. Il a été noté, en réponse, que ce terme était équivalent au terme "appel d'offres" dans le texte de 1994, mais que l'adjectif "ouvert" avait été ajouté à des fins d'harmonisation avec d'autres textes sur la passation de marchés et pour distinguer cette méthode de l'appel d'offres restreint.

109. On a fait observer que toutes les méthodes de passation envisagées dans le projet de loi type révisée devraient être énumérées au paragraphe 1 et que, dans le texte anglais, les mots "under the conditions of articles 25 to 27" figurant à la fin de ce paragraphe devraient être déplacés vers le chapeau du même paragraphe afin d'en faciliter la lecture.

*Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché*

110. On a craint que le paragraphe 1 ne modifie la teneur de l'article 18-1 de la Loi type de 1994, qui rendait l'appel d'offres obligatoire pour les marchés de biens ou de travaux, mais pas pour les marchés de services, même s'il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de supprimer la distinction entre la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Il a été noté en réponse que la formulation actuelle s'expliquait notamment par le fait que les méthodes prévues en 1994 pour les biens et les services étaient similaires sur le plan de la procédure, et que les différences entre elles tenaient principalement au degré de précision des spécifications et au degré de souplesse autorisé pour ce qui était des critères d'évaluation. Il a été expliqué que, ces points étant traités comme une question de principe général dans les articles relatifs à la description de l'objet du marché et aux critères d'évaluation (art. 10 et 11) du projet de loi type révisée, les procédures et le choix entre elles pouvaient être simplifiés tel que proposé dans le projet de loi type révisée.

111. On a suggéré que le paragraphe 1 de l'article s'applique plutôt aux marchés pour lesquels les spécifications pouvaient être formulées dès le début de la passation. En même temps, on a reconnu qu'en indiquant que le recours à l'appel d'offres ouvert était le meilleur moyen d'assurer la concurrence et la transparence, le projet de loi type révisée préservait l'esprit général de l'article 18.

112. Le Secrétariat a été prié de réviser l'article de manière à ce que le texte indique que le recours à l'appel d'offres ouvert pour les marchés de services consultatifs ou intellectuels non quantifiables ne serait pas approprié.

*Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)*

113. S'agissant du paragraphe 2, une préférence a été exprimée pour l'emploi des mots "d'économie et d'efficacité", repris du préambule de la Loi type. On s'est par ailleurs demandé s'il était utile de faire référence à l'économie et à l'efficacité dans cet article, car ces considérations s'appliquaient à toute passation de marché. Il a en outre été proposé de supprimer la condition concernant l'économie et l'efficacité, en la remplaçant par les mots "si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité" tels qu'ils figuraient dans la Loi type de 1994, et de faire référence à l'économie et à l'efficacité à l'article 25-2. Il a été noté que, de cette manière, ces mots s'appliqueraient à toutes les méthodes de passation. On a exprimé des réserves sur le point de savoir s'il convenait de laisser entendre que l'économie et l'efficacité étaient les principales considérations dans le choix entre les méthodes de passation prévues aux articles 27 à 29.

114. On a également craint que la référence à l'économie et à l'efficacité n'introduise deux niveaux de conditions au paragraphe 2, qui n'étaient pas nécessairement compatibles entre elles. Il a été noté que le premier niveau de conditions était contenu aux alinéas a) et b) du paragraphe, le second correspondant à l'exigence d'aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité. Il a été estimé que, si les conditions posées à l'alinéa b) reflétaient la notion d'économie et d'efficacité maximales, celles énoncées à l'alinéa a) n'étaient pas réellement liées à cet objectif de maximisation. Il a été ajouté qu'en faisant référence à l'économie et à l'efficacité uniquement dans cet article, on pouvait laisser entendre soit que d'autres méthodes étaient jugées moins économiques et efficaces, soit que, en cas d'appel d'offres restreint, ces objectifs étaient considérés comme primordiaux.

115. Selon l'avis qui a prévalu, la référence à l'économie et à l'efficacité devait être supprimée des dispositions du paragraphe 2.

116. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été proposé de faire référence, dans l'article 24, à tous les seuils financiers applicables au choix d'une méthode de passation ou d'un type de sollicitation conformément au projet de loi type révisée.

117. Pour ce qui est du paragraphe 4, il a été confirmé que les dispositions visaient à autoriser la passation des marchés de services quantifiables simples, pour lesquels l'attribution se faisait sur la base de la soumission conforme au prix le plus bas, dans certains cas dans le cadre d'un budget fixe (voir plus loin par. 177). On s'est toutefois inquiété de l'absence de conditions spécifiques régissant le recours à cette méthode (voir plus loin par. 174).

118. S'agissant d'une question soulevée dans la note 58, une préférence a été exprimée pour l'emploi du terme "financiers", plutôt que "commerciaux" ou "relatifs au prix", de manière à englober le coût complet sur le cycle de vie, les frais d'exploitation et les conditions de financement, ainsi que le prix lui-même. Toutefois, on s'est demandé si cette solution était compatible avec les dispositions

de l'article 41. Il a été convenu que le libellé de ces dernières serait harmonisé avec celui de l'article 26-4.

119. Selon une autre opinion, seule la référence au prix devait être conservée compte tenu des dispositions de l'article 41-8 a) et de la pratique dans certains États qui consistait, dans des systèmes à deux enveloppes, à examiner uniquement le prix après l'évaluation des aspects techniques des soumissions. Selon l'avis qui a prévalu, l'adjectif "financiers" devrait être utilisé. (Voir en outre le paragraphe 176 ci-dessous; pour la discussion qui a suivi sur les méthodes de passation du chapitre IV, voir les paragraphes 159 à 181 ci-dessous).

*Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives et négociations avec appel à la concurrence*

120. Une question générale a été posée concernant la manière dont les méthodes de passation étaient regroupées aux articles 26 et 27. Par exemple, l'appel d'offres en deux étapes était considéré comme une variante de l'appel d'offres ouvert et par conséquent, a-t-on dit, aurait davantage sa place à l'article 26 qu'à l'article 27. Selon un autre point de vue, ce regroupement traduisait une approche du choix des méthodes de passation qui différait de celle prévue à l'article 19-1 a) du texte de 1994.

121. Il a été répondu que le principal critère de distinction entre les méthodes de passation décrites aux articles 26 et 27 était la question de savoir si une description adéquate pouvait ou non être formulée dès le début de la procédure. Il a cependant été reconnu que la possibilité ou non pour l'entité adjudicatrice de rédiger des spécifications complètes n'était pas le critère de définition pour tous les cas envisagés à l'article 27. On a fait observer à cet égard que l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin de recourir au dialogue ou aux négociations avec des fournisseurs, soit parce qu'elle était dans l'impossibilité de rédiger ses spécifications, soit parce que ce dialogue ou ces négociations étaient nécessaires pour passer un marché dans les situations visées à l'article 27-1 b) à d) et à l'article 27-2.

122. Il a été noté que l'article 26-1 parlait d'une description "détaillée" de l'objet du marché, tandis que l'article 27-1 a) se référait à une description "suffisamment complète", et il a été dit que ces expressions devraient être harmonisées. (Voir le paragraphe 193 ci-dessous pour une modification supplémentaire de l'article 27-1 a) convenue à la suite de l'examen du chapitre V sur les méthodes de passation des marchés).

123. À l'issue d'une discussion, au cours de laquelle des cas de passations fondées sur un dialogue ou des négociations ont été exposés, il a été convenu que la grande distinction entre les articles 26 et 27 du texte dont était saisi le Groupe de travail serait maintenue et que cette distinction correspondait bien à l'approche suivie à l'article 19-1 a) du texte de 1994.

124. Il a été souligné que les méthodes de passation énumérées à l'article 27 s'inscrivaient dans l'approche qui consistait à proposer plusieurs "outils" au choix. Les avis ont divergé sur la meilleure façon de formuler cette approche: certains ont considéré que, face à la grande diversité des situations qui surviendraient dans la

pratique, tous les outils envisagés par l'article devraient être disponibles de manière souple; d'autres ont estimé que l'article 27 dans sa rédaction actuelle devrait établir une distinction entre les différentes méthodes traitées et prévoir pour chacune d'elles des conditions d'utilisation, notamment afin d'éviter les abus.

125. Il a été demandé à cet égard si le projet de texte donnait suffisamment d'indications: des règles et normes étaient prévues pour aider à choisir entre d'autres méthodes de passation, mais non pour choisir entre les méthodes énumérées à l'article 27. On a aussi fait observer que les conditions d'utilisation ne pouvaient traiter entièrement les considérations soulevées par le choix de la méthode de passation et qu'en fait il ne conviendrait peut-être pas qu'elles le fassent. On a ajouté que le choix ne serait peut-être pas susceptible de contestation dans la pratique et que l'essentiel devrait être de permettre une prise de décisions structurée de la part de l'entité adjudicatrice et de gérer les risques que de telles décisions pouvaient comporter. Il a été convenu que ces questions seraient abordées lors de l'examen ou à la suite de l'examen par le Groupe de travail des procédures prévues pour chaque méthode concernée. Il a été convenu également qu'un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues à l'article 27 serait nécessaire dans le Guide, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices. Le commentaire devrait en outre aborder les éléments de ce choix qui ne pouvaient pas faire l'objet d'un texte législatif et devrait s'inspirer d'exemples tirés de la pratique.

126. Le Groupe de travail a été exhorté à préserver la continuité du droit dans la mesure du possible tout en améliorant le texte par voie de réforme, de façon à limiter les difficultés de mise en œuvre des réformes et à tenir compte des coûts de cette mise en œuvre, ainsi que pour éviter les utilisations inappropriées et la confusion dans les États qui avaient incorporé le texte de 1994, en ce qui concerne surtout l'introduction de nouvelles méthodes de passation.

127. S'agissant des méthodes de passation décrites à l'article 27, les points suivants ont été soulevés: dans l'appel d'offres en deux étapes, normalement, l'entité adjudicatrice définirait ses besoins avant d'engager la procédure de passation, éventuellement en recourant à des consultants. Cette méthode reposerait normalement, mais pas nécessairement, sur un dialogue lors de la première étape pour élaborer les spécifications en vue de la deuxième étape. En ce qui concerne la demande de propositions avec dialogue, une partie des étapes de conception et de développement pourrait se dérouler dans le cadre de la passation même, au moyen d'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs. On a remarqué que cette dernière approche s'était largement développée depuis la publication du texte de 1994 et qu'il serait utile d'en tenir compte dans le projet de texte révisé dans le but d'aboutir à plus d'économie et d'efficacité. Il a été ajouté que les procédures prévues pour ces deux méthodes de passation étaient similaires, avec une différence importante cependant, car l'appel d'offres en deux étapes porterait en définitive sur une seule solution technique tandis que la demande de propositions avec dialogue aboutirait à plusieurs propositions qui pourraient contenir différentes solutions.

128. Il a été demandé si toutes les méthodes envisagées dans l'article devaient être conservées et si certaines devaient être réservées à des types particuliers de marchés, comme les marchés de services de consultants. Le Groupe de travail est convenu de traiter cette question lorsqu'il examinerait les procédures pour chaque méthode de passation, conjointement avec les conditions d'utilisation

correspondantes. Il a toutefois confirmé sa position selon laquelle, en principe, toutes les méthodes pouvaient être utilisées pour tous les types de passation de marchés. En outre, il est convenu d'examiner ultérieurement si les négociations avec appel à la concurrence devraient être possibles dans toutes les situations définies à l'article 27, ou dans certaines d'entre elles, eu égard en particulier au caractère non structuré et souple de la procédure sur laquelle reposait cette méthode.

129. Il a été rappelé que les négociations avec appel à la concurrence pouvaient être utilisées dans les situations d'urgence conformément à l'article 27-2, tout comme pouvait l'être la sollicitation d'une source unique conformément à l'article 29 b). Il a été convenu que le choix approprié entre ces méthodes devrait tenir compte du degré d'urgence auquel l'entité adjudicatrice devait faire face et le Secrétariat a été prié de refléter ce point dans le texte. (Voir les paragraphes 182 à 210 ci-dessous pour la discussion sur les méthodes de passation de marchés du chapitre V).

*Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée*

130. On a constaté une incohérence entre certaines versions linguistiques et la version anglaise du texte, en particulier en ce qui concerne la référence à la possibilité de formuler une description de l'objet du marché. Le Secrétariat a été prié de s'assurer que toutes les versions linguistiques soient cohérentes.

*Article 29. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique*

131. On a convenu qu'il faudrait ajouter la conjonction "ou" à la fin de l'alinéa d). On a en outre rappelé qu'il avait été convenu que l'article 29 b) devrait mentionner un degré d'urgence plus élevé que l'article 27-2 (voir par. 129 ci-dessus).

### **C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/ WP.71/Add.3)**

*Article 30. Procédures de sollicitation des offres*

132. Il a été convenu de supprimer la numérotation du paragraphe et de replacer, en début de phrase, l'actuel renvoi à l'article 16 par les mots "à moins qu'une procédure de préqualification n'ait été engagée".

*Article 31. Teneur de l'invitation à soumettre une offre*

133. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise au sujet des mots "au minimum" à l'article 23-1 (voir par. 104 ci-dessus). Il était entendu que la même modification serait apportée à l'article 31 et ailleurs dans le même contexte.

*Article 32. Communication du dossier de sollicitation*

134. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé que le Guide examinerait la question des coûts de communication de la documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir par. 75 ci-dessus). Il a été convenu que le commentaire du Guide consacré à l'article 32 devrait examiner la même question.

*Article 33. Teneur du dossier de sollicitation*

135. Il était entendu que la modification convenue plus tôt au cours de la session en ce qui concerne les mots “au minimum” devrait également être apportée à l’article 33 (voir par. 104 ci-dessus).

136. Il a été convenu, à l’alinéa d), de remplacer les mots “qui sera commandée” et “à exécuter” par le mot “requis” et d’ajouter une référence au lieu de livraison des biens. On a proposé de rétablir le libellé de la Loi type de 1994, qui mentionnait “la nature et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter les biens, les travaux ou les services” et qui avait été remplacé par le terme défini “description de l’objet du marché” et par un renvoi à l’article 10. Les mots “quantité de services” ont suscité des inquiétudes.

137. Concernant les mots “quantité de biens”, il a été demandé si les dispositions signifiaient que la quantité de biens devait toujours être fixée dans le dossier de sollicitation, ce qui empêcherait l’entité adjudicatrice d’envisager des options pour l’achat de quantités de biens supplémentaires. Une distinction a été faite entre cette pratique courante et les cas mentionnés à l’article 29 c). On a rappelé que le projet de loi type révisée exigeait que les quantités soient déterminées avec certitude, sauf pour les accords-cadres, ce qui signifierait que le dossier de sollicitation devrait indiquer au moins la quantité maximale de biens qu’il était envisagé d’acquérir dans tous les cas.

138. En réponse à une question concernant les mots “le cas échéant, le délai souhaité ou requis”, il a été confirmé que les dispositions envisageaient en effet que l’entité adjudicatrice ait la possibilité de déterminer le délai de livraison de l’objet du marché en fonction de ses besoins.

139. On a rappelé que des modifications devraient être apportées en ce qui concerne l’emploi du mot “modalités” aux alinéas n) et q) (voir par. 72 ci-dessus). Le Secrétariat a également été prié de reformuler l’alinéa v) pour le rendre plus clair.

*Article 34. Présentation des offres*

140. Une réserve a été exprimée quant à la proposition d’ajouter au paragraphe 4, après le mot “promptement”, les mots “et au même moment”. Il était entendu que le mot “promptement” recouvrait le sens que les mots proposés impliquaient.

141. On s’est inquiété de ce que les dispositions du paragraphe 6 manquaient de souplesse. On a rappelé l’historique des dispositions et le commentaire du Guide, d’où il ressortait que ces dispositions avaient été libellées de cette manière pour apporter les garanties nécessaires contre les abus.

*Article 35. Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

142. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa quinzième session il avait reporté l’examen de cet article, qui se fondait sur l’article 31 de la Loi type de 1994, au vu des avis divergents qui avaient été exprimés quant à la proposition de supprimer la deuxième phrase dans le paragraphe 2 a) (A/CN.9/668, par. 175 et 176).

143. On a fait observer que, si les dispositions qu’il était proposé de supprimer étaient superflues du point de vue technique, elles apparaissaient dans certaines lois relatives à la passation des marchés et il pouvait être utile de les conserver pour

montrer aux États adoptants les conséquences du refus des fournisseurs ou des entrepreneurs de proroger, à la demande de l'entité adjudicatrice, la période de validité de leur offre. Selon l'avis qui a prévalu, la partie de la phrase commençant par les mots "et son offre" jusqu'à la fin de la phrase devrait être supprimée de l'article et être reflétée dans le Guide.

144. Il a été proposé que, dans la version anglaise, le terme "submission security" (garantie de soumission), et non "tender security", soit systématiquement employé dans l'ensemble de la Loi type révisée. Selon un avis, le Groupe de travail devrait reporter l'examen des questions de terminologie.

*Article 36. Ouverture des offres*

145. Il a été convenu que, pour les raisons expliquées dans le commentaire du Guide sur l'article 33 de la Loi type de 1994, il était bon de ne laisser s'écouler aucun laps de temps entre la date limite de présentation des offres et le moment de leur ouverture. Les avantages supplémentaires de cette disposition ont également été notés, à savoir, en particulier, qu'elle permettrait aux fournisseurs de garder le contrôle de leur offre avant l'ouverture et favoriserait ainsi leur participation et leur présence à l'ouverture.

146. On a fait observer que le paragraphe 1 ne reflétait pas nécessairement la pratique. On a également noté qu'il y avait moins de risques d'irrégularités après la date limite de présentation des offres qu'avant cette date. Il a donc été proposé de modifier cette disposition. Selon une proposition, celle-ci devrait uniquement prévoir que: "Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation". Selon une autre proposition, il fallait reformuler le paragraphe 1 comme suit: "Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation. Le dossier de sollicitation spécifie l'heure, la date, le lieu, le mode et les procédures d'ouverture des offres".

147. Selon une autre proposition, il fallait remplacer les mots "au moment" par les mots "promptement après le moment", au motif que le libellé actuel du paragraphe 1 était inexact, car il faisait mention de l'ouverture des offres à la date limite et non immédiatement après.

148. Des objections ont été exprimées à l'égard des modifications qu'il était proposé d'apporter aux dispositions du texte de 1994, lesquelles étaient considérées comme une exigence essentielle dans la passation des marchés qui encouragerait l'entité adjudicatrice à exercer une plus grande diligence dans la fixation de la date limite de présentation des soumissions, étant entendu que cette date limite serait également le moment de l'ouverture des offres. Il a été souligné qu'il était essentiel d'assurer la sécurité juridique en définissant dans le dossier de sollicitation le moment précis de l'ouverture des offres, qui devrait coïncider avec la date limite de leur présentation.

149. On a estimé que les différentes solutions proposées affaibliraient les exigences du texte de 1994. S'agissant en particulier des mots proposés "promptement après le moment", il a été dit que ces mots étaient subjectifs et risquaient de faire l'objet d'une interprétation trop extensive. Il a été demandé si, à la place, le libellé "promptement au moment" serait préférable. Selon une autre proposition, cette disposition pourrait débiter par les mots: "L'ouverture des offres commence au moment".

150. Il a été convenu que le libellé de 1994 serait maintenu, étant entendu que le Guide expliquerait les risques qu'il y avait à s'écarter des exigences de la Loi type et les considérations d'ordre pratique dont il fallait tenir compte pour se conformer à ces exigences.

*Article 37. Examen, évaluation et comparaison des offres*

151. Le rétablissement du libellé de 1994 du paragraphe 1 b) et la suppression du paragraphe 3 b) proposé ont été appuyés. Dans la discussion qui a suivi, il a été décidé de rétablir également le libellé de 1994 du paragraphe 3 b). En relation avec ces paragraphes, il a été proposé que le Guide explique les règles et principes applicables à la correction, par l'entité adjudicatrice, des erreurs arithmétiques. On s'est demandé s'il pouvait être utile d'exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont de telles erreurs seraient corrigées.

152. S'agissant du paragraphe 2 a), la suppression du mot "uniquement" et le maintien du mot "considère" (pour les raisons indiquées à la note 32) et de la formule "à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi" ont été appuyés.

153. Il a été proposé et convenu de supprimer, au paragraphe 4 b) i), la référence aux marges de préférence, et de traiter de ce cas au paragraphe 4 b) ii), en y supprimant par ailleurs les mots "si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation". Des réserves ont été exprimées quant à la proposition de remplacer le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" par le terme "offre la plus avantageuse". Le premier, jugé le moins ambigu, avait été utilisé dans le texte de 1994, entre autres choses pour insister sur l'importance du prix dans la procédure d'appel d'offres. On a suggéré que le Guide explique que, dans certains pays, d'autres termes pouvaient être utilisés dans le même sens.

154. On s'est accordé sur le fait que le sens recherché par le terme actuel et les variantes proposées était que l'entité adjudicatrice voulait obtenir le meilleur rapport qualité-prix. La plupart des délégations ont jugé que le terme actuel prêtait à confusion sur ce point. Il a été confirmé que de nombreux États employaient le terme "offre économiquement la plus avantageuse" ou "offre la plus avantageuse", ou que la loi expliquait la notion de meilleur rapport qualité-prix en énumérant les considérations qui devaient être prises en compte par l'entité adjudicatrice dans le processus d'évaluation et en précisant la manière dont elles devaient l'être.

155. Selon l'avis qui a prévalu, le terme actuel devait être remplacé par le terme "offre la plus avantageuse" ou un terme similaire. Pour appuyer cet avis, on a expliqué que cette modification mettrait en évidence l'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994, en particulier le fait que l'on attendait de l'entité adjudicatrice qu'elle obtienne la solution la meilleure, même si elle n'était pas nécessairement la moins chère. Il était entendu que le Guide donnerait des précisions sur cette évolution.

156. Il a été noté que deux délégations s'opposaient à ce que le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" soit remplacé dans la Loi type révisée. Il était estimé qu'une telle modification irait au-delà du mandat que le Groupe de travail avait reçu de la Commission, et que les autres termes proposés pouvaient être présentés dans le Guide. Il a également été fait remarquer qu'une modification de ce type aurait des

incidences négatives et coûteuses sur les États qui avaient déjà adopté une loi et renforcé leurs capacités en se fondant sur la version de 1994.

157. Pour ce qui était du paragraphe 5, il a été proposé que les dispositions fassent référence au taux de change à la date d'ouverture des offres, pour tenir compte de la fluctuation des taux. Selon un autre avis, le dossier de sollicitation devait préciser la date applicable. On s'est par ailleurs inquiété du fait que les dispositions ne traitaient pas de la monnaie qui serait utilisée dans l'évaluation des offres. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'article 33 s), dans lequel ces questions étaient traitées. Le Secrétariat a été chargé de reformuler les dispositions des articles 37-5 et 33 s) dans la mesure nécessaire pour tenir compte des avis exprimés au cours de la session.

*Article 38. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs*

158. Il a été dit que, si le principe n'était pas remis en cause dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, son application dans le cadre d'autres méthodes de passation serait analysée en temps utile.

**D. Chapitre IV. Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 15 à 20 et 28, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4)**

*Article 39. Appel d'offres restreint*

159. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3, qui contenait les trois options que le Groupe avait précédemment examinées pour l'article. Il a été noté que le projet de loi type révisée ne contenait qu'une option, fondée sur les consultations du Secrétariat tenues avec les experts, le projet soumis à ce dernier par le comité de rédaction informel en juillet 2009 et les dispositions relatives aux conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint formulées à l'article 26 du chapitre II du projet de loi type révisée.

160. Les situations traitées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 ont été examinées. On a fait observer que l'alinéa b), lorsqu'il était lu conjointement avec le paragraphe 2, donnerait en fait lieu à une procédure comprenant un appel d'offres ouvert avec préqualification. On a également fait observer que l'alinéa b) lu conjointement avec le paragraphe 3 ne permettrait pas d'atteindre l'objectif souhaité, à savoir économiser du temps et de l'argent. Selon un autre avis, l'alinéa a) devait être supprimé, en raison d'un facteur de subjectivité dans l'identification des fournisseurs à inviter à participer à la procédure et compte tenu de l'utilisation croissante des techniques du commerce électronique. Selon l'avis qui a prévalu, les deux alinéas devaient être maintenus mais le Guide pourrait donner des exemples de situations exceptionnelles dans lesquelles le premier motif s'appliquerait.

161. Des éclaircissements ont été demandés au sujet du paragraphe 2, qui renvoyait à la fois à la préqualification et à la présélection. Il a été fait remarquer que ces termes ne devaient pas être utilisés l'un pour l'autre et que de ce fait le renvoi à l'article 16 sur la préqualification prétait à confusion. On a exprimé une réserve à

propos de l'idée d'introduire le concept de "présélection" et les procédures de présélection dans la loi type révisée, en notant que le résultat recherché, à savoir limiter le nombre de fournisseurs préqualifiés, pourrait être obtenu grâce aux procédures de préqualification si les conditions de préqualification étaient suffisamment exigeantes.

162. Selon un autre avis, il était utile d'introduire la notion de présélection dans cette méthode de passation et il ne devait pas y avoir confusion avec la préqualification, étant entendu que la présélection correspondrait à une étape finale facultative de la préqualification. C'est pourquoi, au paragraphe 2 b), il convenait de remplacer les mots "une fois la procédure de présélection terminée" par les mots "une fois la procédure de préqualification terminée". À cet égard, les dispositions des alinéas a) à c) du paragraphe 2 qui abordaient des questions spécifiques à la procédure de présélection ainsi que le renvoi aux procédures énoncées à l'article 16 étaient jugés appropriés. On a fait observer que les alinéas a) à c) du paragraphe 2 énonçaient les procédures visant à appliquer le principe formulé au paragraphe 1 b), selon lequel tout nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs devait être sélectionné de manière non discriminatoire. On a noté l'absence d'orientation dans la loi type de 1994 concernant ce principe, qui donnait une grande latitude à l'entité adjudicatrice pour sélectionner un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 2 b) était superflue et qu'elle pouvait être supprimée.

163. En réponse à la question de savoir comment les fournisseurs présélectionnés seraient identifiés, il a été noté que cette sélection pourrait se faire par un classement, ou un relèvement du seuil de préqualification, des exemples concrets étant cités à cet égard. On a fait observer que le texte ne fixait pas de critères garantissant que la sélection serait opérée de manière appropriée et il a été convenu que cette question devrait être abordée dans les dispositions. Selon d'autres avis, le paragraphe ne devait pas imposer une présélection dans tous les cas d'appel d'offres restreint et ses procédures ne devaient pas être prescriptives. Si la présélection pouvait se justifier dans les cas mentionnés au paragraphe 1 b), il a été noté que la procédure pourrait compromettre l'objectif visé, à savoir faire en sorte que le temps passé et les frais engagés ne soient pas disproportionnés dans ces cas. Selon une autre observation encore, le paragraphe 2 a) iii) à lui seul offrait la souplesse voulue.

164. En réponse à ces remarques, il a été convenu que le paragraphe 2 ne devrait pas décrire des procédures de présélection complexes. Il a été proposé que le chapeau de ce paragraphe soit reformulé à peu près comme suit: "l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection selon qu'il conviendra dans les circonstances de la passation de marché considérée", sous réserve de supprimer le reste du texte dans les alinéas a) à c). Il a été suggéré que la teneur du texte supprimé soit reprise ailleurs dans le texte ou dans le Guide, lequel pourrait également donner des exemples des diverses manières de conduire une procédure de présélection. Il a été ajouté que les normes énoncées dans la procédure de préqualification devraient s'appliquer à la procédure de présélection et que, pour le moins, les fournisseurs présélectionnés devraient être avisés de leur présélection.

165. Il a été dit que certaines de ces dispositions, comme celles formulées aux alinéas a) et c) du paragraphe 2 renfermaient des exigences essentielles en matière de transparence et qu'elles devraient être maintenues dans la Loi type. À cela, il a

été répondu que la transparence pourrait être assurée par d'autres dispositions de la Loi type, comme celles du paragraphe 3 du présent article ou de l'article 23 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché.

166. À l'issue de la discussion qui a suivi, le Secrétariat a été prié de reformuler les dispositions du paragraphe 2, en tenant compte de la nécessité de conserver la souplesse et la transparence voulues dans les dispositions régissant la présélection.

167. S'agissant du paragraphe 3, qui se fondait sur le libellé de 1994, il a été précisé que les dispositions renvoyaient en fait à un avis préalable et non à l'avis d'attribution du marché visé à l'article 21 du projet de loi type révisée, ou à une invitation à soumettre une offre.

168. Les avantages des avis préalables ont été examinés mais certaines délégations ont appuyé l'idée de limiter l'application du paragraphe 3 aux cas spécifiés au paragraphe 1 a). D'autres délégations ont estimé qu'il fallait maintenir l'approche adoptée dans le texte de 1994, qui consistait à appliquer l'exigence d'un avis public préalable aux situations mentionnées aux alinéas a) et b). Cette exigence était jugée essentielle pour lutter contre la corruption et pour assurer la transparence. On a également fait observer que différents régimes d'information du public dans le même article risquaient de créer une confusion inutile.

169. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions du paragraphe 3 devaient être maintenues telles quelles. Il a été proposé que ce paragraphe soit transféré au début de l'article pour qu'il soit bien clair qu'il s'appliquait aux deux situations visées au paragraphe 1.

#### *Article 40. Demande de prix*

170. Il a été convenu d'ajouter, à la fin du paragraphe 3, les mots "tels que mentionnés dans la demande de prix".

171. En ce qui concerne la note 6, le Groupe de travail a été invité à examiner s'il faudrait exiger la publication d'un avis de demande de prix et si l'article devrait, par conséquent, contenir des dispositions similaires à celles figurant aux paragraphes 3 et 4 de l'article 39 proposé. Il a estimé qu'il ne conviendrait pas d'exiger la publication d'un préavis de demande de prix compte tenu de la nature et de la faible valeur de l'objet du marché dont traitait l'article.

172. Il a été demandé si les dispositions devraient contenir un libellé semblable à celui de l'article 39 (concernant la nécessité d'assurer la transparence, la non-discrimination et la concurrence dans la procédure). L'avis a été exprimé que les dispositions du préambule de la Loi type, la nature de l'objet de ce type de marché et les techniques modernes de sollicitation de prix offraient déjà suffisamment de garanties. Il a été dit que le commentaire du Guide relatif à l'article pourrait traiter ces questions.

#### *Article 41. Demande de propositions sans négociation*

173. Le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article se fondait sur l'article 42 de la Loi type de 1994, qui se limitait à la passation des marchés de services. Il a également été rappelé que les dispositions lui avaient été présentées à sa session antérieure en tant qu'appel d'offres à deux enveloppes. Il a été demandé si la méthode de passation visée par l'article tel que modifié se voulait une variante de

l'appel d'offres ou une procédure de demande de propositions. Dans ce dernier cas, on s'est demandé s'il serait souhaitable de l'inclure au chapitre IV, car une demande de propositions présupposait qu'il n'était pas possible de définir les spécifications.

174. En réponse aux commentaires selon lesquels les conditions d'utilisation de cette méthode de passation n'étaient pas claires, il a été expliqué que ces conditions étaient celles spécifiées à l'article 26-1 et 4. Il a été convenu de remplacer à l'article 26-4 le mot "examinera" par "a besoin d'examiner" pour indiquer que l'entité adjudicatrice aurait besoin de suivre cette approche dans certains types de passation, comme les passations de marchés dotés d'un budget fixe.

175. Il a été proposé que le paragraphe 1 soit déplacé pour être inséré au chapitre II, ou ailleurs dans le projet de loi type révisée, et regroupé avec des dispositions similaires d'autres articles du projet, le cas échéant. On a exprimé la crainte que la référence à la sollicitation directe dans le paragraphe 1 b) ne soit difficile à concilier dans le contexte d'une demande de proposition sans négociation. S'agissant du paragraphe 1 c) et de la note 8, le Groupe de travail a été invité à examiner si, en règle générale, l'entité adjudicatrice devrait être tenue de publier un avis de passation (similaire à celui requis au projet d'article 39-3), même dans le cas d'une sollicitation directe (sous réserve de l'exception prévue au projet d'article 39-4). Il a été convenu que la question vaudrait dans tous les cas de sollicitation directe et qu'elle serait étudiée dans le contexte des dispositions générales sur la sollicitation ouverte et la sollicitation directe.

176. Le Groupe de travail a été invité à examiner laquelle des variantes proposées entre crochets était la plus appropriée dans le paragraphe 2 d) et dans les paragraphes suivants où elles apparaissaient. Il a rappelé que la Loi type de 1994 parlait uniquement du "prix" dans le même contexte. Il a été convenu que le mot "financiers" serait utilisé dans l'ensemble du texte de préférence aux mots "relatifs au prix" ou "commerciaux".

177. En ce qui concerne les paragraphes 2 b) et 8 et la note 9, le Groupe de travail a été invité à examiner s'il fallait inclure une référence au prix maximum pour tenir compte de la passation de marchés dotés d'un budget fixe. Selon l'avis qui a prévalu, il ne serait pas bon que la Loi type encourage ou exige une telle mention dans le dossier de sollicitation. On a souligné les risques qui en découleraient, en particulier les difficultés à obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Reconnaisant que certaines situations particulières pourraient justifier l'indication, dans le dossier de sollicitation, du prix maximum que l'entité adjudicatrice pouvait se permettre de payer, le Groupe de travail est convenu que le Guide aborderait la question éventuellement à l'aide d'exemples, en soulignant que, dans ces cas, la concurrence portait sur la qualité et que le prix n'était pas le facteur déterminant. Il a été dit que cette procédure était couramment utilisée pour des services bien définis qui n'étaient ni complexes ni coûteux, comme l'élaboration de programmes d'enseignement. Ces services, a-t-on ajouté, étaient habituellement externalisés car les entités adjudicatrices n'avaient souvent pas les capacités internes pour réaliser ce type de tâches.

178. Il a été convenu de conserver, au paragraphe 5, les dispositions exigeant que les motifs du rejet soient communiqués, lesquelles constitueraient un exemple de bonne pratique et offriraient un cadre pour tout retour d'information.

179. La proposition de supprimer le paragraphe 8 a) a recueilli un certain soutien. Il a été expliqué que le paragraphe 8 b), ainsi que l'obligation d'indiquer dans le dossier de sollicitation la manière dont les résultats de l'évaluation des aspects techniques seraient combinés avec le prix, suffiraient à couvrir toutes les situations visées au paragraphe 8: à savoir lorsque le marché était attribué à la proposition offrant le prix le plus bas et lorsqu'il était attribué compte tenu à la fois du prix et d'autres critères. Il a été expliqué en outre que les dispositions prêtaient à confusion car elles ne mettaient en évidence qu'un moyen possible de combiner le prix et d'autres critères et mettaient le prix en avant dans cette méthode de passation, alors que celui-ci n'était pas normalement la préoccupation principale. Le Guide, a-t-on ajouté, pourrait indiquer que le mode d'évaluation envisagé au paragraphe 8 a) illustre une manière d'évaluer les propositions et expliquer que celui-ci ne pourrait être utilisé que si le dossier de sollicitation le prévoyait expressément.

180. Selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 8 a), qui se fondait sur le texte de 1994, devait être conservé dans le projet de loi type révisée, compte tenu des considérations énumérées dans le commentaire du Guide de 1994 pour ces dispositions, des pratiques suivies dans certains États et de l'utilité d'offrir plusieurs options entre lesquelles l'entité adjudicatrice pourrait choisir. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'invertir les alinéas a) et b), afin de bien montrer que, dans la méthode de passation régie par l'article, les caractéristiques qualitatives et techniques l'emportaient sur les considérations de prix. Il a aussi été souligné que le commentaire du Guide accompagnant l'article devrait être considérablement renforcé et qu'il devrait souligner que l'entité adjudicatrice pourrait attribuer un marché à la proposition offrant le prix le plus bas uniquement si elle s'assurait des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions en fixant un seuil suffisamment élevé pour celles-ci.

181. Il a été demandé si le paragraphe 8 b) devrait être reformulé pour tenir compte de la décision prise précédemment durant la session d'employer le terme "offre la plus avantageuse". On s'est dit opposé à la reformulation de ce paragraphe car ce terme était sans rapport avec les dispositions. Il a été convenu de conserver le libellé qui figurait dans la Loi type de 1994.

## **E. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5)**

### *Article 42. Appel d'offres en deux étapes*

182. Il a été rappelé que le projet d'article se fondait sur l'article 46 de la Loi type. Il a été reconnu que certains États utilisaient cette méthode de passation et il a été dit qu'il fallait dès lors examiner avec prudence les propositions tendant à la supprimer de la Loi type révisée ou à la modifier de manière substantielle. Il a été déclaré que des variantes de cette méthode étaient utilisées, et noté que celles-ci pourraient être présentées dans le Guide mais que l'article se concentrerait sur les caractéristiques essentielles de cette méthode qui vaudraient pour toutes les variantes.

183. S'agissant du paragraphe 3, il a été noté que les dispositions ne devraient pas exiger de négociations, car celles-ci n'étaient pas toujours nécessaires, étant entendu

toutefois que, lorsque l'entité adjudicatrice décidait d'en engager, elle devait offrir des chances égales de négocier à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés.

184. Pour ce qui était du terme utilisé pour désigner l'interaction entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs au paragraphe 3, l'avis a été exprimé qu'un terme neutre (tel que "contacts") devait être employé. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'utiliser le terme "discussions" plutôt que "négociations" ou "dialogue", ce qui permettait de refléter la nature itérative du processus tout en distinguant cette méthode de celles décrites aux articles suivants, dans lesquelles le prix faisait également partie des négociations et/ou qui donnaient lieu à un véritable "marchandage". L'avis a été exprimé que les discussions dans l'appel d'offres en deux étapes ne devaient pas être limitées à un aspect particulier de la passation (mais que les discussions ne porteraient pas sur le prix).

185. Le Secrétariat a été prié de s'assurer que les renvois contenus au paragraphe 3 étaient appropriés et exacts. En particulier, l'avis a été exprimé qu'il fallait supprimer le renvoi à l'article relatif aux soumissions anormalement basses, car le prix n'était pas connu à cette étape de la procédure.

186. S'agissant du paragraphe 4, on s'est interrogé sur l'étendue des modifications qu'il était permis d'apporter aux caractéristiques techniques ou qualitatives et aux critères d'évaluation. Il a été rappelé que les modifications pouvaient être des amendements, des ajouts ou des suppressions. Il a aussi été rappelé que l'objectif de cette procédure était, pour l'entité adjudicatrice, d'affiner et de finaliser les spécifications présentées dans l'avis initial, c'est-à-dire d'être plus précise et de réduire les options qui répondraient à ses besoins. Il a été fait référence au commentaire du Guide sur les dispositions équivalentes du texte de 1994, qui exprimait clairement cette intention et qui devait servir de référence pour déterminer l'étendue des modifications autorisées. On a par ailleurs exprimé la crainte qu'un pouvoir illimité de modifier tant les caractéristiques que les critères d'évaluation ne soit risqué et inapproprié, car certains fournisseurs auraient déjà été exclus, et qu'il ne conduise à présenter des spécifications entièrement nouvelles à la deuxième étape. À cet égard, il a été noté qu'une modification des caractéristiques fondamentales devrait être le signe d'une nouvelle passation. À l'appui de ces craintes, il a été noté que le Guide devrait au moins expliquer les risques, en particulier le risque élevé de collusion, posés par cette méthode de passation.

187. On est convenu que les craintes suscitées par le fait d'autoriser la modification des caractéristiques de l'objet du marché et la modification des critères d'évaluation étaient différentes. La discussion a porté d'abord sur les modifications des caractéristiques de l'objet du marché, et sur la question de savoir s'il fallait autoriser les modifications rendant conformes des offres non conformes et inversement. Il a été rappelé que la Loi type autorisait les offres présentant des variantes par rapport aux caractéristiques techniques de manière générale. Il a donc été convenu que les modifications qu'il était permis d'apporter à l'objet du marché ne devaient pas être limitées, car les changements par rapport à la question de savoir si les offres étaient conformes ou non pouvaient être parfaitement appropriés. Les propositions tendant à autoriser l'amendement des caractéristiques (mais pas les ajouts ni les suppressions) et à insérer une disposition indiquant que l'objectif de ces amendements était d'augmenter la précision n'ont pas été acceptées, mais il a été convenu de donner dans le Guide des explications relatives à cet objectif.

188. Pour ce qui était des modifications qu'il était permis d'apporter aux critères d'évaluation, on a demandé que des exemples des discussions et des modifications dans la pratique soient fournis. Au sujet de ces modifications, on craignait qu'elles n'ouvrent la voie aux abus, en permettant qu'un fournisseur précis soit favorisé, et n'encouragent pas les meilleures pratiques. Les options suivantes ont été examinées: i) limiter les modifications des critères d'évaluation à celles n'entraînant pas de modification substantielle; ii) ne pas autoriser de modifications des critères d'évaluation (en supprimant une partie de la deuxième phrase du paragraphe 4, qui commençait par les mots "et tout critère", jusqu'à la fin); et iii) autoriser uniquement les modifications des critères rendues strictement nécessaires par les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives. Il a été proposé d'exprimer la troisième option en ajoutant les mots "pour autant qu'il soit lié aux modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives" après les mots "pour la détermination de l'offre à retenir" au paragraphe 4. Des préoccupations ont été exprimées quant à cette proposition, qui n'envisageait pas de supprimer la dernière partie de la phrase se lisant "et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi", laquelle donnait une grande latitude à l'entité adjudicatrice quant aux modifications qui pouvaient être apportées aux critères d'évaluation. On a dit préférer une formule de type "tout critère connexe" ou "tout critère [strictement lié aux] [strictement nécessaire en raison de l'ajout, de la modification ou de la suppression des] caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché" pour remplacer la partie de la deuxième phrase du paragraphe 4 dont il était question dans la deuxième option ci-dessus.

189. La première option n'a pas été appuyée. Pour ce qui était de la deuxième, il a été dit que des modifications des caractéristiques interviendraient au cours de la procédure, mais que des modifications des critères d'évaluation n'étaient pas forcément nécessaires. En outre, toute modification fondamentale devait entraîner une nouvelle première étape, a-t-on dit, car les fournisseurs auraient soumis leur offre initiale sur la base des critères d'évaluation indiqués, et ils devaient être autorisés à la soumettre à nouveau. Par ailleurs, on a fait remarquer que cette approche aurait l'avantage d'être simple et imposerait dès le début une certaine discipline à l'entité adjudicatrice. Par contre, à l'appui de la troisième option, il a été dit que des modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives entraîneraient nécessairement des modifications des critères d'évaluation. Autrement, les critères d'évaluation, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques et qualitatives applicables.

190. Il a été convenu que le paragraphe 4 autoriserait les ajouts, les amendements ou les suppressions concernant les caractéristiques techniques ou qualitatives, mais que les modifications des critères d'évaluation seraient limitées à celles rendues nécessaires par ces ajouts, amendements ou suppressions, et le Secrétariat a été chargé d'élaborer des dispositions appropriées. Il a été dit que le Guide devrait clarifier les considérations de principe pour permettre aux entités adjudicatrices d'adapter ce processus à leurs besoins.

191. Il a également été fait remarquer que cette solution autoriserait les modifications des conditions de la passation de marché qui n'avaient pas de caractère financier (ce qui pourrait avoir des incidences sur la conformité) et celles qui n'étaient pas de nature substantielle, ce qui n'aurait aucune incidence sur l'évaluation des offres elles-mêmes.

*Article 43. Demande de propositions avec dialogue*

192. Des préoccupations ont été exprimées à propos de la méthode de passation proposée. On a noté que, dans les pays qui pourraient être les principaux utilisateurs de la Loi type révisée, l'entité adjudicatrice n'avait pas, bien souvent, les compétences ou les outils nécessaires équivalents à ceux de ses homologues participant au dialogue et qu'elle aurait donc un pouvoir de négociation inférieur. L'autre préoccupation majeure exprimée à propos de la méthode proposée était que celle-ci présupposait que les fournisseurs ou entrepreneurs, et non l'entité adjudicatrice, joueraient un rôle moteur dans la définition des besoins de cette dernière.

193. Pour répondre à ces préoccupations, il a été proposé et convenu de reformuler l'article 27-1 a) en remplaçant les mots "afin de" par le texte suivant "après avoir estimé que le dialogue ou la négociation est nécessaire". L'avis a été exprimé que cette modification améliorerait le texte et qu'elle devait être accompagnée d'une discussion dans le Guide sur les risques et les avantages de cette méthode. On a proposé que l'article 27-1 envisage également l'approbation d'une autorité supérieure, mais on est convenu que ce point devrait être abordé dans le Guide uniquement, comme une option que l'État adoptant pouvait envisager.

194. En réponse à une demande, on a précisé les différences entre les articles 42 et 43. La première différence avait trait à la question de la présélection. On a souligné qu'il importait d'engager une procédure de présélection dans le cadre de l'article 43, car il était largement admis qu'un dialogue avec un nombre important de fournisseurs rendait le processus ingérable et long. On a reconnu qu'une présélection était généralement engagée dans la méthode de passation prévue à l'article 43, mais l'on a estimé que la Loi type ne devrait pas l'exiger. Il a donc été convenu de conserver les dispositions du paragraphe 3 comme une option. On a également fait observer que le nombre de fournisseurs pourrait être limité en sélectionnant ceux dont la proposition initiale était conforme. À cet égard, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'article 43 de la Loi type de 1994, qui autorisait l'entité adjudicatrice à négocier avec les fournisseurs qui avaient soumis des propositions acceptables, mais qui ne définissait pas la manière dont les propositions acceptables seraient identifiées.

195. Les autres différences mises en avant avaient trait à l'étendue des discussions et à la question de savoir s'il était possible ou souhaitable d'établir d'un ensemble unique de spécifications. Concernant l'étendue des discussions, il a été noté que les discussions de la première étape dans l'article 42 portaient sur les aspects techniques uniquement, alors que dans le dialogue prévu à l'article 43, le prix serait également examiné lors des négociations ou du dialogue. L'objectif des discussions prévues à l'article 42 serait d'arriver à établir un ensemble unique de spécifications à leur issue, sur la base duquel les offres seraient soumises. D'un autre côté, dans l'article 43, diverses solutions techniques existeraient à l'issue du dialogue et seraient présentées par les fournisseurs dans leurs meilleures offres définitives. On a estimé qu'il faudrait faire ressortir cette dernière distinction plus clairement dans le projet de texte. On s'est demandé si cette distinction était réellement exacte étant donné que le dialogue permettrait d'établir certaines exigences techniques minimales, sur la base desquelles les meilleures offres définitives seraient finalement présentées et évaluées. Le fait de partir du principe que, après la phase de dialogue, l'entité adjudicatrice ne pourrait pas même formuler un ensemble de

spécifications minimales viendrait conforter, a-t-on dit, la crainte que la méthode ne soit utilisée comme un simple moyen de transférer aux fournisseurs ou entrepreneurs la responsabilité de définir les besoins de l'entité adjudicatrice.

196. Enfin, il a été reconnu que, par rapport à l'article relatif à l'appel d'offre en deux étapes de la version de 1994, l'article 43 donnait à l'entité adjudicatrice une marge de manœuvre moins grande pour modifier ses exigences. On a rappelé que cela changerait compte tenu des décisions prises par le Groupe de travail à propos de l'article 42 (voir par. 186 à 191 ci-dessus).

197. Le Groupe de travail a également pris note des différences entre les méthodes de passation des articles 43 et 44. On s'est inquiété de ce que les conditions de sélection d'une méthode plutôt que de l'autre n'étaient pas claires. Il a été dit que le choix d'une méthode par une entité adjudicatrice devrait être guidé par les différences de procédures et de fond entre ces deux méthodes. Il était entendu que le Guide apporterait des précisions sur ces différences.

198. Le Groupe de travail a ensuite examiné les dispositions de l'article 43. On a proposé d'utiliser le mot "dialogue" plutôt que "discussions" tout au long de l'article.

199. Il a été convenu que le paragraphe 1 devrait être modifié pour clarifier qu'il s'agissait de présélection, et non de préqualification, dans le contexte de cette méthode de passation, que la phase de présélection était facultative et que la procédure débiterait toujours par la publication d'un avis.

200. En ce qui concerne le paragraphe 2, on s'est demandé si les dispositions devraient exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle établisse des exigences minimales, plutôt que de lui donner simplement la possibilité de le faire. Il a été convenu de rendre ces dispositions obligatoires. On a suggéré que les membres de phrase contenus au début du texte soient reportés à la fin des dispositions, et le Secrétariat a été prié de réviser le paragraphe en conséquence.

201. S'agissant du paragraphe 3, il a été convenu que le contenu de la deuxième phrase du paragraphe 8, telle que modifiée à la session en cours (voir paragraphe 205 ci-dessous) devrait être inséré à la fin de la première phrase du paragraphe 3, comme condition préalable à l'engagement des procédures de présélection. Il a été dit que l'idée, aux paragraphes 3 a) et 6 c), d'un nombre maximum possible de fournisseurs présélectionnés et d'un nombre maximum possible de fournisseurs invités au dialogue devrait être conservée. Il a été noté que l'idée d'un nombre minimum possible était également valable dans le cas des fournisseurs invités au dialogue.

202. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la question de la présélection et de la préqualification dans le contexte de l'article 39 sur l'appel d'offres restreint (voir par. 161 à 166 ci-dessus). En réponse à des questions, il a été expliqué que l'intention était d'utiliser la présélection de la même manière que la préqualification – avant la sollicitation de propositions. Les préoccupations et les questions en suspens à propos du recours à la présélection mises en avant dans les notes de bas de page accompagnant les dispositions pertinentes ont été prises en compte. Il a été convenu de modifier le paragraphe 3 b), en supprimant la référence au dépassement des exigences minimales car elle était superflue.

203. Il a été demandé si le paragraphe 3 devait être cohérent avec l'article 39-2 tel que modifié par le Groupe de travail lors de sa session en cours (voir par. 161 à 166 ci-dessus). On est convenu que des dispositions plus détaillées sur les procédures de présélection étaient appropriées dans l'article 43.

204. En ce qui concerne le mode de présélection, il a été suggéré que l'article 43-3 soit remplacé par le contenu de l'article 39-2 tel que proposé par le Secrétariat dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4 et que ce paragraphe reflète les délibérations de la session en cours quant à l'article 43. On a posé la question de savoir s'il fallait maintenir, à l'article 39-2 a) ii), un nombre minimum de "5" fournisseurs. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si la Loi type devait spécifier ce nombre, ou exiger des États adoptants qu'ils le spécifient dans leur législation nationale ou ne pas leur exiger de le faire. On a appuyé la suppression des mots "ceux-ci devant être au moins [cinq]", étant entendu que la question du nombre minimum devrait être examinée au cas par cas dans chaque passation de marché. Une autre proposition était de conserver cette formulation mais de supprimer le nombre "cinq", étant entendu que le nombre précis serait indiqué par l'État adoptant lui-même en fonction des conditions du marché local. Le Secrétariat a été prié de réviser le sous-alinéa dans ce sens.

205. Il a été convenu que le paragraphe 6 i) serait supprimé et que la deuxième phrase du paragraphe 8, dans la version anglaise, serait reformulée pour employer les mots "to ensure effective competition" ("assurer une véritable concurrence").

206. Il a été dit que l'article ne devrait pas exiger que tous les fournisseurs invités au dialogue soient ensuite invités à soumettre une meilleure offre définitive. En réponse, il a été noté que les experts consultés par le Secrétariat avaient conclu que les risques d'abus découlant de la possibilité de réduire encore le nombre de participants l'emporteraient sur les avantages de la souplesse.

207. La formulation ci-après a été proposée pour remplacer le paragraphe 10: "pendant le déroulement du dialogue, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification ou d'évaluation, ni aucun élément de la passation de marché qui ne fait pas l'objet du dialogue, tels que notifiés dans la demande de propositions". Cette formulation a été appuyée et le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen des dispositions sur la base de ce texte. Une réserve a été exprimée au sujet de la formulation proposée, dans la mesure où elle n'apporterait pas une flexibilité suffisante à l'entité adjudicatrice et pourrait aller à l'encontre du but de la procédure.

208. On a rappelé qu'il serait essentiel que les dispositions soient faciles à comprendre pour éviter les problèmes que poseraient les divergences d'interprétation et d'application et il a été noté que les délibérations indiquaient que cette procédure n'était pas encore assez clairement définie. Une autre préoccupation était que le projet de loi type révisée proposait trop de méthodes reposant sur des négociations, ce qui pourrait, involontairement, laisser penser que les négociations constituaient la pratique habituelle dans la passation des marchés publics, plutôt qu'une pratique exceptionnelle qui ne devait être permise que dans des cas très rares. Une délégation a dès lors exprimé une préférence pour que les méthodes de passation de marchés prévues au chapitre V soient limitées à deux: l'appel d'offres en deux étapes et une autre méthode, plus souple, incluant des négociations. Le

---

Groupe de travail a décidé d'aborder ces questions après avoir examiné les aspects procéduraux de toutes les méthodes de passation du chapitre V.

*Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives*

209. On s'est interrogé sur l'efficacité de la procédure, en ce que le fournisseur le mieux placé, conscient de son statut privilégié, pourrait être réticent à négocier, notamment en matière de prix. En réponse, il a été fait observer que cette méthode s'était révélée efficace dans la pratique et la conséquence pour le fournisseur serait qu'à défaut de négocier, il serait exclu de façon permanente. La procédure a été opposée aux négociations simultanées, dans lesquelles les fournisseurs n'étaient pas exclus au cours des négociations. On a craint que la procédure prévue à l'article 44 ne permette le rejet de la proposition qui pourrait se révéler la meilleure pour l'entité adjudicatrice, et il a été dit que cette possibilité pourrait compromettre les objectifs de la Loi type. En réponse, il a été fait observer que le risque de rejet de ce qui pouvait en fait être la meilleure proposition imposerait une certaine discipline à l'entité adjudicatrice au cours de la procédure.

210. Des cas d'utilisation de cette méthode dans différents systèmes ont été exposés, en particulier pour les services de conception, d'ingénierie, d'architecture et de conseil et il a été souligné que tous les aspects des propositions seraient inclus dans les négociations. On a également évoqué les garanties appliquées aux négociations dans certains cas, comme par exemple l'interdiction de modifier substantiellement le cahier des charges ou encore le personnel clef proposé par le fournisseur.