



Assemblée générale

Distr. générale
25 mars 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-9	3
II. Organisation de la session	10-15	5
III. Délibérations et décisions	16	6
IV. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9) ..	17-136	6
1. Première partie. Remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3) ..	21-37	7
2. Deuxième partie. Commentaire par article du chapitre VIII. Contestations et appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4)	28-49	8
3. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part A)	50-58	12
4. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part B)	59-62	14
5. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part A)	63-77	15



6. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part B)	78-81	18
7. Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7)	82-96	19
8. Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8)	97-102	22
9. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A)	103-106	25
10. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77 /Add. 9, partie B)	107-115	26
11. Première partie. Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 et 2)	116-136	27
V. Travaux futurs	137-139	33

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 de 1994”, 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).

2. Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type de 1994 à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et a achevé ses travaux à sa dix-neuvième session (Vienne, 1^{er}-5 novembre 2010)¹.

3. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu’il avait réalisés et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qui était entreprise, ainsi qu’à l’inclusion dans cette dernière de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17, première partie, par. 170, et A/63/17 et Corr.1 et 2, par. 307). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type de 1994 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, première partie, par. 170). À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l’adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l’incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17 et Corr.1 et 2, par. 307).

4. 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 encore à régler. Elle a noté que le projet de Loi type révisée n’était pas prêt pour qu’elle puisse l’adopter à la session en cours. 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).

5. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a prié le Groupe de travail d’achever ses travaux sur la révision de la Loi type de 1994 au cours de ses deux prochaines sessions et de lui présenter un projet de loi type révisée pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Elle lui a donné

¹ Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à dix-neuvième sessions, se reporter respectivement aux documents A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668, A/CN.9/672, A/CN.9/687, A/CN.9/690 et A/CN.9/713.

pour instruction de s'abstenir de réexaminer des questions qui avaient déjà fait l'objet de décisions (A/65/17, par. 239).

6. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail, qui avait achevé ses travaux sur la révision de la Loi type de 1994 (voir par. 2 ci-dessus), est convenu que, conformément à la pratique de la CNUDCI, le projet de Loi type sur la passation des marchés publics issu de la session en question (le "projet de Loi type") serait distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales pertinentes pour commentaires. Il a été noté que la Commission serait saisie de ces commentaires et du projet de Loi type à sa quarante-quatrième session, en 2011. On a souligné qu'aucune modification ne serait apportée au projet de Loi type après sa distribution pour commentaire et avant son examen par la Commission (A/CN.9/713, par. 137).

7. À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'à sa vingtième session, il se concentrerait sur les propositions de révision du Guide pour l'incorporation. Il était entendu qu'on n'attendait pas de la Commission qu'elle adopte le Guide révisé en même temps que la Loi type révisée, mais le Groupe de travail a indiqué qu'il comptait lui soumettre un avant-projet de Guide révisé issu des travaux de sa vingtième session afin de l'aider à examiner le projet de Loi type (A/CN.9/713, par. 138).

8. À la même session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide révisé. Il a été convenu que les décisions du Groupe de travail concernant le traitement de ces questions dans le Guide révisé devraient être maintenues à moins qu'elles ne soient annulées au cours des débats ultérieurs du Groupe de travail ou de la Commission. On a également rappelé qu'il avait été convenu d'inclure dans le Guide révisé de nouvelles sections sur les questions de planification et d'administration des marchés, un glossaire et un tableau récapitulatif des correspondances entre la Loi type révisée et la Loi type de 1994. Il était entendu que, faute de temps, il ne serait sans doute pas possible de préparer un Guide élargi destiné aux personnes chargées de la mise en application ou aux utilisateurs finaux, et que le Guide révisé serait donc destiné en priorité aux législateurs (A/CN.9/713, par. 139).

9. À la même session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer la version révisée du Guide en suivant les lignes directrices suivantes: a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type de 1994 et les raisons de ces modifications; c) distribuer en même temps ou à peu près un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation des marchés; e) traiter avec prudence les questions de fond sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix; et f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin (A/CN.9/713, par. 140).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingtième session à New York, du 14 au 18 mars 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bénin, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Philippines, République de Corée, République tchèque, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

11. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Congo (République démocratique du), Cuba, Indonésie, Iraq, Koweït, Lituanie, Myanmar, Roumanie, Suède et Zambie.

12. 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 (ESA), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne (UE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA) et International Law Institute (ILI).

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)²

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

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.76);

b) Note du Secrétariat contenant des propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9).

15. 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 en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

² Élu à titre personnel.

5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

16. À sa vingtième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

IV. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9)

17. Le Groupe de travail a rappelé les lignes directrices à suivre pour préparer la version révisée du Guide, formulées à sa dix-neuvième session et reproduites au paragraphe 9 ci-dessus. Il a confirmé qu'il considérait que le Guide devrait se composer de deux parties, la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée, et la seconde contenant un commentaire article par article. On a souligné l'importance de la première partie, notamment pour ce qui est de faire comprendre aux législateurs les dispositions complexes de la Loi type révisée, les raisons des modifications apportées au texte de 1994 et les choix de politique intervenant lors de l'adoption d'une législation sur la passation de marchés fondée sur la Loi type révisée.

18. S'agissant du projet dont le Groupe de travail était saisi, l'avis général était qu'un équilibre optimal entre les diverses questions examinées dans les deux parties du Guide n'avait pas encore été atteint. On a estimé que bon nombre de dispositions contenues actuellement dans la première partie avaient davantage leur place dans la deuxième partie alors que certains des points soulevés dans le commentaire par article méritaient peut-être d'être soulignés dans la première partie.

19. Concernant le texte de la première partie en particulier, on a souligné qu'il importait que le texte soit aisément compréhensible pour les législateurs. Il a été dit que ceux-ci n'avaient souvent ni les moyens ni le temps de parcourir des documents longs et complexes. Il convenait donc d'éviter dans la première partie les débats approfondis sur quelque sujet que ce soit et l'utilisation de termes techniques dont la compréhension exigeait des connaissances spécialisées et des recherches supplémentaires. Il a également été proposé de déplacer dans des notes de bas de page les références à certains articles d'instruments internationaux.

20. Le Groupe de travail a décidé d'examiner en premier lieu les propositions d'orientations relatives aux contestations et aux appels contenues dans les additifs 3 et 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.77 et de reporter à un stade ultérieur de la session l'examen des additifs 1 et 2.

1. Première partie. Remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3)

21. De l'avis général, il fallait écarter sensiblement les remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels dans la première partie du Guide. On a estimé que de nombreuses dispositions, en particulier les paragraphes 112, 113 et 118 à 120, pourraient être déplacées dans le commentaire sur les dispositions pertinentes du chapitre VIII de la Loi type révisée et que certaines pourraient figurer dans une introduction à ce chapitre. Il a été souligné que seules les dispositions énonçant des considérations de principe pour la rédaction du chapitre VIII et fixant les grands objectifs et principes établis dans le cadre de ce chapitre devraient être maintenues dans la première partie. Des exemples de ces dispositions, a-t-on dit, figuraient aux paragraphes 121, 124, 125 et 130. On s'est inquiété du caractère répétitif de certaines dispositions, qui créait des problèmes de cohérence et une certaine confusion.

22. Le Groupe de travail est convenu que les remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels devraient être reformulées. Les dispositions liées à certains articles du chapitre VIII devraient être déplacées dans le commentaire de ces articles et celles expliquant des aspects techniques de caractère général concernant ce chapitre dans son ensemble pourraient être regroupées dans une introduction à ce dernier.

23. S'agissant de la note 1, on a appuyé la proposition tendant à s'abstenir d'examiner en profondeur dans le Guide la notion d'"instance indépendante", le degré idéal de séparation des pouvoirs et la question de savoir si les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués à une instance nouvellement créée ou existante. Il a été indiqué que ces questions devraient être réglées par l'État adoptant en fonction des circonstances locales. On a proposé qu'il soit plutôt fait référence dans le Guide aux principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'intégrité des instances de recours, où les questions pertinentes étaient correctement traitées.

24. Selon un autre avis, des directives plus précises concernant l'instance indépendante devraient figurer dans le Guide. Il a été expliqué qu'un tel examen présenterait un intérêt en particulier pour les États vulnérables qui ne disposaient pas des ressources nécessaires pour créer une nouvelle instance aux fins de l'application des dispositions de l'article 66 et qui pourraient avoir des doutes au sujet des instances existantes auxquelles les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués. On a estimé qu'il était important pour ces États de définir les exigences fondamentales auxquelles une instance indépendante devrait se conformer et de préciser en particulier quelles instances ne seraient pas aptes à s'acquitter des fonctions énoncées à l'article 66.

25. Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions soulevées dans la note 1 à la lumière du commentaire pertinent de l'article 66 (pour un examen plus approfondi de ces questions, voir par. 36 ci-dessous).

26. S'agissant de la note 2, on s'est dit opposé à ce que des règles procédurales et des règles de preuve soient décrites de façon détaillée dans quelque partie du Guide que ce soit. On a estimé que ces questions débordaient le cadre du Guide et de la Loi type révisée et qu'il serait impossible d'en présenter dans le Guide, de manière concise, un examen exhaustif et précise.

27. Selon un avis, il convenait d'éviter le terme "système d'examen par les pairs" en référence au mécanisme de contestation visé à l'article 65, cette description n'étant pas exacte. Il a également été proposé que le mot "options", dans la version anglaise des paragraphes 127 à 129, soit remplacé par le mot "alternatives".

2. Deuxième partie. Commentaire par article du chapitre VIII. Contestations et appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4)

Article 63

28. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait modifier l'avant-dernière phrase du paragraphe 2 du commentaire de l'article 63 pour rendre le sens souhaité de manière plus précise. Il a été proposé en particulier de remplacer dans ce contexte le mot "capacité" par le mot "aptitude" ou "possibilité". Selon un autre avis, il fallait faire référence aux conditions dans lesquelles le fournisseur ou l'entrepreneur pourrait introduire un recours. On a toutefois estimé que cette approche était trop générale car l'article 63 énonçait déjà certaines conditions, et l'objectif des dernières phrases du paragraphe 2 était de donner des exemples de questions qui n'étaient pas réglementées par la Loi type révisée, telles que les conditions auxquelles une personne serait autorisée à déposer une réclamation conformément aux dispositions de la législation de l'État adoptant.

29. Il a aussi été proposé de remplacer, dans ce paragraphe, la formule "de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice" par l'expression "de la nature ou de l'importance de la perte ou du dommage", pour aligner le commentaire sur le libellé de l'article 63. Il a été généralement convenu qu'on entendait dans ce contexte renvoyer aux exigences qui pourraient se trouver dans d'autres dispositions de la législation des États adoptants relatives aux preuves des pertes ou dommages subis, ou à leur probabilité.

30. Il était entendu que la capacité ou la possibilité d'introduire un recours et la nature ou l'importance de la perte ou du dommage feraient la distinction entre les demandes infondées ou les demandeurs n'ayant pas qualité pour agir, et les demandes qui devaient être examinées ou les demandeurs habilités à présenter une demande. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier l'avant-dernière phrase du paragraphe 2 comme suit: "En outre, cet article ne traite pas des exigences prévues par le droit interne auxquelles un fournisseur ou un entrepreneur doit satisfaire pour pouvoir introduire un recours ou obtenir réparation".

Article 64

31. Pour ce qui est du paragraphe 3 du commentaire de l'article 64, il a été suggéré de réexaminer l'emploi du terme "inquisitoire"; la formule "inquisitoire plutôt qu'accusatoire" a été jugée plus claire. Il a aussi été convenu de remplacer, dans la dernière phrase, le mot "preuves" par "éléments".

Article 65

32. Pour ce qui est du renvoi du paragraphe 1 du commentaire de l'article 65 à d'éventuels commentaires du Guide sur le retour d'information, il a été dit qu'il fallait inclure des commentaires à ce sujet dans le Guide. On a noté que l'existence de systèmes de retour d'information efficaces permettait de réduire le nombre de

contestations. On a évoqué la jurisprudence qui soulignait l'importance d'un retour d'information efficace et rapide. Une délégation a proposé d'aider le Secrétariat à rédiger le commentaire correspondant dans le Guide et a ensuite proposé le texte ci-après:

“À titre de pratique optimale, les entités adjudicatrices devraient fournir un retour d'information au fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande; ce retour d'information peut être fourni aux fournisseurs ou entrepreneurs exclus durant la passation (par exemple durant la procédure de préqualification) ou après l'attribution. Il devrait être fourni aussitôt que possible. Destiné aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été retenue ou non, il peut se faire oralement, par écrit ou par toute autre méthode acceptable par l'entité adjudicatrice. Il devrait inclure au minimum les informations suivantes:

- 1) L'évaluation par l'entité adjudicatrice des faiblesses et lacunes importantes de l'offre ou de la proposition du fournisseur ou entrepreneur, le cas échéant;
- 2) Le prix global évalué (et le prix à l'unité) et la note technique, le cas échéant, du fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été retenue et ceux du fournisseur ou entrepreneur demandant le retour d'information, ainsi que les informations concernant la qualification de ce dernier;
- 3) Le classement général de tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une offre ou une soumission, si l'entité adjudicatrice en a établi un durant la passation de marché;
- 4) Un résumé des raisons de l'attribution;
- 5) Une description précise du produit ou du service qui sera fourni par le fournisseur ou entrepreneur retenu; et
- 6) Des réponses raisonnables aux questions pertinentes sur le respect des procédures de passation énoncées dans la sollicitation et les règlements applicables et par d'autres autorités applicables.

Le retour d'information ne révélera pas d'informations commerciales sensibles dont la divulgation est interdite par la présente loi ou de toute autre manière. Un résumé du retour d'information sera versé au dossier du contrat.”

33. À propos d'une question posée à la première phrase de la note de bas de page 1, il a été rappelé (voir par. 26 ci-dessus) qu'aucune information détaillée sur les règles de preuve ou de procédure ne devrait être incluse dans le Guide en relation avec l'article 65 ou avec d'autres dispositions de la Loi type révisée. Pour ce qui est des questions posées dans le reste de cette note, le Groupe de travail est convenu de ne pas ajouter de commentaires supplémentaires dans le Guide, car l'ajout proposé porterait à croire, à tort, que l'entité adjudicatrice ne pourrait prendre aucune mesure correctrice une fois le marché entré en vigueur. Un tel libellé contredirait le contenu du paragraphe 7 du commentaire de l'article 65 du projet de Guide, selon lequel l'entité adjudicatrice pourrait prendre après l'attribution du marché certaines mesures correctives limitées, telles que des mesures disciplinaires à l'encontre de personnes impliquées dans des irrégularités. Il a été souligné que la possibilité de prendre de telles mesures correctives limitées ne portait pas atteinte aux dispositions de la Loi type révisée prévoyant que les réclamations devaient être

présentées à l'entité adjudicatrice avant l'entrée en vigueur du marché. En outre, il était généralement entendu qu'une telle possibilité existerait indépendamment du fait que le marché conclu soit annulé ou non.

34. Le Groupe de travail est convenu de modifier comme suit la dernière phrase du paragraphe 7: "Ces derniers cas peuvent relever plutôt d'un recours quasi judiciaire ou judiciaire." On a expliqué que ce libellé rendait mieux l'idée selon laquelle dans la Loi type révisée, certaines mesures correctives, telles que l'annulation d'un marché déjà entré en vigueur, relèveraient généralement de la compétence de l'instance indépendante ou de l'autorité judiciaire.

Article 66

35. Le niveau de détail de la première phrase du paragraphe 2 du commentaire de l'article 66 a été jugé excessif. Il a été suggéré de la remplacer par une phrase libellée comme suit: "L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer l'article 66." On a fait observer que cette option n'était pas une condition, comme indiqué dans le projet de Guide.

36. Rappelant l'examen de la notion d'"instance indépendante" auquel il avait procédé à la présente session (voir par. 23 et 24 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 4 et 5 du commentaire de l'article 66 devraient être reformulés sur la base des dispositions y figurant et de celles des paragraphes 118 et 119 de l'additif 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.77. Il a été signalé que des questions telles que la nomination et la révocation des agents de l'instance indépendante et le choix de l'organe auquel celle-ci devrait rendre compte touchaient de nombreuses questions sensibles qu'il convenait d'aborder avec prudence. Le Secrétariat a également été prié de reconsidérer la référence aux "États vulnérables". Il a été jugé suffisant de souligner dans ce contexte les points soulevés dans la dernière partie du paragraphe 5 du commentaire de l'article 66. Il a également été suggéré de faire référence aux "autorités de l'instance indépendante" et non à la "compétence de l'instance indépendante".

37. Il a été suggéré de reformuler le paragraphe 10 du commentaire de l'article 66 et le paragraphe 6 du commentaire de l'article 65 afin qu'ils coïncident en ce qui concerne les pouvoirs de l'instance indépendante en cas d'abandon de la procédure de passation. À cet égard, on a fait référence aux dispositions de l'article 66-2 b) ii) du projet de Loi type, selon lesquelles deux possibilités pouvaient exister dans les États adoptants: premièrement, lorsqu'une instance indépendante a le pouvoir d'examiner toute contestation concernant une passation abandonnée et deuxièmement, lorsque seuls les tribunaux pourraient avoir ce pouvoir. Il a été suggéré que le paragraphe 6 du commentaire de l'article 65 et le paragraphe 10 du commentaire de l'article 66 soient remaniés pour refléter ces deux possibilités.

38. On s'est interrogé sur la nécessité d'assurer la cohérence des références à l'abandon et à la fin de la procédure de passation, aux articles 66-2 b) ii) et 66-9 f) du projet de Loi type. Il a été répondu qu'il pouvait être souhaitable d'utiliser des termes distincts pour faire la différence entre l'abandon de la procédure de passation par l'entité adjudicatrice et la fin de la procédure de passation ordonnée par l'instance indépendante. On a souligné que cette dernière constituait un recours dans la procédure de contestation et d'appel. Il a toutefois été noté que les conséquences de l'abandon et de la fin de la procédure de passation étaient les mêmes.

39. Il a été dit, en référence au paragraphe 25, qu'il pourrait être pénible pour l'instance indépendante d'examiner l'ensemble des documents se rapportant à la procédure de passation fournis par l'entité adjudicatrice comme l'exige l'article 66-8 du projet de Loi type. Il a donc été suggéré que le paragraphe 25 se réfère non pas à l'ensemble des documents concernant la procédure de passation en possession de l'entité adjudicatrice mais seulement aux documents intéressant la procédure de recours. Cette suggestion a suscité des préoccupations, étant donné qu'elle allait à l'encontre du libellé de l'article 66-8 et donnerait à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour décider quels documents intéressaient la procédure de recours. L'exercice d'une telle latitude pouvait entraîner des abus, notamment la rétention délibérée de documents pertinents.

40. Il a été suggéré qu'au lieu d'exiger le transfert physique de l'ensemble des documents, opération pouvant s'avérer lourde tant pour l'entité adjudicatrice que pour l'instance indépendante, il faudrait prier l'entité adjudicatrice de fournir à l'instance indépendante l'accès immédiat à l'ensemble des documents en sa possession concernant la procédure de passation. Il a été expliqué que dans de tels cas, l'instance indépendante déciderait elle-même quels documents intéressaient la procédure de recours. Il a été répondu que la gestion et la transmission électroniques des documents rendaient beaucoup plus faciles leur transfert et toute décision quant à leur pertinence.

41. On a appuyé l'idée de conserver en l'état les dispositions du paragraphe 25 du Guide, compte tenu des risques que présentait l'autre solution.

42. Le Secrétariat a été prié de préciser à quelle version de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce il était fait référence au paragraphe 28. À cet égard, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le paragraphe 13 de la première partie du projet de Guide, qui souligne la nécessité de veiller à l'exactitude des renvois aux deux versions de l'Accord. Le Secrétariat a pris note de la nécessité de renvoyer dans l'ensemble du Guide à la version précise de l'Accord dans le contexte des dispositions analysées. La suggestion de déplacer le paragraphe 28 dans la première partie n'a soulevé aucune objection. (Voir également par. 119 d) ci-dessous.)

43. Le Groupe de travail a approuvé la suggestion d'insérer les mots "si l'entité adjudicatrice n'avait pas enfreint les dispositions de la présente loi" à la fin du libellé figurant dans la deuxième parenthèse du paragraphe 29.

44. Il a été convenu que les parties suivantes du texte proposé devraient être supprimées: au paragraphe 8, la phrase qui se lit "Il est également reconnu que la plupart des États fixent un délai de prescription en matière civile" et, au paragraphe 29, les références aux "pertes futures" et au "fait que le fournisseur a été privé d'une chance", et la dernière partie, qui se lit "si le pouvoir d'octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes". Il a également été suggéré de réexaminer le membre de phrase "Le terme "annuler" employé dans ces dispositions n'emporte aucune conséquence particulière" et l'emploi du mot "casser", au paragraphe 27, et de fournir dans les parties appropriées du Guide des orientations sur la durée raisonnable du délai d'attente.

Article 67

45. On a souligné la nécessité d'assurer dans plusieurs langues une traduction efficace, pas nécessairement littérale, de l'expression "fishing expeditions" [pêche aux informations] figurant au paragraphe 4.

Article 68

46. La partie du projet de Guide portant sur cet article n'a suscité aucun commentaire.

Article 69

47. Différentes vues ont été exprimées sur la nécessité de cet article et de sa note de bas de page dans la Loi type révisée. On a vivement défendu le point de vue selon lequel aucune note de bas de page ne devrait figurer dans le texte final de la Loi type révisée. Selon un autre avis, les notes de bas de page apparaissant dans le projet de Loi type (tel qu'il figure dans les additifs du document A/CN.9/729) étaient utiles et devaient être maintenues. On a indiqué que la plupart expliquaient des libellés optionnels figurant entre parenthèses dans la Loi type révisée et qu'il était clair qu'elles ne figureraient pas dans les lois nationales adoptées sur la base de la Loi type révisée. On a indiqué que la note de bas de page 14 se rapportant à l'article 69 était floue sur ce dernier point mais qu'il n'en était pas moins important que cette note subsiste dans la Loi type révisée. La préoccupation a été exprimée que les questions soulevées dans cette note de bas de page pourraient être négligées si le texte de celle-ci ne figurait que dans le Guide.

48. À l'issue de la discussion, on a de nouveau appuyé le maintien de la note de bas de page 14 dans la Loi type révisée. Certaines délégations ont appuyé son maintien avec l'article 69, sans aucune orientation sur cet article dans le Guide, d'autres préférant supprimer l'article 69 et déplacer la note de bas de page 14 à l'article 63 ou au titre du chapitre VIII. Selon un avis contraire, cette note de bas de page (ainsi que toutes les autres notes de bas de page figurant actuellement dans le projet de loi type) devrait être versée dans le Guide ou son contenu devrait figurer à l'article 69.

49. Le Groupe de travail a reconnu qu'il y avait des lacunes dans les dispositions de l'article 69 lu conjointement avec l'article 63 du projet de Loi type. On a estimé que la Commission devrait être invitée à les supprimer lorsqu'elle finaliserait le projet de Loi type à sa prochaine session. À ce stade, elle déciderait également de l'emplacement de la note de bas de page 14.

3. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part A)

50. On a examiné le lieu où il convenait de faire figurer les indications concernant les modifications apportées à la Loi type de 1994 concernant l'utilisation des méthodes de passation des marchés. On a jugé préférable de les verser dans une partie distincte du Guide plutôt que de les ajouter au guide sur la Loi type révisée. Il a été indiqué qu'une telle approche conviendrait mieux à deux groupes de lecteurs: d'une part ceux qui connaissent mal la Loi type de 1994 et ne s'intéresseront qu'aux indications concernant la Loi type révisée; et d'autre part ceux qui connaissent bien

la Loi type de 1994 et voudront comprendre les modifications qui y ont été apportées et les raisons de ces modifications.

51. Il a été convenu qu'à la troisième phrase du paragraphe 1 le terme "et" devrait être remplacé par "ou". Le Secrétariat a été prié de réexaminer les exemples donnés dans ce paragraphe et en particulier de remplacer la référence aux services de nettoyage ordinaires par une référence à la fourniture d'épinglettes destinées à être échangées lors de manifestations sportives (comme exemple de passation des marchés de biens ayant une valeur nominale et pouvant être proposés par de nombreux fournisseurs), ainsi que l'emploi du terme centrale "nucléaire". Selon un autre avis sur cette dernière proposition, finalement retenue, il convenait de conserver le terme "nucléaire" lorsque l'on faisait référence à ces centrales, de manière à indiquer la haute complexité de ce type de passation de marché visé à l'article 28-1 a).

52. Au paragraphe 2, on a estimé que la quatrième phrase n'était juste que dans les situations où il y avait suffisamment de concurrence sur le marché. Le Secrétariat a été prié de reformuler la phrase en conséquence. Il a été dit que l'utilisation de l'appel d'offres ouvert avec préqualification pourrait être jugée plus appropriée dans les situations visées à l'article 28-1 b).

53. Une préoccupation a été exprimée concernant le terme "tirage au sort" utilisé au paragraphe 6. On a noté que dans de nombreux pays le recours au tirage au sort dans la passation de marchés publics était interdit. Il a donc été proposé que ce terme soit remplacé par des exemples de méthodes de sélection objectives telles que la sélection aléatoire, le tirage aléatoire parmi un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs et la sélection par ordre de réception des propositions. On a souligné la nécessité d'assurer la cohérence des paragraphes 6 et 10 à cet égard.

54. Le Secrétariat a été prié de réexaminer la référence aux micro, petites et moyennes entreprises au paragraphe 18 et dans le reste du Guide. On a estimé que cette expression pouvait prêter à confusion car la différence entre les microentreprises et les petites entreprises n'était pas évidente. On a exprimé l'avis que le Guide devrait employer le terme générique plus traditionnel "petites et moyennes entreprises (PME)" et expliquer dans le glossaire que ce terme pourrait comprendre les microentreprises (sur ce point, voir également par. 127 c) ci-dessous).

55. S'agissant de la note de bas de page 1, il a été suggéré que les questions générales concernant la sollicitation soient placées dans les commentaires introductifs de la section II du chapitre II de la Loi type révisée et que de brèves indications pour chaque méthode de passation figurent dans le commentaire accompagnant chacune des méthodes pertinentes. On a noté qu'il importait de répéter les indications concernant les avis préalables dans le commentaire se rapportant à chaque méthode de passation pertinente (appel d'offres restreint, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), d'autant que les implications de l'avis préalable différaient selon la méthode de passation.

56. Une question a été soulevée concernant la mention au paragraphe 18 de l'invitation à soumettre une offre dans le contexte de l'appel d'offres restreint et son rapport avec l'avis préalable de passation de marché. Le Secrétariat a été prié de réexaminer ce passage pour éviter toute confusion avec l'invitation à participer à

l'appel d'offres ouvert. On s'est également interrogé sur l'exactitude de la septième phrase du paragraphe: on a noté que les dispositions du projet de Loi type excluaient l'application de l'article 37 à l'appel d'offres restreint mais que les indications disaient que seules certaines dispositions de l'article 37 ne s'appliqueraient pas. Le Secrétariat a donc été prié de réexaminer l'interaction de ces deux points.

57. Le Secrétariat a été prié de supprimer des dispositions répétitives et renvois superflus aux paragraphes 4, 11, 12 et 17. Il a aussi été prié d'éviter, lorsqu'il faisait référence à d'autres méthodes et techniques de passation ou aux procédures de contestation, les précisions excessives qui pourraient déconcerter le lecteur. On a envisagé la possibilité de donner la liste des renvois pertinents au début des indications concernant un article ou un sujet donné.

58. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen des dispositions proposées du Guide sur les modifications apportées à la Loi type de 1994 à un stade ultérieur, au moment où le Groupe de travail serait saisi de l'ensemble de la section réunissant ces dispositions (pour l'examen de ce point, voir par. 50 ci-dessus).

4. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part B)

59. En ce qui concerne la note 3, on a appuyé l'harmonisation des dispositions du projet de Loi type sur les seuils et demandé que ceux-ci soient définis dans les règlements en matière de passation de marchés et non dans la loi, par exemple, afin qu'il puisse être tenu compte des fluctuations des taux de change et de l'inflation sans devoir modifier la loi. Le Groupe de travail a noté que ce point serait porté à l'attention de la Commission.

60. En réponse à une suggestion selon laquelle une référence aux marchés de valeur élevée devrait être incluse dans le paragraphe 4, il a été convenu qu'une telle référence n'était pas nécessaire et qu'il conviendrait en fait de supprimer la référence aux marchés complexes, qui sortait également du champ de l'article 28-2. Il a été convenu que la deuxième phrase du paragraphe devrait être remplacée par une autre phrase libellée comme suit: "Pour les achats répétés, il peut être préférable d'établir un accord-cadre."

61. Il a été suggéré d'ajouter des exemples d'utilisation de cette méthode de passation et de suggérer d'autres options, notamment dans le cas de marchés portant sur les pièces de rechange de véhicules, pour lesquels on pourrait recourir à la demande de prix lorsqu'il s'agit d'un seul achat peu important ou à un accord-cadre s'il peut y avoir un besoin récurrent de pièces pour un parc de véhicules.

62. On pris note des complexités du choix d'une méthode de passation en vertu de la Loi type révisée. Le Secrétariat a été prié de simplifier le texte du Guide en évitant de fournir une longue analyse comparative des diverses méthodes de passation et des références excessives comme au paragraphe 9. Il a été convenu que le paragraphe 5 devrait être déplacé ailleurs dans le Guide et qu'une référence aux produits normalisés (comme dans le secteur des technologies de l'information et de la communication) devrait être incluse au paragraphe 1 comme exemple de produits disponibles dans le commerce qui pourraient être définis par référence à des normes sectorielles.

5. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part A)

Conditions d'utilisation

63. Il a été dit que le contenu de la note 1 était suffisamment important pour être inclus dans le Guide et convenu que le lieu approprié serait le commentaire des articles 26 et 27 de la Loi type révisée (sur le choix des méthodes de passation). Le Secrétariat a été prié, lorsqu'il rédigerait le commentaire pertinent en se fondant sur cette note, d'envisager d'y ajouter à la fin de la seconde phrase le texte suivant: "et elle peut faire supporter certains risques liés à l'exécution par le fournisseur ou entrepreneur présentant le produit ou la solution proposée". Il a été expliqué que l'entité adjudicatrice supporterait les risques dus aux erreurs figurant dans les spécifications détaillées alors que ceux dus à des erreurs ou omissions dans les spécifications fonctionnelles seraient supportés par le fournisseur ou entrepreneur. Certaines délégations ont estimé que ce point était une considération importante dans le choix de la méthode de passation.

64. Les suggestions décrites au paragraphe précédent ont été appuyées mais on s'est inquiété de ce que les indications qui en résulteraient ne préciseraient pas que les spécifications fonctionnelles ne concernaient que la procédure de demande de propositions et non la soumission d'offres. Il a été noté que le projet de Loi type ne faisait pas état de cette différence entre la soumission d'offres et la procédure de demande de propositions. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur, lorsque les indications concernant la demande de propositions avec dialogue seraient examinées. (On trouvera des indications supplémentaires sur ce point au paragraphe 83 ci-dessous).

65. S'agissant du paragraphe 3 et de la note 3 du commentaire relatif à l'article 28-3, divers avis ont été exprimés quant à savoir s'il était souhaitable de remplacer l'expression "aspects financiers" par l'expression "aspects liés au prix" dans le projet de Loi type et donc dans les indications correspondantes. La seconde expression a été jugée plus restrictive et plus appropriée dans le contexte des paragraphes 9 et 10 de l'article 46, la première étant considérée comme ayant une portée plus large, ce qui pouvait présenter certains avantages, mais l'expression engloberait alors aussi les capacités financières des soumissionnaires, qui seraient évaluées dans le cadre des aspects techniques et qualitatifs des propositions et figureraient donc dans la première enveloppe. Il a été dit que la méthode de la demande de propositions sans négociation soulevait des incertitudes, notamment en ce qui concerne le contenu de chacune des deux enveloppes. L'avis a été exprimé qu'il convenait d'utiliser un terme décrivant de manière aussi étroite et précise que possible le contenu attendu de la seconde enveloppe.

66. Selon un autre avis, il convenait de conserver l'expression "aspects financiers", censée viser l'ensemble des aspects financiers des propositions contenues dans la seconde enveloppe. Il a été ajouté que l'expression n'était pas destinée à faire référence aux capacités financières des soumissionnaires. Les conditions de livraison et de garantie ont été citées comme exemple d'aspects financiers des propositions non liés au prix. D'autres délégations estimaient toutefois que les conditions de livraison et de garantie seraient très probablement évaluées dans le contexte des propositions techniques. Il a également été proposé

d'utiliser l'expression "aspects commerciaux" au lieu de l'expression "aspects financiers". Il a été dit que, quelle que soit l'expression utilisée dans la Loi type révisée, sa signification devait être précisée dans le Guide, comme visait à le faire le paragraphe 3 du commentaire concernant l'article 28-3. Il a été souligné en outre que le dossier de sollicitation devrait préciser exactement quels éléments devraient figurer dans chacune des deux enveloppes, et que cela déterminerait ce que l'entité adjudicatrice entendait par aspects techniques ou qualitatifs d'une part et par aspects financiers d'autre part.

67. Il a été suggéré que les références aux enveloppes dans le Guide apparaissent entre guillemets, accompagnées d'un commentaire expliquant que l'expression vise à indiquer que les aspects technico-qualitatifs et financiers doivent être présentés séparément et non à désigner une enveloppe en tant que telle: dans certaines passations, une grande quantité de documents pouvait être soumise au titre de la proposition technique. Il convenait en outre de souligner que les deux enveloppes seraient remises simultanément.

68. S'agissant du paragraphe 4 et de la note de bas de page 4 du commentaire de l'article 28-3, il a été estimé qu'il faudrait introduire des dispositions relatives aux éclaircissements dans l'article 46 de la Loi type, ainsi que dans d'autres méthodes de passation appropriées pour lesquelles des mécanismes de clarification interactifs étaient essentiels, notamment parce que des solutions technologiques très complexes ou simples étaient recherchées ou proposées. Une disposition similaire serait envisagée pour la procédure de préqualification et l'évaluation de la qualification.

69. On a proposé de modifier comme suit les deux dernières phrases du paragraphe 5 du commentaire de l'article 28-3: "Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement sont d'avis que le recours à des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée peut uniquement être envisagé pour la passation de marchés de services consultatifs usuels. Il se peut que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode pour les projets qu'elles financent."

70. Des réserves ont été exprimées au sujet du libellé proposé, au motif qu'il reflétait la pratique d'une seule ou d'un petit nombre seulement de délégations ou d'observateurs. Il a été dit qu'on trouvait des dispositions similaires dans l'ensemble du projet de Guide, notamment au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1, et au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8, et qu'il faudrait donc toutes les réexaminer. On a souligné que le Guide devait être le résultat du consensus du Groupe de travail sur les différentes dispositions. On s'est aussi inquiété de ce que le libellé proposé ne reflète que la pratique actuelle sans tenir compte de l'évolution future, et que le texte pourrait devenir obsolète alors que le Guide continuerait d'être utilisé. On a donc suggéré de ne pas inclure le libellé proposé ou, à défaut, de supprimer la dernière phrase de la proposition.

71. À la question de savoir si la proposition refléterait la position des banques multilatérales de développement autres que la Banque mondiale (seule cette dernière ayant fait connaître sa position à la session), le Secrétariat a indiqué au Groupe de travail qu'il avait reçu (de manière formelle et informelle) des informations globalement concordantes de la part de banques multilatérales de développement régionales sur cette question et d'autres questions similaires, et il a été rappelé que

certaines banques concernées avaient exprimé des avis analogues à des sessions antérieures du Groupe de travail.

72. Selon un autre avis, en examinant cette proposition et des commentaires similaires dans l'ensemble du Guide, il faudrait garder à l'esprit les besoins des utilisateurs finals potentiels de la Loi type révisée qui, dans bien des cas, pourraient être des personnes susceptibles de bénéficier de prêts octroyés par les banques multilatérales de développement. On a noté qu'il faudrait signaler à ces utilisateurs finals qu'ils pourraient avoir des difficultés à obtenir des prêts auprès des banques multilatérales de développement s'ils utilisaient certaines méthodes de passation dans toutes les circonstances envisagées dans la Loi type révisée.

73. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de regrouper les commentaires proposés sur la pratique des banques multilatérales de développement dans une section qui pourrait figurer dans la première partie du Guide, ou en tant que commentaire de l'article 3. Ce commentaire groupé indiquerait que certaines dispositions de la Loi type révisée ne correspondraient peut-être pas aux règles de certaines banques multilatérales de développement en ce qui concerne les projets qu'elles financent, et qu'il faudrait consulter leurs politiques, le cas échéant. En outre, il a été convenu que le Guide ne devrait pas comprendre d'analyse comparative des méthodes de passation prévues dans la Loi type révisée et des pratiques des banques multilatérales de développement. (On trouvera des indications supplémentaires sur ce point aux paragraphes 120 et 133 à 136 ci-dessous).

Sollicitation

74. L'avis a été exprimé que le Guide devrait examiner toutes les exceptions à la règle de la sollicitation ouverte dans la demande de propositions dans l'ordre dans lequel elles étaient traitées dans la Loi type révisée. Il a aussi été estimé que les indications sur la sollicitation figurant dans le commentaire concernant une méthode de passation donnée devraient insister sur les particularités de la sollicitation dans cette méthode. Dans ce cas, les indications devraient porter sur la demande de propositions sans négociation plutôt que sur la demande de propositions en général.

75. À titre d'observation générale sur la présentation des commentaires dans le Guide, on a fait remarquer qu'il ne s'agissait pas de répéter simplement, par souci d'exhaustivité, les dispositions de la Loi type révisée. Ce n'était que lorsque des explications étaient fournies qu'il fallait prévoir un commentaire.

Procédures

76. S'agissant de la note 5, une réserve a été exprimée quant à la suggestion de modifier à l'article 46 le libellé de la proposition à retenir en faveur du terme "proposition la plus avantageuse". Toutefois, cette suggestion a été appuyée, car le libellé actuel figurant dans les différentes méthodes de passation n'était pas constant, alors qu'il s'agissait du même concept. On a fait observer que toute modification de proposition du projet de Loi type, dont celle-ci, devrait être examinée par la Commission.

77. S'agissant du paragraphe 8 du commentaire de l'article 46, des questions ont été posées concernant les méthodes de notation utilisées dans cette méthode de passation et le libellé employé dans le projet de Guide à propos de la possibilité de choisir la proposition à retenir, dans cette méthode, uniquement en fonction du prix

(possibilité non mentionnée dans le projet de Loi type proprement dite). La référence au prix “seul” a été jugée inappropriée, car la méthode présupposait toujours que les caractéristiques techniques et qualitatives soient évaluées en même temps que le prix. Le Secrétariat a été prié de reformuler la partie correspondante du paragraphe 8 afin d’éliminer toute imprécision, en soulignant que la proposition à retenir serait toujours choisie parmi celles qui répondaient aux exigences techniques et qualitatives minimales, ou les dépassaient.

6. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu’il est proposé d’insérer dans le Guide pour l’incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part B)

Conditions d’utilisation

78. Il a été proposé que soient donnés des exemples d’utilisation de cette méthode de passation. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà noté que cette méthode était habituellement utilisée pour la passation de marchés concernant des services intellectuels (par exemple, des services consultatifs juridiques, financiers ou de conception, des études environnementales ou des services d’ingénierie). On a fait observer que le terme “services intellectuels” n’était pas un terme habituel pour tous et que le Guide devrait se fonder sur la terminologie employée dans différents systèmes (telle que “services professionnels ou consultatifs”). On a donné comme autre exemple d’utilisation de cette méthode de passation la fourniture de locaux (notamment de bureaux) aux pouvoirs publics. Il était entendu que, conformément à la décision déjà prise par le Groupe de travail à la présente session de supprimer du commentaire sur les méthodes particulières de passation toute référence précise aux pratiques actuelles des banques multilatérales de développement (voir par. 69 à 73 ci-dessus), le paragraphe 4 du commentaire de l’article 29-3 devrait être reformulé, en conservant toutefois les renvois à la méthode appliquée dans la pratique principalement pour ces services.

79. Il a été convenu que, dans la version anglaise de la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire de l’article 29-3, les mots “can not” devraient être remplacés par les mots “may not”.

Procédures

80. Il a été proposé de fournir des indications sur l’objet de la notation dans cette méthode de passation en précisant que le classement était établi en fonction des notes attribuées et que les négociations débutaient ensuite avec le fournisseur le mieux classé.

81. Le Secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe 3 du commentaire de l’article 49 en des termes plus équilibrés et de revoir l’ordre des paragraphes 3 et 4 de manière à préciser les avantages et les éventuelles difficultés de l’utilisation des négociations consécutives, en mentionnant en particulier le pouvoir de négociation de l’entité adjudicatrice.

7. Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WGI/WP.77/Add.7)

Conditions d'utilisation

82. Concernant la note de bas de page 1, on a exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire de modifier le texte du projet de Loi type car les dispositions reflétaient avec exactitude que la nécessité envisagée de discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs était prise en compte dans la décision de recourir à cette méthode de passation; le fait que cette nécessité ne se matérialise finalement pas était une autre question. On a également noté que l'article 47, sur les procédures d'appel d'offres en deux étapes, faisait des discussions une étape facultative. Selon un autre avis, l'utilisation de cette méthode de passation se justifiait essentiellement par la nécessité de préciser certains points de la description de l'objet du marché, raison pour laquelle des discussions étaient envisagées, et le texte actuel ne reflétait pas suffisamment ce point. Il a été convenu que la Commission devrait être invitée à examiner ces points lorsqu'elle s'occuperait de la rédaction de l'article 47.

83. Dans la note de bas de page 2, on a proposé d'ajouter à la dernière phrase du paragraphe 2 le membre de phrase “, avec la contribution de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels.” On a expliqué que l'entité adjudicatrice mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs intervenant dans la description définitive de l'objet du marché devraient assumer la responsabilité de la solution technique et le risque d'inexécution découlant de toute erreur faite dans cette description. Cependant, il a été dit que la dernière phrase du paragraphe ne visait pas à traiter de l'attribution de la responsabilité ni des risques liés à l'exécution du contrat, mais à faire passer l'idée que dans l'appel d'offres en deux étapes, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice conservait la responsabilité de la finalisation des conditions révisées de la passation; le libellé serait revu afin que ce point y soit mentionné avec exactitude.

84. Le Secrétariat a été prié de réexaminer les exemples fournis au paragraphe 2 à la lumière de la dernière phrase de ce paragraphe. On a indiqué que dans les projets clefs en main en particulier, il incombait aux fournisseurs et entrepreneurs et non à l'entité adjudicatrice de finaliser la description détaillée de la solution technique et par conséquent d'assumer la responsabilité de toute défaillance. On a toutefois considéré que les exemples reflétaient en particulier l'expérience que certaines banques multilatérales de développement avaient de cette méthode de passation.

85. En ce qui concerne la note 3, il a été proposé d'ajouter à la fin de la première phrase du paragraphe 3 le membre de phrase suivant: “; les discussions ne permettront pas non plus à l'entité adjudicatrice de mettre en balance les coûts et les avantages techniques potentiels.” Il a été expliqué que si des termes commerciaux et des aspects techniques devaient être comparés afin de finaliser la description de l'objet du marché, l'utilisation de cette méthode pouvait s'avérer inappropriée.

86. Toujours en ce qui concerne la première phrase du paragraphe 3, on s'est demandé si le projet de Loi type interdisait en fait toute discussion sur les aspects financiers des solutions techniques proposées. Il a été dit que dans la pratique, il n'était pas rare de discuter des incidences financières de certains aspects techniques lors de la première étape.

87. Le Groupe de travail a décidé d'examiner les questions soulevées à propos du paragraphe 3 lorsqu'il examinerait le commentaire de l'article 47 (voir par. 90 à 93 ci-dessous). On a également souligné qu'il faudrait examiner le paragraphe 8 dans ce contexte.

88. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préciser dans les indications concernant l'appel d'offres en deux étapes que cette méthode était une variante de l'appel d'offres ouvert; toutes les garanties de l'appel d'offres ouvert s'appliquaient. Il était entendu que les dispositions portant sur les précisions apportées au dossier de sollicitation s'appliquaient également à la deuxième étape de la procédure. En outre, il a été convenu que les indications devraient souligner que les discussions n'étaient autorisées que lors de la première étape.

Sollicitation

89. Concernant le paragraphe 13, dans le contexte de la deuxième dérogation à l'obligation de publication internationale visée à l'article 32-4, on a estimé qu'il convenait de souligner davantage l'évaluation qualitative selon laquelle seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux seraient probablement intéressés à présenter des soumissions, notamment en raison de la faible valeur du marché. On a souligné la nécessité de s'étendre sur d'autres critères dont l'entité adjudicatrice devrait tenir compte dans ces évaluations qualitatives. On a donné comme exemples les facteurs géographiques et le faible nombre ou l'absence de fournisseurs étrangers (artisans autochtones). S'agissant de la note 4, il a été expliqué que la dérogation ne se limitait pas à un seuil de valeur et qu'il convenait donc d'établir une distinction par rapport aux questions se posant aux articles 21-3 b) et 22-2, où il s'agissait seulement de l'application d'un seuil financier. Il était entendu qu'à la lumière de cette explication, le paragraphe 13 devrait être révisé (de manière à s'assurer également que le lien avec l'article 8-1 était clair), et que l'essentiel du contenu du paragraphe 14, portant sur les questions liées à la cohérence des seuils pour les marchés de faible valeur, devrait plutôt figurer dans le commentaire des articles où se posait la question des seuils.

Procédures

90. Le Groupe de travail est convenu d'apporter au texte les modifications suivantes:

a) Remanier le paragraphe 20 en précisant d'emblée que le chapitre III de la Loi type révisée s'applique à l'appel d'offres en deux étapes et en expliquant ensuite quelles dispositions du chapitre III s'appliquent à quelle étape et dans quel contexte;

b) En ce qui concerne la note 7, appeler l'attention de la Commission sur le changement de terminologie proposé;

c) Expliquer au paragraphe 22 que les offres initiales seront considérées comme non conformes et rejetées si le prix y est mentionné et souligner que les discussions visées à l'article 47-3 ne peuvent donc pas porter sur le prix;

d) Expliquer l'expression "chances égales" figurant à la dernière phrase du paragraphe 23 en soulignant les similitudes et différences de l'égalité de traitement des fournisseurs selon qu'il s'agit des discussions dans l'appel d'offres en deux

étapes ou du dialogue tenu dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue, en se fondant sur les dispositions de l'article 48-10 s'il y a lieu, tout en prévoyant des garanties appropriées contre la divulgation d'informations confidentielles et les risques de collusion;

e) Suivre de plus près les dispositions de l'article 47-4 b) ii) dans le libellé du paragraphe 28 en ce qui concerne les modifications pouvant être apportées aux critères d'examen ou d'évaluation; et

f) Mentionner dans les indications, peut-être au paragraphe 23, la nécessité de verser au procès-verbal la teneur des discussions, en renvoyant à l'article 24 sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

91. Dans le contexte du paragraphe 23, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné à la présente session (voir par. 85, 86 et 90 c) ci-dessus) la portée des discussions de la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. On a noté qu'à la première étape, les propositions de prix n'étaient pas autorisées, mais que des discussions informelles pouvaient avoir lieu concernant les données sur la situation du marché.

92. Il a été dit qu'il serait naturel de s'attendre à ce que l'entité adjudicatrice examine lors des discussions l'ensemble des aspects de l'objet du marché, y compris le prix relatif de certains articles disponibles sur le marché, afin de parvenir à la meilleure solution technique. Il a donc été proposé de modifier le paragraphe 3 et les autres dispositions similaires du texte afin de ne pas exclure la possibilité d'examiner les aspects liés au prix. Des doutes ont toutefois été émis quant à savoir dans quelle mesure l'entité adjudicatrice pourrait fonder son choix de solution technique sur des informations non contraignantes concernant les marchés ou sur des prix généraux fournis lors des discussions, qui pourraient s'avérer spéculatifs. On a également souligné qu'il serait irréaliste de négliger les incidences du prix et des aspects liés à celui-ci sur le choix de la solution technique. À cet égard, on a noté que les lignes directrices de certaines banques multilatérales de développement interdisaient les propositions de prix à la première étape.

93. Le Secrétariat a été prié d'examiner toutes ces questions en révisant les dispositions pertinentes du texte, notamment les paragraphes 3, 8 et 23, et d'assurer la cohérence de l'ensemble des indications concernant la portée autorisée des discussions.

94. En ce qui concerne les modifications apportées aux conditions du marché à la suite des discussions, il a été observé que le dossier de sollicitation de la première étape porterait probablement surtout sur les aspects fonctionnels des articles à acquérir et comporterait donc une description assez large, et que la deuxième étape permettrait de préciser les aspects techniques et de les inclure dans la demande d'offres définitives. L'objet du marché ne pouvait donc pas être modifié lors des discussions mais les solutions techniques à mettre en œuvre pour le fournir pouvaient effectivement changer. Le Secrétariat a également été prié de fournir dans le contexte du paragraphe 26 des exemples pratiques montrant comment des modifications apportées aux aspects techniques et qualitatifs pourraient modifier ou non la description de l'objet du marché, afin que les concepts en jeu puissent être mieux compris.

95. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné ce sujet à ses précédentes sessions et n'avait pas défini le concept de modification substantielle de l'objet du marché parce que les nombreuses variables en jeu donnaient à penser qu'une approche descriptive permettant un examen au cas par cas serait plus indiquée. On a estimé qu'il ne serait pas possible non plus de fournir une définition du moment où la description de l'objet du marché changeait dans ce contexte car cela nécessiterait une analyse au cas par cas, selon par exemple qu'un groupe différent de fournisseurs ou entrepreneurs participants puisse participer en raison de la modification (par exemple, une modification du type de train à acquérir ou de la longueur du tronçon de route à construire pourrait avoir une incidence sur la composition du groupe dans certains cas et pas dans d'autres). À cet égard, il a été noté qu'il serait utile que le Guide comporte des critères montrant si une modification portait sur les aspects techniques ou sur l'ensemble de la description. Il a également été convenu que le Guide devrait renvoyer aux dispositions de l'article 10-4 régissant la description de l'objet du marché. Il a été dit qu'il vaudrait peut-être mieux examiner les questions générales dans le commentaire de l'article 10, avec un renvoi au paragraphe 26, et traiter au paragraphe 26 des questions découlant de l'article 10 dans le contexte de l'appel d'offres en deux étapes. On a également souligné à cet égard les incidences des modifications du dossier de sollicitation pouvant nécessiter une nouvelle passation en vertu des dispositions de l'article 15.

96. Le Groupe de travail a également rappelé à propos de la note 3 que les exemples de cas où il était recouru à l'appel d'offres en deux étapes et non à la demande de propositions avec dialogue restaient à fournir. En réponse, on a mentionné la passation de marchés de fourniture et installation d'une usine, en notant que certaines banques multilatérales de développement n'envisageaient pas le recours à la demande de propositions avec dialogue pour ce type de passation. On a également donné comme exemples la construction de routes et l'acquisition de wagons de métro. Dans de tels cas, il serait possible de formuler des spécifications détaillées dès le début de la passation mais l'entité adjudicatrice pourrait ensuite préciser certains aspects techniques de l'objet du marché en fonction des informations obtenues lors des discussions avec les fournisseurs (concernant notamment l'existence sur le marché de matériaux ou de méthodes plus élaborés). Il a été dit que la différence entre l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue résidait moins dans l'objet du marché que dans l'expérience de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne le recours à ces méthodes de passation, la question étant de savoir si celle-ci serait mieux à même d'acquérir l'objet du marché en recourant à la demande de proposition avec dialogue qu'en recourant à l'appel d'offres en deux étapes. Enfin, on a indiqué que le recours à l'appel d'offres en deux étapes était en diminution dans la pratique. (On trouvera des indications supplémentaires sur les différences entre ces deux méthodes de passation au paragraphe 97 ci-dessous.)

8. Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WGI/WP.77/Add.8)

Conditions d'utilisation

97. Le Secrétariat a été prié de donner dans le commentaire des exemples concrets du recours à la demande de propositions avec dialogue. Les exemples évoqués

concernaient la passation de marchés visant à rechercher des solutions novatrices, notamment à économiser l'énergie ou à assurer la viabilité du marché, lorsque diverses solutions techniques existaient pour un même besoin (par exemple, s'agissant de l'économie d'énergie, la différence pouvait être dans les matériaux employés ou une source d'énergie plutôt qu'une autre (énergie éolienne contre énergie solaire)). L'expérience de l'utilisation de cette méthode par une organisation internationale a été exposée et il a été noté qu'elle avait permis d'économiser beaucoup de temps par rapport à l'appel d'offres en deux étapes.

98. À propos de la note 1, des réserves ont été exprimées quant à la proposition de modifier le texte de l'article 10. On a fait remarquer que cet article, qui portait sur la description de l'objet du marché, devrait conserver un caractère général et avoir une portée suffisamment large pour prendre en compte les méthodes de passation reposant sur l'appel d'offres et celles ne reposant pas sur l'appel d'offres, ainsi que des spécifications détaillées et fonctionnelles axées sur les résultats. Si des modifications étaient nécessaires pour assurer la cohérence entre l'article 10 et l'article 48, c'est ce dernier qu'il fallait modifier.

99. À ce propos, on s'est interrogé sur le libellé du paragraphe 5 renvoyant à l'idée mentionnée à l'article 48 concernant la possibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché. On a estimé que les mots "est dans l'impossibilité de formuler" dans le commentaire ne constituaient pas le même critère que celui énoncé à l'article 48, en ce sens que le commentaire donnait à entendre qu'il s'agissait de savoir si l'entité adjudicatrice était objectivement incapable de formuler une description détaillée de l'objet. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait adopté une approche plus souple lorsqu'il avait rédigé les dispositions du projet de Loi type et que cette approche ne devrait pas être restreinte par le commentaire. On a fait observer que les raisons qui sous-tendaient la décision de ne pas formuler une description unique et détaillée de l'objet du marché pouvaient être notamment l'insuffisance de ressources ou de connaissances spécialisées, ou encore le fait que cette façon de procéder ne correspondait pas à une approche optimale (par exemple lorsque les solutions existantes n'étaient pas parfaitement connues ou appréciées à leur juste valeur). Le Secrétariat a été prié de réexaminer ce libellé pour prendre en compte ces différents motifs, notamment le fait que les fournisseurs pourraient être mieux placés pour formuler des solutions techniques détaillées répondant à certains besoins de l'entité adjudicatrice, comme ceux exigeant un niveau élevé de connaissances et de compétences (notamment les ouvrages d'architecture ou services de génie civil).

100. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat:

- a) De supprimer dans le paragraphe 1 le mot "travaux";
- b) D'éliminer aux paragraphes 1 à 3 le lien automatique entre la complexité de ce qui devait être fourni et le recours à la demande de propositions avec dialogue. On s'est inquiété en particulier de l'incohérence des références à des marchés complexes, relativement complexes et extrêmement complexes dans divers paragraphes du commentaire;
- c) D'inclure au paragraphe 8 un renvoi au commentaire de l'article 20 portant sur les conflits d'intérêts qui surviendraient si un fournisseur était susceptible de participer à l'élaboration de la solution technique puis de participer à la passation;

d) De veiller à ce que les références aux négociations et au dialogue dans le commentaire de l'ensemble du chapitre V soient précises, c'est-à-dire qu'il ne soit pas fait référence aux négociations lorsqu'il était question du dialogue, et que le mot "négociations" ne soit utilisé que dans les méthodes de passation dont le titre comportait ce terme;

e) D'aligner plus étroitement le texte sur les conditions d'utilisation mentionnées à l'article 29-2;

f) D'apporter au texte les modifications voulues pour tenir compte des décisions déjà prises par le Groupe de travail au cours de la session, notamment en ce qui concerne les questions qui pourraient être plus judicieusement traitées dans un commentaire général (telles que l'approbation par une autorité externe et la position de certaines banques multilatérales de développement à l'égard du recours à certaines méthodes de passation prévues dans la Loi type (voir les paragraphes 69 à 73 ci-dessus));

g) D'envisager de déplacer les paragraphes 12 et 13 du commentaire de l'article 29-2 dans le commentaire de l'article 48, sauf dans la mesure où les aspects procéduraux de la méthode de passation examinés aux paragraphes 12 et 13 pourraient influencer sur la décision de l'entité adjudicatrice concernant le choix de la méthode de passation. On a également fait observer que l'approche de cette question structurelle devrait être uniforme pour toutes les méthodes de passation;

h) D'éliminer les répétitions dans le commentaire sur les meilleures offres définitives.

Procédures

101. S'agissant de la note 4, l'avis a été exprimé que les mots placés entre crochets dans le commentaire devraient être maintenus sans crochets dans le texte. On a estimé que la phrase où apparaissait ce libellé devrait être coupée en deux: la première phrase indiquant que l'article 48-5 énonce les informations qui doivent (et non qui "devraient") figurer dans la demande de propositions et la deuxième phrase expliquant que l'entité adjudicatrice est tenue de veiller à ce que les informations communiquées soient suffisantes pour que les fournisseurs préparent leurs propositions et qu'elle évalue ces propositions équitablement.

102. Le Groupe de travail est convenu:

a) Compte tenu des propositions formulées aux notes 5 et 6, de déplacer le passage en question, du commentaire de l'article 48 vers le commentaire sur les critères de qualification et les critères d'évaluation respectivement. Le texte du paragraphe 31 devrait également être remanié pour qu'il soit bien clair que les critères de qualification et les critères d'évaluation pourraient prendre en compte les compétences et l'expérience du personnel des fournisseurs;

b) De remanier la dernière phrase du paragraphe 34 pour indiquer que l'entité adjudicatrice est tenue en vertu de l'article 11 de la Loi type de donner une description fidèle des critères et de la procédure d'évaluation;

c) S'agissant de la note 7, de supprimer du paragraphe 38 la dernière phrase entre crochets, étant entendu qu'il serait inefficace et contreproductif d'obliger les fournisseurs à continuer de participer au dialogue s'ils ne le souhaitent pas, et que

les garanties de soumission n'offriraient pas une solution viable pour ce qui était d'assurer une participation suffisante. (Une question connexe, liée au paragraphe 40 du commentaire, était que la possibilité d'exclure des fournisseurs au cours de la procédure de dialogue était réglementée différemment selon les pays.)

9. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A)

103. S'agissant du paragraphe 7 et de la note de bas de page 1 du commentaire de l'article 29-4, il a été souligné que si les indications complémentaires proposées dans la note de bas de page étaient incluses, il faudrait garder à l'esprit que la question du manque de compétences de négociation effectives ne pourrait être prise en compte dans les passations urgentes. L'avis a été exprimé que les questions de capacité ne devraient pas être traitées dans les indications concernant cette méthode de passation mais plutôt comme une question générale ou par exemple dans le contexte de la demande de propositions avec dialogue.

104. Le Groupe de travail a noté que dans la pratique cette méthode était largement utilisée dans des circonstances autres que celles énumérées à l'article 29-4, notamment pour la passation de marchés de services.

105. Le Groupe de travail est convenu:

a) De remplacer au paragraphe 7 du commentaire de l'article 29-4 l'expression "competitive dialogue" par l'expression "competitive negotiations" [l'expression "négociations avec appel à la concurrence" figure déjà dans le texte français];

b) En ce qui concerne les dispositions de l'article 33-5 et les autres dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, de recommander à la Commission d'envisager de réexaminer la possibilité de préciser dans le texte même de la Loi, plutôt que dans les règlements en matière de passation, le lieu de publication de l'avis préalable de passation de marché et autres informations semblables;

c) Comme le suggère la note 2, d'expliquer dans le glossaire l'expression "meilleures offres définitives", en expliquant aussi au commentaire de l'article 50 la règle selon laquelle ces offres ne peuvent être soumises qu'une fois;

d) Au paragraphe 13 du commentaire de l'article 50, de souligner les différences entre les négociations concomitantes tenues lors des négociations avec appel à la concurrence et le dialogue tenu de manière concomitante dans le cas de la demande de propositions avec dialogue, en soulignant que la négociation devrait être très brève compte tenu de l'urgence de la situation;

e) Au paragraphe 17 du commentaire de l'article 50, de remplacer l'expression "gèle les spécifications" par "met fin à toute possibilité pour l'entité adjudicatrice de modifier ses exigences et les conditions de la passation", de remplacer l'expression "conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs" par "conditions offertes par les fournisseurs et entrepreneurs", et d'établir une distinction claire entre les conséquences de la sollicitation des meilleures offres définitives et la soumission de ces offres;

f) D'employer de manière cohérente tout au long du Guide l'expression "meilleure pratique" au lieu de "bonne pratique".

106. Le Secrétariat a été prié d'assurer une approche uniforme et structurée des indications se rapportant à chaque méthode de passation.

10. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WGI/WP.77 /Add. 9, partie B)

Conditions d'utilisation

107. S'agissant du paragraphe 1 du commentaire de l'article 29-5, on a fait observer que la sollicitation d'une source unique était souvent utilisée pour l'achat de produits protégés par un droit de propriété intellectuelle, comme les pièces de rechange. En conséquence, il a été proposé que le commentaire encourage les entités adjudicatrices à planifier leurs marchés futurs et à obtenir les licences appropriées afin de permettre à la concurrence de s'exercer dans ces marchés. S'agissant du paragraphe 1 et de la note 3, on a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné durant la session la description de l'objet du marché (voir par. 95 et 98 ci-dessus). Il a donc été proposé que les questions soulevées dans la note 3 soient traitées ailleurs.

108. Le Groupe de travail est convenu de remplacer au paragraphe 2 le mot "normalement" par le mot "peut-être" et de souligner à la fin du paragraphe que le montant des achats pouvant être faits dans les situations d'urgence devrait être strictement limité aux besoins découlant de ces situations.

109. S'agissant du paragraphe 5 et de la note 4, l'avis général était que l'exemple donné dans le paragraphe, bien que repris du Guide de 1994, était inapproprié et devrait être supprimé. Selon un autre avis, le paragraphe entier devrait être supprimé. Il a été répondu que les dispositions sur les conditions mentionnées dans le paragraphe devraient être maintenues.

110. À l'issue du débat, il a été convenu qu'il faudrait remanier le paragraphe 5 afin de l'aligner avec le libellé de l'article 29-5 e), qui ne renvoyait pas aux cas d'urgence économique grave. Le Secrétariat a été prié de souligner, lorsqu'il modifierait ce paragraphe, que les risques d'abus étaient présents dans tous les cas de sollicitation d'une source unique mais qu'ils risquaient d'être encore plus grands dans le cas envisagé à l'article 29-5 e), et de mettre l'accent sur les points suivants: que le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique était exceptionnel et que l'utilisation de la méthode visée à l'article 29-5 e) l'était encore plus, comme le montrait l'exigence d'une approbation et d'une consultation publique préalables (qui excluait la méthode du champ d'action du marché concurrentiel en général); que les marchés à conclure en cas de catastrophe ou dans les situations d'urgence étaient traités ailleurs; que l'exemple d'urgence économique tiré du Guide de 1994 prêtait à confusion et ne devrait pas être reproduit dans le Guide révisé; qu'en dépit du fait que des exemples de cas où la méthode pourrait être utilisée ne devraient pas figurer ici pour éviter toute confusion, notamment en ce qui concerne la manière dont la capacité exclusive du fournisseur devait être déterminée, il faudrait fournir des exemples de cas qui seraient exclus de l'application des dispositions; et que les politiques socioéconomiques pourraient être mises en œuvre de façon plus appropriée à travers d'autres moyens offerts par la Loi type révisée.

111. Selon un autre avis, l'article 29-5 e) du projet de Loi type devait être supprimé car il allait à l'encontre des objectifs de la Loi type révisée. Il a été répondu que la disposition en question avait fait l'objet d'un vaste débat et que le Groupe de travail avait décidé de la conserver. Il a été indiqué qu'il pourrait y avoir de bonnes raisons de recourir aux mesures mentionnées dans cet article ou dans le commentaire et que la suppression de l'article 29 5 e) pourrait être contre productive, car un État dans une des situations qui y sont envisagées pourrait décider d'appliquer ce type de mesures. En l'absence de la disposition considérée, il pourrait le faire sans bénéficier des garanties de la Loi type révisée.

112. Il a été rappelé qu'il reviendrait à la Commission de décider de toute modification ou suppression proposée concernant les dispositions du projet de Loi type. Il a aussi été noté que, comme ce fut le cas pour la Loi type de 1994 et son Guide pour l'incorporation, il était prévu que la Commission approuve la Loi type révisée et le Guide révisé.

113. S'agissant du paragraphe 8, on a fait observer que le rapport entre la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique n'était pas toujours évidente. L'avis a été exprimé qu'un des critères de sélection d'une méthode de passation en vertu de l'article 27 – assurer la plus grande concurrence possible – faisait de la sollicitation d'une source unique la méthode de dernier recours, car c'était la seule dans laquelle aucune concurrence n'était envisagée. Il a été dit que le commentaire des articles 26 et 27 devrait faciliter l'approche de type "boîte à outils" pour le choix de la méthode de passation et pourrait donner des exemples des risques (notamment pour la concurrence et l'intégrité) liés à chaque méthode de passation et des risques liés aux considérations extrinsèques telles qu'une meilleure connaissance de certaines méthodes de passation, qui pourraient fausser une sélection objective.

Sollicitation

114. On s'est demandé si un renvoi à l'article 29-4 a) devrait être ajouté à l'article 33-6 de la Loi type. Le Secrétariat a été prié d'examiner la question et, le cas échéant, de porter toutes les modifications proposées à l'attention de la Commission.

Procédures

115. Le Secrétariat a été prié de mentionner au paragraphe 14, conformément à l'approche retenue au paragraphe 13, la dérogation à l'exigence d'un avis préalable dans les situations d'urgence mentionnées à l'article 29-5 b).

11. Première partie. Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 et 2)

Commentaires généraux

116. L'avis a été exprimé qu'il faudrait sensiblement remanier les additifs 1 et 2 en supprimant les termes imprécis et l'examen de questions et conséquences secondaires et en mettant davantage l'accent sur les concepts essentiels.

Sections I.A.1 et I.A.2. Historique et objet

117. Les propositions suivantes ont été faites:

- a) Regrouper les sections “historique” et “objet” en expliquant les objectifs d’origine du texte de 1994 et ceux des travaux en cours;
- b) Souligner qu’en élaborant la Loi type de 1994, la CNUDCI cherchait avant tout à mettre à la disposition de tous les États Membres de l’ONU un modèle abouti, complet et satisfaisant pour la passation des marchés publics, qui pourrait se substituer aux diverses politiques des donateurs bilatéraux et multilatéraux en la matière;
- c) Modifier le paragraphe 4 pour qu’il indique le mandat et les objectifs sous-tendant la révision de la Loi type de 1994;
- d) Faire référence, au paragraphe 5, au commerce tant international que national;
- e) Modifier le paragraphe 6 en supprimant le dernier membre de phrase et définir clairement les objectifs restants énoncés dans le paragraphe. Le contenu du dernier membre de phrase serait alors déplacé et constituerait une introduction à la présentation des modifications de la Loi type de 1994. On ajouterait des renvois entre la première partie et cette section.

Section I.A.3. Application universelle de la Loi type

118. Les propositions suivantes ont été faites:

- a) Revoir le titre de la section, en remplaçant éventuellement le mot “universelle” par le mot “générale”, et envisager de faire référence au champ d’application plus étendu de la Loi type révisée;
- b) Remplacer les références aux “dispositions souples et non contraignantes de cette dernière” figurant au paragraphe 9 et ailleurs par des références aux options envisagées dans le texte;
- c) Fusionner les paragraphes 8 et 9 et ajouter une référence aux utilisateurs de la Loi type de 1994;
- d) Au paragraphe 10, intégrer les concepts de neutralité et d’objectivité; modifier la référence à “tout type d’États” et faire référence aux différentes traditions juridiques; transférer la dernière phrase dans la section qu’il est proposé d’intituler “Historique et objet de la Loi type” (voir par. 117 ci-dessus). Selon un autre avis, il faudrait conserver au paragraphe 10 la première partie de la dernière phrase, qui se lit: “Tous les pays ont besoin de bonnes lois et de bonnes pratiques en matière de marchés publics”;
- e) Renvoyer à l’article 3 qui avait des incidences sur le concept d’application universelle.

Section I.A.4. Relation avec d’autres textes internationaux sur les marchés publics

119. Les propositions suivantes ont été faites:

- a) Comme le principal objectif était d’indiquer que la Loi type révisée était soumise aux accords internationaux conformément à l’article 3, souligner

uniquement les questions pouvant intéresser les États adoptants, et éliminer les détails factuels inutiles sur d'autres instruments internationaux, de manière à prévenir les déclarations inexactes;

b) Traiter les points soulevés en relation avec l'article 3 aux paragraphes 11 et 13 en tant que question distincte méritant d'être examinée à part;

c) Revoir le libellé de la dernière phrase du paragraphe 12 pour ce qui est de la relation entre la Loi type révisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption³;

d) Revoir les références à l'AMP au paragraphe 13 en temps voulu, pour en assurer l'exactitude (voir également par. 42 ci-dessus), et indiquer que les travaux préparatoires sur l'AMP révisé avaient également été pris en compte dans l'élaboration de la Loi type révisée; au même paragraphe, renvoyer aux accords bilatéraux de libre-échange;

e) Souligner, au paragraphe 14, les différences entre la Loi type révisée et les politiques des banques multilatérales de développement, sans entrer dans les détails;

f) Au paragraphe 14, faire référence à des "projets" plutôt qu'à des "projets de passation"; relier les deux premières phrases au reste du paragraphe; faire uniquement référence à l'harmonisation des politiques internes des banques multilatérales de développement; reformuler la dernière phrase pour ne pas donner l'impression qu'une loi interne fondée sur la Loi type révisée serait automatiquement acceptable pour les banques multilatérales de développement; et déplacer le paragraphe, car il ne fait pas référence aux instruments internationaux portant sur la passation de marchés publics.

120. L'avis a été exprimé qu'il faudrait refléter dans le commentaire de l'article 26 la position des banques multilatérales de développement sur l'utilisation de certaines méthodes de passation prévues par la Loi type pour des projets qu'elles finançaient. On a rappelé que le Groupe de travail avait précédemment décidé d'indiquer le contexte historique du recours par ces banques à certaines méthodes de passation. On a estimé qu'il ne suffisait à cet égard pas de mentionner de manière générale que les pays souhaitant obtenir un financement auprès de ces banques devaient se renseigner sur les politiques qu'elles appliquent. En réponse, on a fait remarquer que les opinions des banques multilatérales de développement pourraient évoluer avec le temps et ne devraient pas être prises en compte dans le Guide. (Pour un examen plus approfondi de ce point, voir les paragraphes 133 à 136 ci-dessous.)

Section I.B. Objet du Guide

121. Il a été convenu d'ajouter au texte une référence à une nouvelle section du Guide qui décrirait les modifications apportées à la Loi type de 1994.

Section II.A. Objectifs

122. Selon un avis, le paragraphe 19 devrait aussi présenter le contexte et l'origine des objectifs énumérés et traiter de leur importance relative. Selon un autre avis, de

³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

telles informations générales pourraient entraîner trop de débats théoriques et prêter à controverse.

123. Il a été suggéré de souligner dans cette section que les objectifs faisaient référence à la passation de marchés publics, afin de ne pas créer d'attentes en ce qui concerne la passation de marchés du secteur privé, et d'y inclure un commentaire sur la satisfaction des nécessités publiques. Il a également été suggéré de souligner dans cette section, peut-être au paragraphe 20, que les objectifs pourraient se renforcer l'un l'autre mais aussi diverger et que dans certaines méthodes de passation un ou plusieurs objectifs pourraient prévaloir. L'avis a été exprimé que l'examen de cette section était trop axée sur l'économie.

124. En ce qui concerne le paragraphe 20, il a été suggéré de remplacer à la première phrase les mots "ne confère peut-être pas" par les mots "ne confère pas en lui-même" ou à défaut de la supprimer tout simplement car elle n'était peut-être pas exacte. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le libellé du Guide de 1994 ("ne [...] pas en soi"), sous réserve de modification par la Commission. Il a également été suggéré de remplacer l'expression "à l'assurance" par les mots "davantage l'assurance" et de remplacer l'expression "d'être traitées équitablement et de ne pas subir d'abus" par l'expression "qu'elles seront traitées équitablement et qu'il sera fait face aux abus".

Rapport qualité-prix

125. Les propositions suivantes ont été faites:

a) Au paragraphe 21, remplacer le mot "englobe" par "est un concept qui englobe", ajouter à la fin de la première phrase les mots ", et vise à établir un rapport optimal entre les deux aux yeux de l'entité adjudicatrice" et inverser l'ordre des mots économie et efficacité;

b) Donner au paragraphe 21 des exemples plus simples et inclure ailleurs une référence plus claire à l'évaluation des coûts complets sur le cycle de vie;

c) Supprimer le paragraphe 22 et en incorporer la teneur générale au paragraphe 21.

Participation et concurrence

126. Divers avis ont été exprimés quant à savoir si la participation et la concurrence devraient être traitées ensemble ou séparément mais il a été convenu que l'objectif de la concurrence devrait être précisé. Il a été dit que cette notion recouvrait trois aspects: le nombre de concurrents; leur compétence et leur qualité; et leur volonté de participer et de concourir. L'avis a été exprimé qu'il faudrait expliquer dans le Guide en quoi l'objectif de la participation et celui de la concurrence se recoupaient.

127. Il a été convenu:

a) D'ajouter les mots "en général" à la première phrase du paragraphe 23 après le mot "efficace" et de renvoyer non pas à "ses objectifs" mais à "ces objectifs" de la Loi type révisée;

b) De mentionner au paragraphe 24 les "circonstances limitées et exceptionnelles" dans lesquelles une participation internationale pourrait être

limitée et de remplacer les mots “à la fois nationale et internationale” par “de fournisseurs et d’entrepreneurs nationaux et internationaux”;

c) De supprimer au paragraphe 27 la référence aux “microentreprises” (à ce sujet, voir également par. 54 ci-dessus);

d) D’envisager de remplacer au paragraphe 28 l’expression “un marché de fournisseurs plus concentré” par une référence à un marché où le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant fournir l’objet du marché en question est limité; et de parler de consolidation plutôt que de concentration de ces marchés à la fin du paragraphe;

e) De supprimer la deuxième phrase du paragraphe 28 car elle fait plus que décrire les objectifs de la Loi type révisée. Une réserve a été exprimée concernant cette proposition au motif que la phrase contenait des notions importantes. Il a été suggéré de déplacer le contenu de ce paragraphe, par exemple dans une section du Guide traitant de l’interaction entre les règlements en matière de passation des marchés et d’autres politiques publiques sur la participation et la concurrence;

f) D’employer de manière cohérente dans le Guide l’expression “fournisseurs ou entrepreneurs” ou de définir le terme “fournisseurs” comme englobant les entrepreneurs.

Traitement juste et équitable

128. Le Secrétariat a été prié:

a) D’écourter le paragraphe 29, en particulier de réexaminer la nécessité de la partie suivant la deuxième phrase;

b) D’insister, dans la partie du paragraphe 29 qui subsisterait, sur les circonstances exceptionnelles envisagées;

c) De réviser le paragraphe 30 comme suit: i) expliquer et illustrer dûment la notion de traitement juste et équitable, en mettant en avant les différences entre les deux termes, ii) supprimer les références aux accords de libre échange et iii) supprimer la référence à la réciprocité à la fin du paragraphe.

Conclusions

129. Pour conclure les débats sur la première partie du projet de Guide, le Groupe de travail a demandé que le texte soit le plus objectif et le plus concis possible. À cet égard, l’avis a été exprimé qu’il faudrait réexaminer la question de savoir s’il fallait fournir des indications détaillées sur les objectifs de la Loi type révisée.

Propositions pour les sections du Guide portant sur le choix des méthodes de passation

130. Il a été suggéré d’inclure dans la première partie, sous-section II. Principales caractéristiques de la Loi type, le libellé suivant:

“1. La Loi type révisée comporte une plus grande diversité de méthodes de passation que la Loi type de 1994. Ces méthodes, qu’elles soient révisées ou nouvelles, reflètent l’évolution qui a eu lieu dans ce domaine et celle de la pratique des gouvernements en la matière depuis l’adoption de la Loi type de

1994. Le nombre de méthodes prévues reflète l'opinion de la Commission selon laquelle le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de fournir aux États une série d'options parmi lesquelles ils peuvent choisir en fonction des différentes situations, sous réserve que les conditions d'utilisation de la méthode retenue soient remplies. La possibilité de choisir entre plusieurs méthodes de passation permet aux États d'adapter les procédures à l'objet du marché et aux besoins de l'entité adjudicatrice. L'entité adjudicatrice peut alors aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés et promouvoir la concurrence.

2. Il est toutefois rappelé aux États adoptants que ces méthodes sont souvent complexes et qu'il faut tenir compte de la capacité des entités adjudicatrices d'administrer efficacement certaines méthodes de passation."

131. Le libellé proposé pour le paragraphe 2 a suscité une certaine opposition parce qu'il sous-entendait, sans en donner l'explication, que certaines méthodes de passation de marchés étaient plus faciles à utiliser que d'autres, et pouvait laisser entendre que certaines méthodes étaient moins acceptables que d'autres. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'elle exposait en termes concrets les questions couvertes par les dispositions pertinentes de la Loi type.

132. En outre, le Secrétariat a été saisi du texte suivant, qu'il était proposé d'ajouter au commentaire des articles 26 et 27:

"L'article 26 de la Loi type révisée sur les méthodes de passation des marchés contient une note de bas de page (apparaissant dans le texte de 1994) indiquant aux États adoptants qu'ils "pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article". Cette nouvelle note ajoute par ailleurs qu'"il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert".

À titre de garantie supplémentaire, la Loi type de 1994 prévoyait dans ses dispositions sur les conditions d'utilisation, pour chaque méthode de passation autre que l'appel d'offres, le libellé suivant, que les États pouvaient envisager d'adopter: 'Sous réserve d'approbation par... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)'. Dans la Loi type révisée, la Commission a décidé de retirer ce libellé facultatif des dispositions individuelles relatives aux conditions d'utilisation des différentes méthodes et de traiter la question de manière plus générale dans la note accompagnant l'article 26. Cette dernière comprend désormais la phrase suivante: 'Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée'."

133. Le Groupe de travail était également saisi de la proposition suivante:

"Dans le passé, les règlements de certaines banques multilatérales de développement ne prévoyaient pas de méthodes de passation de marchés telles que la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives envisagées dans la Loi type, et ne prévoyaient de méthodes de passation ayant certaines caractéristiques de la demande de propositions sans négociation ou avec négociations consécutives, envisagées dans la Loi type, que pour la passation des marchés de services de consultant. En dépit de cela, la CNUDCI a décidé de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur

l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer la plus grande concurrence possible (art. 27-2) (pour le commentaire correspondant, voir par. ...). La CNUDCI souhaite noter que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps.”

134. Le texte du paragraphe 133 ci-dessus a été appuyé quant au fond, sous réserve de préciser la portée du terme “services de consultant”. Selon un autre avis, il devrait être écourté et indiquer seulement d'une manière générale que les emprunteurs s'adressant aux banques multilatérales de développement devraient vérifier les politiques applicables à la passation de marchés publics.

135. Il a été entendu que le libellé proposé au paragraphe 133 ci-dessus devrait être inclus au commentaire de l'article 26 et qu'une déclaration liminaire, figurant à la première partie, présenterait l'approche générale de la Loi type révisée et celle des banques multilatérales de développement, et renverrait au commentaire de l'article 26.

136. Il a été proposé d'insérer cette déclaration liminaire dans la section II.B. Champ d'application de la Loi type, sous l'intitulé “Méthodes de passation des marchés”, et d'y rappeler les dispositions reproduites au paragraphe 130 ci-dessus ainsi que les notions suivantes: a) les États adoptants devraient tenir compte de la capacité des entités adjudicatrices d'administrer efficacement les méthodes de passation; et b) les États adoptants qui envisageaient de recevoir un financement des banques multilatérales de développement voudront peut-être consulter les banques concernées, comme noté plus haut. La proposition a été appuyée quant au fond, mais il a été dit que les points a) et b) soulevaient des questions non liées et devraient être examinées séparément.

V. Travaux futurs

137. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait envisager des moyens de modifier plus rapidement la Loi type révisée à l'avenir pour qu'elle reflète comme il se doit l'évolution des pratiques et des réglementations.

138. Le Groupe de travail a examiné les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés publics et questions connexes, notamment la mise à jour des instruments de la CNUDCI portant sur les projets d'infrastructure à financement privé, en tenant compte de la Loi type révisée et de l'évolution du recours aux partenariats public-privé. Parmi les sujets possibles figuraient les méthodes de sélection et le règlement d'un litige après un marché. On a estimé qu'il pourrait être utile d'examiner l'évolution de la réglementation des partenariats public-privé et d'étudier la faisabilité et de l'opportunité de travaux de la Commission dans ce domaine. D'autres domaines de travail ont été mentionnés tels que la planification et l'administration des marchés.

139. Il a également été dit que des sujets non liés à la passation des marchés, tels que ceux liés aux droits de propriété, mériteraient d'être envisagés pour les travaux futurs de la Commission.