



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
25 juin 2004

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Sixième session  
Vienne, 30 août-3 septembre 2004

## **Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l’expérience récente en matière d’application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services**

### **Note du secrétariat**

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1-3	2
II. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés .....	4-73	2
A. Utilisation de listes de fournisseurs .....	5-22	3
B. Accords-cadres .....	23-40	7
C. Passation de marchés de services .....	41-51	11
D. Évaluation et comparaison des offres, et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales .....	52-54	13
E. Voies de droit et exécution .....	55-59	14
F. Autres questions .....	60-73	16



## **I. Introduction**

1. En prévision des travaux futurs de la Commission sur la passation des marchés publics, le secrétariat a établi deux documents qui abordent des questions concernant la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la “Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés” ou la “Loi type”). La présente note, qui est le second de ces deux documents, examine les activités et l’expérience récentes d’organisations internationales et d’institutions de prêt, dont certaines revoient actuellement leurs règles dans le domaine de la passation des marchés publics. Le premier des deux documents, intitulé “Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l’utilisation accrue des communications électroniques dans la passation des marchés publics” (A/CN.9/WG.I/WP.31), explique pourquoi il a été proposé d’inscrire le droit de la passation des marchés au programme de travail de la Commission. Le secrétariat s’y est concentré sur les questions de principe et non sur la façon dont des dispositions sur le sujet pourraient être rédigées à ce stade. De même, la présente note ne cherche pas à présenter des propositions d’ordre rédactionnel.

2. Les activités et l’expérience des organisations et institutions précitées en matière d’application de la Loi type montrent la nécessité d’une coordination entre les organismes internationaux œuvrant dans le domaine de la passation des marchés. À cet égard, la Commission a indiqué que la Loi type gagnerait probablement à être revue (A/58/17, par. 229). Un rapprochement avec d’autres régimes internationaux et régionaux utilisés en matière de passation des marchés publics devrait, tout en respectant les principes fondamentaux sur lesquels repose la Loi type, tendre à accroître l’utilisation de cette dernière et concourir ainsi à l’objectif d’harmonisation.

3. Le secrétariat a mené ses travaux en coopération étroite avec des organisations ayant de l’expérience et de l’expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale, et a bénéficié de l’avis de spécialistes qu’il a consultés. Il a examiné la pratique suivie par des organismes internationaux, tels que l’Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), l’Union européenne (UE) et l’Organisation des États américains (OEA), ou dans le cadre d’accords internationaux comme l’Avant-projet d’accord de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), l’Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l’Accord sur les marchés publics (AMP) de l’Organisation mondiale du commerce (OMC). Il a également étudié les principales dispositions internes du Brésil, des États-Unis, de la France, du Royaume-Uni, de Singapour et (dans une moindre mesure) du Canada et de Hong Kong, choisis de manière à représenter différentes traditions réglementaires mais aussi en raison de leur vaste expérience de la pratique et de la réglementation de la passation électronique des marchés.

## **II. Domaines pouvant être examinés dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés**

4. Le Groupe de travail se reportera à la note A/CN.9/553 du secrétariat ainsi qu’aux deux notes A/CN.9/539 et A/CN.9/539/Add.1 présentées à la Commission à

sa trente-sixième session, qui contiennent de plus amples informations sur les domaines pouvant être étudiés. Seront examinés ici les points suivants, qui ont été brièvement évoqués dans les notes en question:

- a) Utilisation de listes de fournisseurs;
- b) Accords-cadres;
- c) Passation de marchés de services;
- d) Évaluation et comparaison des offres;
- e) Voies de droit et exécution; et
- f) Autres questions (authentification des pièces produites, autres méthodes de passation des marchés, participation des usagers à la passation des marchés et simplification et uniformisation de la Loi type).

## **A. Utilisation de listes de fournisseurs**

### **Généralités**

5. Les listes de fournisseurs (également appelées listes de qualification, systèmes de qualification ou listes approuvées) recensent des fournisseurs sélectionnés pour des marchés futurs et peuvent être obligatoires ou facultatives. Lorsqu'elles sont obligatoires, le fournisseur doit s'y inscrire pour pouvoir prendre part à la procédure de passation. Lorsqu'elles sont facultatives, le fait de ne pas s'y inscrire ne le prive pas du droit de participer à une procédure particulière. Pour être admis sur une liste, il peut avoir à se soumettre à une évaluation complète ou partielle de son aptitude à exécuter certains marchés. Il peut aussi n'être soumis à aucune évaluation. En principe, cependant, certaines de ses qualifications feront l'objet d'une évaluation initiale, les autres étant évaluées lorsqu'il sera pris en considération pour des marchés particuliers.

### **Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés**

6. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés n'aborde pas la question des listes de fournisseurs. Elle n'empêche toutefois pas les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives pour choisir des fournisseurs dans des procédures de passation qui n'exigent pas de publicité, comme les appels d'offres restreints, les marchés négociés avec mise en concurrence, les sollicitations de propositions ou de prix et la sollicitation d'une source unique. Le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type interdit aux entités adjudicatrices d'imposer des "critères, conditions ou procédures" autres que ceux prévus audit article. Ce même article ne fait pas mention de l'inscription sur une liste. En tout état de cause, l'utilisation de listes facultatives peut, dans la pratique, entraîner l'exclusion de fournisseurs non inscrits, par exemple en cas de recours à la procédure relativement informelle de sollicitation de prix, et produire le même effet que les listes obligatoires.

7. La Loi type n'autorise pas la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché. En ce qui concerne les appels d'offres (ouverts) et les appels d'offres en deux étapes, par exemple, l'article 24 fait obligation aux entités adjudicatrices de publier une invitation à "soumettre une

offre” ou à “présenter une demande de présélection”, montrant qu’une publicité est nécessaire pour chaque marché (bien que celui-ci puisse être divisé en lots).

8. Au moment de l’adoption de la Loi type, on a estimé que l’emploi de listes de fournisseurs était peu souhaitable et de moins en moins fréquent. Avec le développement des communications électroniques, cependant, l’utilisation (et l’intérêt) de ces listes a augmenté et leur coût a diminué. Il a également été fait observer qu’avec l’usage croissant des catalogues électroniques – catalogues de produits proposés par un ou plusieurs fournisseurs, qui sont obtenus suivant une procédure d’appel d’offres traditionnelle consistant à sélectionner les fournisseurs chargés d’établir un catalogue électronique dans lequel l’entité adjudicatrice pourra choisir des biens et des services et les commander –, de plus en plus de marchés seront probablement passés d’une façon qui revient à utiliser de facto des listes de fournisseurs.

#### **Avantages potentiels et difficultés possibles**

9. Dans les pays qui utilisent des listes de fournisseurs, on a constaté que celles-ci aident à rationaliser la procédure de passation des marchés, car elles permettent de réaliser des économies, d’élargir la concurrence et de gérer plus efficacement les informations, ce dont profitent tant les acheteurs (en ce qui concerne par exemple l’administration des marchés déjà attribués) que les fournisseurs. L’application de critères cohérents pour la sélection des fournisseurs peut être un autre avantage. Les coûts d’inscription sur les listes (notamment les coûts d’évaluation des qualifications, dont certains peuvent être inutiles si des fournisseurs qui ne remplissent pas les conditions requises cherchent à s’inscrire) doivent toutefois être pris en compte. L’analyse coûts-avantages variera probablement d’un État adoptant à l’autre.

10. Les listes peuvent aussi permettre de gagner du temps en supprimant ou en réduisant la période de publicité, d’attente des manifestations d’intérêt et d’évaluation des qualifications, ce qui est particulièrement important dans les procédures de passation qui ne sont soumises ni à publicité ni à concurrence, comme les procédures d’urgence, souvent engagées d’une manière ad hoc qui favorise les fournisseurs connus de l’entité adjudicatrice. Les avantages spécifiques des listes facultatives sont les suivants: réduction des coûts, du fait qu’il devient inutile de fournir et d’évaluer des informations sur les qualifications distinctes pour chaque marché, accès aux informations si des procédures d’urgence doivent être ouvertes, coût réduit de la recherche d’informations sur les marchés (elles peuvent être données automatiquement aux fournisseurs inscrits) et possibilité d’élargissement de la concurrence si les dépenses réduites des fournisseurs incitent un plus grand nombre d’entre eux à manifester leur intérêt.

11. Les listes obligatoires sont susceptibles d’accroître les avantages ci-dessus. Elles peuvent, par exemple, faire gagner davantage de temps à l’entité adjudicatrice en lui évitant d’avoir à examiner l’offre de tout nouveau fournisseur dans les délais fixés pour une procédure particulière. Elles peuvent aussi faciliter l’établissement de relations étroites – du fait par exemple qu’elles offrent un moyen de collaborer avec les quelques meilleurs fournisseurs pour améliorer la qualité – et permettre aux entités d’évaluer les qualifications plus complètement que cela n’est possible dans le délai fixé pour la passation d’un marché particulier. Elles présentent toutefois aussi d’importants risques, car elles peuvent restreindre la concurrence en excluant

certains fournisseurs de marchés futurs. Les fournisseurs nouveaux ou étrangers qui ne vendent que rarement à telle ou telle administration, par exemple, ne seront peut-être pas inscrits. Les listes obligatoires risquent de compromettre la confiance dans la procédure de passation des marchés publics, du fait qu'elles peuvent réduire la transparence et que les relations étroites entre fournisseurs et entités adjudicatrices peuvent être vues d'un mauvais œil. Leur utilisation peut également entraîner des frais administratifs importants.

12. La publication d'un avis de constitution d'une liste, en lieu et place d'un avis de possibilité de marchés, peut également être un moyen pour une entité de faire connaître ses exigences de sorte que les fournisseurs puissent y répondre, ce qui réduit les frais et les délais de publicité. Toutefois, les entités devraient être dispensées de s'acquitter des obligations normales de publicité pour la passation de chaque marché futur.

### **Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et internes**

13. Les listes de fournisseurs sont utilisées dans de nombreux États et dans certains régimes internationaux de passation des marchés et elles sont parfois obligatoires dans le cas de marchés importants. Les régimes internationaux réglementent cependant leur utilisation: d'une part, en limitant dans certains cas les entités autorisées à y recourir et, d'autre part, en édictant des conditions pour que leur utilisation soit raisonnable et transparente. C'est ce que fait par exemple l'AMP, qui autorise le recours à des listes obligatoires ou facultatives sous certaines conditions, sauf dans le cas de petits marchés, de procédures d'appel d'offres limitées, ou de procédures urgentes de passation de marchés sans mise en concurrence. L'ALENA autorise l'utilisation de listes, y compris de listes obligatoires, suivant des règles et des conditions très analogues à celles de l'AMP. (voir, en particulier, l'article 1011-2 de l'ALENA, qui autorise l'utilisation de listes pour sélectionner des fournisseurs dans des procédures d'appel d'offres sélectives, et l'article 1009-2, qui énonce des conditions d'utilisation de ces listes). Les directives de l'Union européenne relatives à la passation des marchés interdisent normalement les listes obligatoires pour les procédures avec mise en concurrence (sauf dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, où les entités adjudicatrices publiques, notamment, peuvent y recourir dans des conditions analogues à celles prévues dans l'AMP). Les directives ne contiennent pas de règles pour l'utilisation de listes facultatives. (Pour une analyse détaillée, voir "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives" (1999) 8 Public Procurement Law Review 115 à 146 et 168 à 186.)

14. Les conditions édictées par les régimes susmentionnés sont généralement les suivantes: les fournisseurs doivent pouvoir s'inscrire à tout moment, le délai d'inscription doit être raisonnable, et l'inscription par courrier et, lorsque cela est possible, par Internet doit être autorisée.

15. La Banque mondiale et d'autres institutions multilatérales de prêt n'autorisent pas l'utilisation de listes obligatoires dans les procédures d'appel à la concurrence internationales; mais acceptent que des fournisseurs nationaux puissent le faire dans certains cas (sous réserve de conditions analogues à celles prévues dans l'AMP). L'Association de coopération économique Asie-Pacifique, dans ses principes non

contraignants sur les marchés publics, autorise ses membres à tenir des listes obligatoires sous réserve qu'ils appliquent ses principes généraux de concurrence effective (pour en savoir plus, voir les principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics de l'APEC, à l'adresse [http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec\\_groups/committees/committee\\_on\\_trade/government\\_procurement.](http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.))

16. L'Union européenne, l'AMP et l'ALENA autorisent dans une certaine mesure la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'un avis de marché, mais pas les banques de développement.

### **Options possibles**

17. Le fait que la Loi type ne traite pas expressément des listes de fournisseurs signifie, qu'au moment de son élaboration, la Commission ne souhaitait pas promouvoir leur développement, observant qu'elles pouvaient fonctionner dans la pratique comme des listes obligatoires même lorsqu'elles étaient déclarées facultatives. Cette attitude correspondait à la politique de nombreuses institutions internationales de prêt, qui ne voyaient pas dans l'utilisation de listes obligatoires une bonne pratique pour les appels d'offres ouverts. En même temps, cependant, la Commission ne souhaitait pas aller jusqu'à formuler une recommandation contre leur utilisation. Or, l'expérience a montré que de nombreux États continuent à utiliser les listes obligatoires pour diverses raisons. Le Groupe de travail voudra donc peut être examiner s'il serait souhaitable de faire figurer des dispositions particulières concernant ces listes dans la Loi type ou de donner des indications sur leur fonctionnement dans le Guide pour l'incorporation, afin de contribuer à une plus grande transparence dans leur utilisation.

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner si les listes de fournisseurs pourraient constituer un moyen de sélection plus transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes pour lesquelles les modalités de sélection ne font l'objet d'aucune disposition dans la Loi type. L'objectif serait d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes, par exemple par l'imposition d'une obligation de publier un avis faisant état de l'existence d'une liste conformément aux règles de publication régissant les possibilités de marchés futurs.

19. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi admettre la possibilité pour les entités adjudicatrices de tenir des registres officiels de fournisseurs susceptibles de faire l'affaire. Si la notion de liste n'est pas définie de façon suffisamment large, ces entités pourront alors se soustraire aux conditions prévues en tenant des listes officielles, ces conditions risquant de ce fait de ne pas s'appliquer universellement, ce qui peut porter atteinte à la confiance des usagers dans le processus de passation des marchés.

20. Si le Groupe de travail estime que l'utilisation de listes obligatoires devrait également être autorisée (dans le but d'améliorer l'efficacité), il pourra décider d'ajouter de nouveaux articles comportant des dispositions visant à garantir la concurrence et la transparence. Il souhaitera peut-être prévoir, par exemple, que des listes obligatoires peuvent être utilisées pour la passation de marchés non soumise à une procédure d'appel d'offres, que les fournisseurs non encore inscrits doivent être pris en considération s'il y a suffisamment de temps pour accomplir les formalités

d'inscription et qu'un avis signalant l'existence des listes doit être publié avec une fréquence raisonnable là où le pays publie normalement ses avis de marchés. Il peut également envisager d'insérer une disposition expresse prévoyant que la possibilité est donnée à tous les fournisseurs de prendre connaissance des listes pour pouvoir s'y inscrire, de demander leur qualification à tout moment, d'être inscrits dans un délai raisonnable (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence) et d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Enfin, le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable de prévoir que l'inscription ne doit pas être utilisée dans le but d'exclure d'une liste des fournisseurs d'autres parties.

21. Les listes de fournisseurs étant utilisées à des degrés très divers, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou s'il faudrait laisser à chaque État le soin de les inclure dans leurs règlements d'application (auquel cas des dispositions types appropriées, accompagnées de commentaires, pourraient éventuellement être proposées dans le Guide pour l'incorporation). Il pourrait également examiner si la Loi type devrait autoriser la publication d'avis sur l'existence d'une liste en lieu et place des avis sur les marchés futurs et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi donner dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur les considérations de principe liées à l'utilisation de tous les types de listes et sur leur fonctionnement dans la pratique afin d'insister sur la nécessité de faire en sorte qu'elles ne soient pas utilisées pour faire obstacle à une concurrence pleine et ouverte, qui est la norme en matière de passation des marchés.

## **B. Accords-cadres**

### **Généralités**

23. Les accords-cadres (également appelés arrangements en matière d'approvisionnement et contrats à prestations indéterminées/quantités indéterminées) peuvent être définis comme des accords portant sur la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une certaine période, et comportant un appel d'offres initial fixant certaines conditions, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres, et la passation ultérieure de commandes périodiques auprès du (des) fournisseur(s) choisi(s) lorsque surviennent des besoins particuliers. Ils sont donc principalement utilisés lorsque des entités adjudicatrices ont besoin de produits ou de services particuliers au cours d'une certaine période, mais ne connaissent pas la quantité exacte de leurs besoins, leur nature, ou le moment où ils surviendront.

24. Les accords-cadres sont largement utilisés, et ils sont parfois régis par le droit interne. Ils sont également soumis aux règles de certains organismes régionaux ou institutions internationales de prêt.

25. Des accords-cadres peuvent être conclus avec un seul ou plusieurs fournisseurs. Ceux qui sont conclus avec un fournisseur unique peuvent contraindre l'entité adjudicatrice à acheter, contraindre le fournisseur à fournir, contraindre les deux parties, ou n'en lier aucune, mais fixer les conditions des marchés à attribuer

dans l'avenir, un engagement juridique n'intervenant que lorsqu'une commande a été signée. Un accord-cadre non contraignant est commun si des arrangements sont conclus au profit de plusieurs entités adjudicatrices – par exemple par une centrale d'achat – et que chacune d'entre elles peut se réserver le droit de conclure ses propres arrangements.

26. Dans les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs, il y a d'abord sélection de plusieurs fournisseurs potentiels capables de fournir les produits ou services aux conditions fixées par l'entité adjudicatrice (première étape). Lorsque le besoin du produit ou du service survient, l'entité adjudicatrice choisit un de ces fournisseurs pour l'exécution de la commande correspondante (deuxième étape). Les méthodes de sélection appliquées lors de cette deuxième étape varient considérablement selon les entités, notamment en ce qui concerne le degré de mise en concurrence. Par exemple, il peut y avoir une nouvelle série d'offres, ou le fournisseur retenu est celui qui propose le meilleur rapport qualité/prix pour le besoin particulier, ou bien il y a roulement des fournisseurs. Lorsqu'il y a une deuxième série d'offres, celle-ci peut se limiter à la soumission d'un prix pour les spécifications préexistantes, les qualifications des fournisseurs ayant été évaluées préalablement, et l'on peut alors parler de "mini appel d'offres". Une autre possibilité est que les fournisseurs soient autorisés à revoir leurs prix à tout moment, l'entité adjudicatrice choisissant alors celui qui propose le meilleur rapport qualité/prix lorsque survient chaque besoin, processus souvent appelé "modification permanente des offres". Ces variations s'expliquent par le souci d'atteindre un équilibre entre les objectifs de mise en concurrence (pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix), d'ouverture et de transparence des méthodes retenues, d'une part, et le coût de mise en œuvre de ces méthodes, d'autre part.

#### **Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés**

27. La Loi type de la CNUDCI ne comporte pas de dispositions spécifiques sur les accords-cadres. Néanmoins, les accords conclus avec un fournisseur unique et certains des accords conclus avec plusieurs fournisseurs (ceux par lesquels les fournisseurs qui proposent le meilleur rapport qualité/prix pour chaque besoin sont sélectionnés dans la seconde phase) pourraient sans doute être mis en œuvre en vertu des procédures existantes, par exemple s'ils étaient traités comme des passations de marchés par appels d'offres divisés en lots. Toutefois, aux termes de la Loi type, le dossier de sollicitation doit indiquer la quantité de biens requis, encore que les règlements d'accompagnement puissent autoriser une estimation seule, et dans le cas d'un accord-cadre, la quantité est normalement inconnue.

28. La procédure d'appel d'offres de la Loi type ne traite pas non plus des arrangements comportant la conclusion d'un marché contraignant seulement lorsque les commandes sont passées. En particulier, le paragraphe 4 de l'article 36 dispose qu'un marché entre en vigueur lorsqu'une offre est acceptée et ne prévoit pas de marchés qui entreront en vigueur seulement lorsque l'entité adjudicatrice décidera plus tard d'effectuer des achats particuliers.

29. Il semblerait aussi que l'obligation de publier un avis d'"attribution de marché" en vertu de l'article 14, qui s'applique à toutes les procédures, ne convient pas pour la publicité des accords-cadres. D'un autre côté, il n'y a aucune obligation de publier les résultats d'une mise en concurrence pour choisir des fournisseurs (du fait qu'il n'y a pas attribution de marchés) ni, sans doute, de publier les détails des

marchés attribués aux divers fournisseurs. En fait, de nombreuses commandes peuvent échapper complètement à la publicité car elles n'atteindraient pas les seuils applicables.

#### **Avantages potentiels et difficultés possibles**

30. Les accords-cadres présentent notamment comme avantages potentiels, par rapport à l'engagement d'une nouvelle procédure de passation de marché pour chaque besoin, une économie des coûts de procédure et le moment de la passation du marché. En particulier, ils évitent d'avoir à publier les marchés individuels et à évaluer les qualifications des fournisseurs pour chaque commande passée, cette phase de la procédure n'intervenant qu'une seule fois, lors de la conclusion de l'accord-cadre.

31. Les accords conclus avec plusieurs fournisseurs au lieu d'un seul ont comme avantages potentiels la souplesse dans la sélection d'un fournisseur pour une commande particulière, l'économie d'une nouvelle procédure pour chaque besoin, la sécurité d'approvisionnement, les avantages des achats centralisés et un meilleur accès des petits fournisseurs aux marchés publics. Ils peuvent aussi améliorer le rapport qualité/prix et faciliter la réalisation des autres objectifs en instituant une procédure plus transparente que cela ne serait autrement le cas pour les petits achats. En particulier, l'agrégation des montants en vertu d'un accord-cadre peut justifier les dépenses de publicité, et les signataires d'un accord-cadre englobant plusieurs fournisseurs ont intérêt à suivre le déroulement des achats (contrairement au fournisseur signataire d'un accord-cadre n'engageant que lui).

#### **Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes des régimes internationaux et nationaux**

32. L'un des principaux objectifs de la réglementation des accords-cadres est de limiter leur durée, de manière que le prix obtenu reste actuel et compétitif.

33. Les méthodes de passation des marchés permettant de mettre en œuvre des accords-cadres peuvent dépendre des règles générales relatives aux seuils financiers (seuils en dessous desquels on peut recourir à d'autres procédures que l'appel d'offres, comme la procédure informelle de sollicitation de prix) et de la mesure dans laquelle ces règles sont adaptées, le cas échéant, aux accords-cadres. Ces seuils peuvent dépendre simplement de la valeur de chaque marché ou comporter un certain degré d'agrégation (par exemple, les entités adjudicatrices peuvent être tenues de regrouper leurs achats sur une période donnée, qu'ils soient ou non effectués en vertu d'un accord-cadre).

34. Les règles actuelles de l'UE, de l'AMP et de l'ALENA ne comportent pas de dispositions expresses pour les accords-cadres, mais on estime qu'elles pourraient s'appliquer telles quelles à la plupart d'entre eux, à l'exception de ceux, par exemple, dans lesquels il y a modification des prix des offres après la première étape ou un simple roulement des fournisseurs. Les directives de l'UE adoptées récemment traitent spécifiquement des accords-cadres et appliquent des contrôles, limitant notamment leur durée à quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels et dûment justifiés. L'UE applique également des règles strictes exigeant le regroupement d'achats similaires effectués au cours d'une certaine période, de manière que de nombreux achats d'articles normalisés soient soumis aux procédures formelles d'appel d'offres des directives, et il n'est pas possible de faire des achats réitérés en vertu de procédures informelles du type sollicitation de prix.

35. De nombreux systèmes nationaux utilisent souvent aussi, dans la pratique, la forme non contraignante de l'accord-cadre conclu avec un fournisseur unique pour garantir que l'entité adjudicatrice peut changer de fournisseurs si le prix du marché évolue. Par exemple, au Canada, à Hong Kong, à Singapour et au Royaume-Uni, les accords-cadres ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, et il est courant de ne sélectionner qu'un nombre limité de fournisseurs lors de la première phase, sur la base des offres initiales. Aux États-Unis, plusieurs types d'accords-cadres sont utilisés; leurs principales caractéristiques sont que les négociations peuvent faire partie d'un mini appel d'offres lors de la deuxième phase, que le processus de commande est largement à l'abri d'un recours en contestation des offres, et que les attributions n'ont pas besoin d'être publiées. En France, les accords-cadres sont expressément réglementés: pour l'essentiel, ils sont autorisés lorsque le calendrier ou la portée des travaux ne peuvent être entièrement réglementés dans le contrat. Au Brésil, il y a une préférence marquée pour les accords conclus avec un fournisseur unique, le recours aux accords-cadres avec des fournisseurs multiples est limité, leur durée est limitée à un an pour les biens et à un an, avec possibilité de prolongation d'un an au maximum, pour les services.

36. Il y a aussi dans divers systèmes des dispositions concernant la limitation du nombre de fournisseurs s'il doit y avoir un mini appel d'offres dans la deuxième phase, les diverses possibilités étant les suivantes: ne pas limiter le nombre de fournisseurs, ni dans la première, ni dans la deuxième phase, limiter le nombre admis à faire partie de l'accord-cadre, mais les accepter tous dans la deuxième phase, en admettre beaucoup dans l'accord-cadre mais n'en retenir que quelques-uns dans la deuxième phase, et limiter leur nombre dans les deux phases.

### **Options possibles**

37. Étant donné l'utilisation accrue des accords-cadres, et notant que les organismes internationaux en traitent ou vont en traiter expressément, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable de prévoir des dispositions spécifiques les concernant dans la Loi type.

38. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il est souhaitable d'aborder les questions ci-après: moment à partir duquel un marché contraignant peut entrer en vigueur dans un arrangement-cadre; seuils et regroupement des achats (sachant que dans la Loi type, actuellement, c'est aux règlements d'application des différents États adoptants qu'il appartient de déterminer les seuils), durée des accords-cadres, estimation des quantités et dépassement des quantités estimées, et changements de prix. La question de la publicité, dans l'une ou l'autre phase ou bien dans les deux, pourrait également être traitée à l'article 14 de la Loi type. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure des dispositions types et donner des orientations dans le Guide pour l'incorporation, par exemple des dispositions types concernant l'application pour certaines ou la totalité de ces questions.

39. En ce qui concerne les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs en particulier, d'autres dispositions seraient nécessaires si le Groupe de travail souhaitait disposer que la deuxième étape de la passation des marchés doit comporter des mini appels d'offres, la modification permanente des offres ou des propositions, ou l'attribution des marchés par d'autres moyens que la mise en concurrence dans la deuxième phase (par exemple par roulement, ce qui peut être

indiqué si la sécurité de l'approvisionnement est une contrainte importante). Peut-être voudra-t-il aussi examiner comment limiter, le cas échéant, le nombre de fournisseurs dans l'une ou l'autre phase.

40. Le Groupe voudra peut-être examiner aussi s'il serait plus approprié d'aborder ces questions dans les règlements de l'État adoptant, et de donner alors des orientations sous forme de dispositions types dans le Guide pour l'incorporation. Par exemple, le Guide pourrait exposer brièvement dans quels cas des accords-cadres avec plusieurs fournisseurs sont utiles, notamment dans le contexte d'achats centralisés, indiquer les questions fondamentales qu'une entité adjudicatrice (pouvant agir en qualité de centrale d'achat pour des administrations ou pour son propre compte) doit se poser à la fois pour les accords-cadres avec un fournisseur unique et avec plusieurs fournisseurs, et il voudra peut-être les inclure dans ses règlements (par exemple la relation entre une centrale d'achat et les entités utilisatrices, la procédure de placement des commandes, les mesures nécessaires pour qu'un marché devienne contraignant et le moment auquel les décisions concernant la passation du marché devraient être publiées).

### C. Passation de marchés de services

#### **Généralités – les dispositions de la Loi type de la CNUDCI régissant la “principale méthode de passation des marchés de services”**

41. La Loi type de la CNUDCI part du principe que la passation de marchés de services s'effectuera selon d'autres méthodes que la passation de marchés de biens et de travaux. Elle prévoit le recours à l'appel d'offres lorsqu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et qu'une procédure d'appel d'offres est considérée “appropriée”, ainsi que l'utilisation des autres méthodes de passation des marchés de biens et de travaux si cela est jugé plus approprié, pour autant que les conditions à remplir pour l'utilisation de ces méthodes soient satisfaites (par. 3 de l'article 18 de la Loi type).

42. Si c'est la méthode de l'appel d'offres qui est utilisée, il y a le choix entre les procédures de sélection suivantes: l'entité adjudicatrice soumet tous les soumissionnaires qui obtiennent une note technique supérieure à un seuil fixé concernant la qualité ou des critères autres que le prix à une simple concurrence par les prix (art. 42); elle négocie avec les fournisseurs, après quoi ceux-ci soumettent leur meilleure offre définitive (art. 43); ou bien elle engage des négociations uniquement sur le prix avec le fournisseur qui a obtenu la meilleure note technique (art. 44). Dans ce dernier cas, elle peut négocier ensuite avec les autres fournisseurs, en suivant l'ordre des notes qu'ils ont obtenues, mais seulement après avoir mis fin aux négociations avec le fournisseur précédent mieux placé.

43. Cette approche a pu être influencée par le fait qu'une Loi type portant uniquement sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée en 1993. La Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, qui a été adoptée l'année suivante, contient des dispositions supplémentaires sur la passation de marchés de services autres que les travaux, présentée alors comme une méthode distincte de passation des marchés.

44. L'article 42 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit, pour les services, la sélection des fournisseurs en fonction d'un seuil concernant la

qualité et d'autres critères autres que le prix et constitue ainsi la base d'une méthode de sélection fondée sur la qualité, utile dans la fourniture de services intellectuels. Il a été noté que cette approche de l'évaluation, qui a l'avantage de la souplesse et applique des méthodes qualitatives et négociées, a donné dans la pratique des résultats satisfaisants pour certains types de marchés, comme les marchés de services intellectuels (c'est-à-dire des services qui ne débouchent pas sur des produits physiques mesurables, comme les services de consultation et autres services professionnels). Des questions ont toutefois été soulevées quant à l'adéquation de cette méthode pour des services où l'entité adjudicatrice peut donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation du marché. On a fait observer que le fait de considérer à part les services conduisait à mettre l'accent sur les caractéristiques spéciales de la passation de certains marchés de services, plutôt que sur les traits qui étaient communs à la passation de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services.

#### **Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et nationaux**

45. Les directives de l'UE prévoient des procédures plus souples pour la passation des marchés des services que pour celle des biens et des travaux en ce sens qu'elles autorisent l'utilisation d'une forme souple de procédures compétitives (appelées "procédures négociées") dans des cas exceptionnels, et les exceptions sont plus fréquentes pour les services que pour les biens et les travaux – par exemple lorsqu'il n'est pas possible de formuler des spécifications avec précision. Cette situation s'applique en particulier aux services intellectuels et aux services financiers, mais ne se limite pas à eux. Les dispositions de l'AMP et de l'ALENA donnent aux entités le libre choix des formes de procédures compétitives disponibles quelle que soit la nature de la passation du marché.

46. Les régimes nationaux abordent cette question de manières très diverses. Dans l'optique de la Loi type, une des caractéristiques les plus notables est que même les systèmes les plus souples n'autorisent pas à utiliser librement, pour tous les types de services, toutes les méthodes d'évaluation prévues par sa méthode principale de passation de marchés. Les entités sont tenues au contraire de recourir aux méthodes ordinaires de passation de marchés de biens lorsqu'elles achètent des services, sauf exceptions spécifiques.

#### **Options possibles**

47. En raison des risques d'opacité et d'abus découlant de la souplesse même de la principale méthode de passation des marchés de services, il a été proposé d'en restreindre l'utilisation. Aussi le Groupe de travail souhaitera-t-il peut-être examiner si l'appel d'offres devrait être la méthode normale de passation pour les services qui sont matériellement quantifiables (à savoir les services autres qu'intellectuels). Les autres méthodes de passation des marchés de biens et de travaux pourraient également être utilisées lorsque cela est justifié. Une conséquence possible de cette approche est qu'il faudra peut être rebaptiser la méthode principale de passation des marchés de services pour montrer la nouvelle place qu'elle occupe dans la Loi type, et définir alors les services intellectuels dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation.

48. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si la Loi type elle-même pourrait en outre spécifier quand la méthode principale devrait être applicable, en se référant soit à des cas généraux (comme pour les autres méthodes de passation) soit à des types particuliers de services (tels que les services intellectuels). Une autre solution serait que la Loi type exige des États adoptants qu'ils précisent, dans la loi pertinente ou dans un règlement, les services ou les cas pour lesquels cette procédure devrait être applicable. Le Groupe de travail jugera peut-être la première solution préférable car le fait de ne pas réglementer du tout le choix de la méthode de passation risque fort de donner lieu à des abus.

49. En ce qui concerne la méthode de passation des marchés de services intellectuels, le Groupe de travail considérera peut-être qu'il faudrait préserver la souplesse qu'offre la possibilité de mener des négociations simultanées ou consécutives pour sélectionner des propositions. Cette souplesse, qui est conférée par les articles 43 et 44 de la Loi type, intéresse les services pour lesquels les besoins de l'entité adjudicatrice ne sont pas bien définis où la qualité et les compétences techniques sont des critères dominants. Bien que certains observateurs aient émis l'avis qu'il serait bénéfique pour la transparence de restreindre ces dispositions, le Groupe de travail estimera peut-être que la souplesse qu'elles confèrent est conforme aux objectifs d'économie et d'efficacité de la Loi type et que la transparence pourrait être améliorée par la publication et la diffusion d'informations pertinentes durant les négociations; ces questions pourraient être traitées soit dans la Loi type elle-même, soit dans le Guide pour l'incorporation, sous la forme d'orientations ou de dispositions types.

50. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si une méthode de sélection fondée sur des critères budgétaires, pour des services bien définis se prêtant à la conclusion de contrats forfaitaires pourrait être ajoutée à la méthode prévue à l'article 42, dont l'objectif est de limiter la souplesse pour la passation de marchés de services non complexes (c'est-à-dire de services pour lesquels la qualité et les compétences techniques sont prises en compte mais ne sont pas des critères dominants).

51. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter, cependant, que ces questions ont été longuement examinées lors de la préparation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et tenir compte de cet examen avant de décider de rouvrir ou non le débat.

#### **D. Évaluation et comparaison des offres, et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales**

52. Les critères d'évaluation des offres sont énoncés au paragraphe 4 de l'article 34 de la Loi type. Les critères prévus pour déterminer l'offre la plus basse permettent d'utiliser la passation de marchés dans le but de faciliter la réalisation d'objectifs industriels, sociaux ou environnementaux, tels que la promotion du développement industriel national (par l'exclusion des fournisseurs étrangers, l'octroi de préférences et la sollicitation d'une source unique dans certains cas précis). Ces critères permettent également de prendre en compte les incidences en matière de change. Des mécanismes de contrôle sont expressément prévus pour que

les critères d'attribution soient objectifs, quantifiables et communiqués à l'avance aux fournisseurs.

53. Certains observateurs ont estimé que ces pratiques pouvaient avoir un effet négatif à la fois sur l'efficacité et sur l'économie dans la passation des marchés, mais qu'elles jouaient un rôle important dans les politiques intérieures des États adoptants. Il a en outre été noté que la notion d'objectifs régionaux et nationaux faisait actuellement l'objet de discussions. Il a donc été proposé que la Loi type soit améliorée de manière à assurer un meilleur équilibre entre l'objectif d'économie et d'efficacité maximales dans la passation des marchés et les autres grands objectifs.

54. Des doutes ayant été émis quant à l'efficacité des préférences et leur impact sur la transparence, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, en général, si le traitement de la question des préférences pourrait se justifier et, en particulier, si la Loi type devrait prévoir une préférence maximale (exprimée en termes monétaires, sous forme de critères d'admission ou de rejet ou d'une autre manière) ou si le Guide pour l'incorporation devrait donner des orientations sur ce point. Si le Groupe de travail décide de se pencher sur le rôle des objectifs sociaux et économiques dans la passation des marchés publics, il souhaitera peut-être déterminer s'il conviendrait, afin d'accroître la transparence, de limiter le recours à certaines pratiques, telles que la fixation de taux de change de référence et la prise en compte des arrangements d'échanges compensés (toutes deux autorisées par le paragraphe 4 d) de l'article 34 de la Loi type). Il souhaitera peut-être en outre déterminer si les dispositions de l'article 34 de la Loi type qui autorisent l'octroi de préférences aux fournisseurs locaux (nationaux) devraient être étendues aux fournisseurs régionaux. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, dans ce contexte, si le Guide pour l'incorporation, qui traite des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres compte tenu d'autres objectifs de politique générale et indique que les États adoptants peuvent aussi être moins libres d'accorder un traitement préférentiel du fait de leur appartenance à des organisations internationales ou régionales, devrait être actualisé et donner des orientations plus détaillées sur des critères supplémentaires concernant les préférences que les États adoptants pourraient prévoir.

## **E. Voies de droit et exécution**

### **Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et internes**

55. On considère qu'un système efficace permettant de contrôler le respect des règles de passation et de les faire appliquer est un élément important de la transparence d'un régime des marchés, et que les recours engagés par un fournisseur peuvent y contribuer. Les directives de l'Union européenne, l'AMP, l'ALENA et l'Avant-projet d'accord de la ZLEA prévoient à cet égard des dispositions qui ont en commun d'exiger l'examen des recours par un organe indépendant. Les principes non contraignants de l'APEC sur les marchés publics contiennent également des dispositions sur un mécanisme de contestation des fournisseurs, mais celui-ci est souple et facultatif. Les directives communes convenues par les banques multilatérales de développement pour évaluer l'efficacité des systèmes de passation des emprunteurs prévoient également un mécanisme de recours devant un organe

indépendant, mécanisme que la Banque mondiale a recommandé à ceux qui utilisent la Loi type de la CNUDCI.

56. Les États, de leur côté, appliquent des politiques très diverses pour faire respecter les règles de passation et, en particulier, autorisent à des degrés variables le fournisseur à engager un recours. Par exemple, les États-Unis ont depuis longtemps un mécanisme de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés. En revanche, au Royaume-Uni et dans les pays qui suivent le modèle britannique, aucune disposition législative générale n'est prévue dans ce domaine (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaires). En France, des sanctions administratives sont prévues pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres pays de droit romano-germanique, comme le Brésil, prévoient à la fois un recours administratif, qui permet notamment de suspendre la procédure de passation, un contrôle judiciaire des décisions d'attribution des marchés par les tribunaux ordinaires, et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices.

#### **Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et portée possible du recours**

57. Les dispositions actuelles relatives aux recours se trouvent dans les articles 52 à 57 de la Loi type. Elles sont de portée limitée, et il est indiqué dans une note les accompagnant que les États adoptants ont la possibilité de n'en incorporer que certaines voire aucune. Les solutions qu'elles proposent ne sont que des orientations générales et laissent à l'État adoptant une grande latitude pour appliquer la Loi type. Par exemple, cette dernière ne traite pas la question de l'indépendance de l'organe administratif de recours, ni la forme des mesures réparatrices (qui peuvent comprendre des ordonnances ou des recommandations) et ne prévoit pas de procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Elle ne crée pas non plus de droit à un recours judiciaire, bien que l'article 57 autorise les États adoptants qui en prévoient un à habiliter les tribunaux compétents à connaître des contestations relatives à la passation des marchés.

#### **Options possibles**

58. Plusieurs questions se posent à propos de l'élargissement des dispositions relatives aux recours, par exemple:

a) Faudrait-il recommander plus clairement l'insertion, dans la législation nationale, et l'application de dispositions relatives aux recours et donner des orientations plus détaillées, notamment sous la forme de projets de dispositions types, dans le Guide pour l'incorporation?

b) Faudrait-il renforcer les dispositions concernant les recours administratifs, en prévoyant par exemple une procédure de recours devant un organe indépendant? et

c) Faudrait-il donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, notamment sur les pouvoirs des tribunaux et les délais de présentation et d'examen des recours, la possibilité d'infirmer des

décisions incorrectes d'attribution des marchés et les mesures de réparation pouvant être appliquées?

59. Outre ces questions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le champ d'application des dispositions concernant les exceptions au droit de recours (art. 52-2) devrait être revu.

## **F. Autres questions**

### **Autres méthodes de passation des marchés**

60. On a estimé qu'il serait peut-être utile d'examiner la nécessité et les conditions d'utilisation de certaines des "autres méthodes de passation des marchés" indiquées au chapitre V de la Loi type, afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines institutions multilatérales de prêt et d'autres organes considérant que ces méthodes étaient trop nombreuses. Bien qu'il soit noté dans la Loi type qu'un État adoptant n'avait peut-être pas besoin d'incorporer toutes ces méthodes et qu'il ne devrait peut-être pas le faire, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si les dispositions relatives à certaines d'entre elles devraient être examinées.

61. Les suggestions suivantes ont été faites à propos de certaines de ces méthodes: "l'appel d'offres en deux étapes" (art. 46), au lieu d'être classé parmi les "autres méthodes", pourrait être considéré comme une forme d'appel d'offres ouverte, dont la première étape aurait pour objet de préciser les spécifications, afin de garantir une sélection transparente au cours de la deuxième étape. Il a été fait observer d'autre part que les méthodes autres que les procédures d'appel d'offres ouvertes avaient peut-être été utilisées dans la pratique plus largement qu'on ne l'avait prévu, et que, par conséquent, il faudrait peut-être limiter les motifs d'y recourir ou exiger des justifications, ou bien encore réduire leur champ d'application. Par exemple, parmi les motifs justifiant le recours à "l'appel d'offres restreint" (art. 20 et 47) à savoir "le coût disproportionné d'autres procédures" et "le nombre limité de fournisseurs", on pourrait envisager de ne conserver que le premier, et les motifs justifiant le recours à la "sollicitation de source unique" pourraient être limités de manière à ne pas inclure de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologie, les prix de référence ou les échanges compensés (comme c'est actuellement le cas en vertu de l'article 22 de la Loi type de la CNUDCI). En outre, la Loi type pourrait exiger que la "sollicitation de propositions" et la "négociation avec appel à la concurrence" (art. 48 et 49) soient justifiées.

### **Participation des usagers à la passation des marchés**

*Généralités – la participation des usagers et les dispositions de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés*

62. La Loi type n'aborde pas la phase d'exécution d'un projet à la suite d'une passation de marché. Il a été dit que le moyen le plus efficace de réaliser un projet était parfois d'y faire participer les usagers, qui sont motivés pour assurer la qualité de l'exécution des travaux les concernant directement. Par exemple, cette participation peut conduire à la fourniture durable de services dans des secteurs dépourvus d'intérêt pour de grandes entreprises, comme la santé, les services de vulgarisation agricoles et l'éducation informelle. Elle peut présenter divers

avantages – amélioration de la qualité du produit final, la population locale étant soucieuse de voir atteints des niveaux satisfaisants et les travaux achevés à temps; diminution possible des risques de litiges sur place; réduction du nombre de formalités grâce à l'utilisation de procédures moins formelles; mais aussi fourniture d'emplois locaux utilisant des technologies à forte intensité de main-d'œuvre, recours au savoir-faire et à des matériaux locaux; encouragement des entreprises locales et amélioration de la transparence municipale, qui peuvent être des objectifs sociaux de l'État adoptant.

63. Il a été constaté que la participation des usagers était efficace dans le cas des petits projets locaux de construction (installation de fosses septiques dans les communes rurales), pour la distribution de denrées de base et pour la fourniture de services de santé (par exemple pour la mère et le nourrisson).

64. La participation des usagers peut toutefois poser des problèmes (indépendamment du fait qu'elle comporte un degré inacceptable de subjectivité, ce qui peut donner lieu à des abus). Premièrement, elle peut être très efficace si les projets sont gérés par des entités qui n'ont peut-être pas la capacité de conclure des contrats dans l'État concerné. Deuxièmement, il se peut que l'échelle des projets dépasse les moyens de la collectivité intéressée, que des recherches soient nécessaires pour garantir que les méthodes et les matériaux conviennent à l'usage local, qu'il y ait des problèmes de trésorerie, de tenue des comptes et de transparence, et qu'il soit difficile d'éviter les abus. Il peut donc être indiqué de fournir une assistance technique et de faire appel à un gestionnaire de projets pour y faire face, mais cela peut entraîner des frais élevés.

*Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes des régimes internationaux et nationaux*

65. On a fait observer que les modalités de la participation des usagers étaient variables selon les systèmes de passation des marchés.

66. L'exigence de la participation des usagers peut être l'un des critères retenus pour la sélection de la méthode de passation des marchés ou pour l'attribution d'un marché, mais d'autres formules sont possibles: les soumissionnaires peuvent proposer leurs meilleures solutions – y compris la participation des usagers si c'est leur choix –, qui pourront alors être comparées; les conditions d'exécution peuvent prévoir l'emploi d'une main-d'œuvre ou de matériaux locaux; une partie du budget du projet peut être réservée pour la participation des usagers; ou bien encore; des subventions peuvent être mises à la disposition des collectivités, par exemple pour les aider à chercher des contrats de passation de marchés. On a toutefois fait observer aussi que les collectivités que les États adoptants souhaitaient peut-être faire bénéficier le plus de projets de cette nature pouvaient être incapables (légalement ou financièrement) de conclure des contrats ou de soumettre des offres, ou ne voulaient pas le faire.

67. Du fait que la participation des usagers peut entraîner des dépenses supplémentaires, on a également fait observer que la sollicitation d'une seule source était peut-être le seul moyen d'atteindre les objectifs recherchés.

**Options possibles**

68. La Loi type de la CNUDCI n'aborde pas expressément la question de la participation des usagers, mais ses dispositions sont suffisamment souples pour

permettre la mise en place de certains des arrangements ci-dessus. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander toutefois s'il faudrait traiter directement dans la Loi type et son Guide pour l'incorporation les questions qui viennent d'être évoquées. Il souhaitera peut-être aussi se demander s'il ne serait pas préférable de traiter dans des dispositions ou des règlements types, plutôt que dans le texte de la loi elle-même, des questions telles que la proportion des fonds pouvant être réservés, les marges préférentielles, la mesure dans laquelle il peut être nécessaire de faire appel à la main-d'œuvre locale, sans emploi ou appartenant à des minorités, et la législation qui peut être requise pour autoriser des associations ou des groupes non dotés de la personnalité morale à passer des contrats.

#### *Simplification et normalisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés*

69. Il a été noté que certains États adoptants avaient choisi de ne pas incorporer certaines des parties les plus détaillées de la Loi type, estimant qu'elles ne s'étaient pas révélées nécessaires pour leur législation. On a dit aussi qu'il pourrait être utile d'apporter quelques modifications à la présentation de la Loi type, pour aider les États adoptants à formuler leur législation interne.

70. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner, en tenant compte des modifications, les questions identifiées au début de la présente note et dans le document A/CN.9/WG.I/WP.31, s'il serait possible d'améliorer la structure de la Loi type et de simplifier son contenu, par exemple en déplaçant ou en supprimant des dispositions inutilement détaillées. Selon une suggestion, par exemple, certaines dispositions figurant actuellement dans le texte de la Loi type pourraient trouver leur place dans une annexe de cette dernière ou dans des dispositions types que pourrait comporter le Guide pour l'incorporation. Cela pourrait s'appliquer au paragraphe 3 de l'article 7, qui détaille la teneur de la documentation de présélection, à l'article 25, qui détaille la teneur des invitations à soumettre une offre et à présenter des demandes de présélection dans les procédures d'appel d'offres, à l'article 27, qui détaille la teneur du dossier de sollicitation, à l'article 38, qui détaille la teneur des sollicitations de propositions relatives à des services dans le cadre de la méthode principale de passation des marchés de services, et au paragraphe 4 de l'article 48, qui détaille la teneur d'une sollicitation de proposition quand cette méthode est choisie.

#### **Authentification des pièces produites**

##### *Généralités*

71. Les entités adjudicatrices exigent parfois l'authentification des pièces produites par tous ceux qui ont besoin d'apporter la preuve de leur qualification pour participer à une procédure de passation de marchés (par exemple une procédure d'appel d'offres avec présélection), ce qui peut demander du temps et coûter beaucoup d'argent aux fournisseurs. Outre l'effet de dissuasion, il se peut que la totalité ou une partie des frais généraux supplémentaires supportés par les fournisseurs soit répercutée sur les entités adjudicatrices.

#### **Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés**

72. L'article 12 de la Loi type dispose que si l'entité adjudicatrice exige l'authentification des pièces produites, elle n'impose aucune autre condition quant à l'authentification que celles prévues dans la législation générale pour les documents

en question. Toutefois, il n'impose pas de restriction au pouvoir des entités adjudicatrices de demander l'authentification des pièces produites.

**Options possibles**

73. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait modifier l'article 10 de la Loi type pour limiter le pouvoir des entités adjudicatrices d'exiger l'authentification des pièces produites par le seul fournisseur qui aura été retenu. Dans ce cas, il voudra peut-être examiner les changements qui en résulteraient quant aux règles relatives à l'entrée en vigueur du marché, pour tenir compte de la possibilité qu'un marché ne puisse entrer en vigueur parce que le fournisseur ne se conforme pas à cette exigence.

---